

KAW. 1410.08.2015

ZARZĄD

WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

28.01

Katowice, 22 stycznia 2015 r.

WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO Katowice Wpł. dnia	Wydział Infrastruktury Komunalnej i Inwestycji 2015 -01- 29 Nr pisma podpis
--	--

FR.RPA.433.1.13.2014.DD

p. Laryel

Decyzja nr ¹⁰³..... / FR / 2015

Na podstawie: art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 z późn. zm.), art. 41 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 596 z późn. zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2 i ust. 9 pkt 1 w zw. z art. 67 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.) oraz w zw. z art. 25 pkt 1 i art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t. j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1649), art. 2 pkt 7 i art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) 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. U. UE. L Nr 210 z 2006 r., str. 25 z późn. zm.) w zw. z art. 152 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. U. UE. L Nr 347 z 2013 r., str. 320)

*Przebiega od otrzymania w dniu 28.01.2015
decyzji celem ustosunkowania się*

Strona 1 z 61

11 CZE. 2015
Stwierdzam zgodność
kserokopii z kserokopią
(data i podpis)

ad str. 1-61

ADWOKAT

Lukasz Kałusowski

Zarząd Województwa Śląskiego

w składzie

Wojciech Saługa – Marszałek Województwa	OBECNY.....
Aleksandra Skowronek – Wicemarszałek Województwa	OBECNA.....
Stanisław Dąbrowa – Wicemarszałek Województwa	OBECNY.....
Gabriela Lenartowicz – Członek Zarządu Województwa	OBECNA.....
Kazimierz Karolczak – Członek Zarządu Województwa	OBECNY.....

zobowiązuje Beneficjenta – Miasto Jastrzębie-Zdrój, realizującego projekt pn. „*Rewitalizacja terenów jaru przy ulicy Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju*” w oparciu o umowę z dnia 6 września 2012 r. o nr UDA-RPSL.06.02.01-00-053/10-00 wraz z aneksami w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013, Priorytet VI *Zrównoważony rozwój miast*, Działanie 6.2 *Rewitalizacja obszarów zdegradowanych*, Poddziałanie 6.2.1 *Rewitalizacja – duże miasta*, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego **do zwrotu**, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie środków, części dofinansowania w kwocie **41 009,70 zł (słownie: czterdzieści jeden tysięcy dziewięć złotych 70/100)** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, w związku ze stwierdzeniem przez Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 nieprawidłowości przy wykorzystaniu środków finansowych otrzymanych przez Beneficjenta **z płatności ze środków europejskich** w ramach RPO WSL 2007-2013. Środki finansowe należy zwrócić na rachunek bankowy IZ RPO WSL o numerze **56 1240 6292 1111 0010 5063 4333**, wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków w formie refundacji, tj. **od dnia 4 czerwca 2013 r.** (wypłata środków w ramach wniosku o płatność nr WNP-RPSL.06.02.01-00-053/10-01) do dnia zwrotu środków.

Uzasadnienie

I. UZASADNIENIE FAKTYCZNE

W dniu 6 września 2012 r. została zawarta pomiędzy Województwem Śląskim, reprezentowanym przez Zarząd Województwa Śląskiego, pełniący rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 (dalej: IZ RPO WSL), a Miastem Jastrzębie-Zdrój, umowa o dofinansowanie projektu pn. „*Rewitalizacja terenów jaru przy ulicy Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju*” o numerze: UDA-RPSL.06.02.01-00-053/10-00.

Przedmiotowa umowa o dofinansowanie była następnie zmieniona aneksem nr 1 – UDA-RPSL.06.02.01-00-053/10-01 z dnia 24 grudnia 2012 r. oraz aneksem nr 2 – UDA-RPSL.06.02.01-00-053/10-02 z dnia 5 lipca 2013 r.

Zgodnie z aneksem nr 2 do umowy o dofinansowanie, przyznano Beneficjentowi dofinansowanie w kwocie nieprzekraczającej: 1 601 783,26 zł i stanowiącej nie więcej niż 85,00% kwoty całkowitych wydatków kwalifikowalnych projektu.

I.1. Postępowanie wyjaśniające przed wszczęciem postępowania administracyjnego

W dniach 5-7 lutego 2014 r. Zespół Kontrolujący IZ RPO WSL (dalej: Zespół Kontrolujący) działając na podstawie § 15 ww. umowy o dofinansowanie oraz art. 26 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (t. j. Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 z późn. zm., dalej: u.z.p.p.r.) przeprowadził kontrolę na zakończenie, na miejscu realizacji projektu, której przedmiotem była ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w ww. umowie o dofinansowanie.

Zespół Kontrolujący zbadał m.in. prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju – Etap I*” (nr nadany przez Zamawiającego: IKI.MPo.3410-10/2009; nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień

Publicznych – dalej: BZP: 32859-2009; data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 3 lutego 2009 r., dalej: zamówienie nr IKI.MPo.3410-10/2009) oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej*” (nr nadany przez Zamawiającego: IKI.271.60.2011; nr ogłoszenia w BZP: 317580-2011; data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 4 października 2011 r., dalej: zamówienie nr IKI.271.60.2011).

W trakcie kontroli ww. zamówień Zespół Kontrolujący stwierdził naruszenia przy wykorzystaniu **środków finansowych z płatności ze środków europejskich**.

Zespół Kontrolujący ustalił bowiem, zgodnie z Informacją Pokontrolną z dnia 5 marca 2014 r. o sygn. RR-RKPR.44.30.1.2014.JM, że:

1) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr IKI.MPo.3410-10/2009 „Zamawiający przesunął termin składania i otwarcia ofert (z 24.02.2009 r. na 3.03.2009 r.), nie publikując wskazanej zmiany w zmienionym ogłoszeniu o zamówieniu publicznym. Brak publikacji zmiany może stanowić naruszenie art. 38 ust. 4a, a w konsekwencji art. 7 ustawy Pzp. Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Instytucji Audytowej brak zmiany ogłoszenia w sytuacji przedłużenia terminu składania ofert narusza ogólne zasady wynikające z Traktatu WE - zasadę przejrzystości i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp)”.

W związku z powyższym, Zespół Kontrolujący stwierdził, że brak publikacji zmiany może stanowić naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ówcześnie obowiązujący t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. dalej: ustawa P.z.p. z 2007 r.), a w konsekwencji art. 7 ustawy P.z.p. z 2007 r.

W konsekwencji Zespół Kontrolujący podniósł, że: „Uchybienie to zagrożone jest nałożeniem korekty finansowej, której wyliczenia dokona się na podstawie §13 ust. 7 umowy o dofinansowanie oraz Taryfikatora „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” – zwany dalej Taryfikatorem (Tabela 4 poz. 4 – Niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminów). Wskaźnik procentowy możliwej do zastosowania korekty wynosi 5%”.

2) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr IKI.271.60.2011 „Zamawiający w pkt 14 SIWZ <Kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie> wskazał, iż jednym, spośród dwóch kryteriów oceny ofert, będzie kryterium *<funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych>*. Przypisał temu kryterium wagę 30% i w następujący sposób określił sposób dokonywania oceny ofert według tego kryterium: *<Funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka – ocena indywidualna max 30 pkt**

**ocena funkcjonalności, atrakcyjności i estetyki dokonana będzie na podstawie dołączonych dokumentów, o których mowa w pkt. 9.1.6) siwz z szczególnym uwzględnieniem: funkcjonalności, kształtu (wyglądu) elementów, atrakcyjności programu użytkowania urządzenia, ogólnych wrażeń, estetycznych. Ilość otrzymanych punktów stanowić będzie średnią punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej w maksymalnej ilości 30 pkt.>*

W ocenie kontrolujących Zamawiający nie dokonał wyczerpującego opisu kryterium (...) Ograniczył się jedynie do podania podkryteriów, które w dalszym ciągu nie uszczegółowiły przyjętego kryterium”.

W związku z powyższym, Zespół Kontrolujący stwierdził naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ówcześnie obowiązujący t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej: ustawa P.z.p. z 2010 r.) a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. z 2010 r.

W konsekwencji Zespół Kontrolujący podniósł, że: „Uchybienie to zagrożone jest nałożeniem korekty finansowej, której wyliczenia dokona się na podstawie §13 ust. 7 umowy o dofinansowanie oraz Taryfikatora (Tabela 4 poz. 9 – Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert). Wskaźnik procentowy możliwej do zastosowania korekty wynosi 5%”.

Beneficjent, pismem z dnia 19 marca 2014 r. o sygn. IKI.042.9.44.2014.DM przesłał zastrzeżenia do ustaleń zawartych w Informacji Pokontrolnej z dnia 5 marca 2014 r., wskazując:

1) w odniesieniu do naruszenia stwierdzonego w zamówieniu nr IKI.MPo.3410-10/2009, że: „Uchybienie (...) polega tylko i wyłącznie na braku ogłoszenia w sytuacji przedłużenia terminu składania ofert (...). Zmiany treści składania i otwarcia ofert de facto dokonano na mocy art. 38 ust. 6 ówczesnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy podkreślić, iż na moment wszczęcia postępowania tj. 03.02.2009 r. w okresie obowiązywania ówczesnej

ustawy <Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie>. W naszym przypadku zmiana terminu składania ofert była wynikiem doprecyzowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyniku uzupełnienia tej informacji Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ tj. doprecyzowania, która swym zakresem nie miała bezpośredniego przełożenia na treść ogłoszenia. (...) w stanie prawnym obowiązującym w czasie prowadzenia przedmiotowego postępowania funkcjonowały dwa przepisy tj.

– art. 38 ust. 4a, który brzmiał następująco <Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający: 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych [...]> oraz

– art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, który brzmiał następująco: <Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie>.

Pojawienie się w tej samej nowelizacji dwóch przepisów (...) wskazuje na regulacje dwóch całkowicie odrębnych okoliczności. Przesunięcie terminu w naszej sytuacji było wynikiem doprecyzowania podnoszonej w zapytaniu kwestii, która nie była zawarta w sposób bezpośredni w ogłoszeniu o zamówieniu, czego naturalną konsekwencją było dokonanie modyfikacji specyfikacji na mocy art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. (...) dopiero w nowelizacji ustawy z 31 sierpnia 2009, która weszła w życie 29 stycznia 2010 roku ustawodawca powiązał ze sobą oba przepisy wskazując na konieczność stosowania art. 38 ust. 4a w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje zmiany w oparciu o art. 38 ust. 6. W samym uzasadnieniu do ustawy czytamy, iż <W celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych w projekcie ustawy doprecyzowano art. 38 ust. 6, poprzez dopisanie zdania drugiego, że przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu art. 38 ust. 6, jeżeli w wyniku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu będzie

niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłużając termin składania ofert, będzie odpowiednio stosował ust. 4a tj. w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, będzie zobligowany do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazywał je Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, gdyż niewątpliwie przedłużenie terminu składania ofert będzie zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia [...].> Nowelizacja ustawy w ww. zakresie miała wyeliminować wątpliwości interpretacyjne czego konsekwencją miało być <[...] rozwiązanie sporów w tej kwestii [...].> Zatem skoro ustawodawca wprowadza do porządku prawnego rozwiązanie, które w swojej konstrukcji jak okazało się dopiero po czasie, wprowadzało w błąd, tym bardziej brak jest podstaw do stawiania zarzutów Zamawiającemu w tej materii. Na dzień dzisiejszy spotykamy się ze stanowiskiem, iż zamysł ustawodawcy zarówno przed nowelizacją jak i po jej nowelizacji był tożsamy przy jednoczesnym funkcjonowaniu 2 różnych przepisów regulujących całkowicie odrębne stany faktyczne, zatem powyższe nie może stanowić podstawy do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec zamawiającego. Ponadto w uzasadnieniu, czytamy, iż przedmiotowa okoliczność będzie zmianą po wejściu w życie nowelizowanego przepisu, a nie była zmianą ogłoszenia. Przy takich sformułowaniach należy jednoznacznie stwierdzić, <doprecyzowanie> brzmienia art. 38 ust. 6 o słowa <Przepis ustępu 4a stosuje się odpowiednio> wskazuje na fakt, iż dopiero od wejścia w życie nowelizacji nie stosowanie obu przepisów jednocześnie będzie stanowiło podstawę do stwierdzenia w sposób jednoznaczny o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy. Poza tym logicznym jest, iż tego rodzaju działania nie mogą odnosić się do sytuacji mających miejsce kilka miesięcy wcześniej, ponieważ zgodnie z zasadą obowiązującą w naszym systemie prawnym <prawo nie działa wstecz>. Ponadto zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w tej konkretnej sytuacji (...) jest mimo wszystko zbyt daleko idącym wnioskiem. Wiadomym jest, iż wykonawcy przygotowują oferty nie na bazie samego ogłoszenia o zamówieniu, ale muszą przeanalizować szczegółowo treść SIWZ. Wykonawca poważnie zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu winien śledzić strony internetowe, chociażby z uwagi na fakt, iż właściwie do upływu terminu otwarcia w ramach dokumentacji przetargowej może się bardzo wiele zmienić, a wykonawca winien na te zmiany reagować poprzez uwzględnienie ich w swojej ofercie. Logicznym jest, że wykonawca zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu winien taką stronę śledzić pomimo braku wyraźnej regulacji ustawowej w tym zakresie. (...) ogłoszenie nie zawiera szczegółów dot. danego postępowania. Każdy podmiot, zarówno krajowy

jak i zagraniczny zainteresowany udziałem w postępowaniu musi podjąć decyzje wcześniej, a nie w ostatniej chwili zakładając, że oferta ma być przygotowana w sposób należyty z uwzględnieniem wszystkich wymogów wynikających z SIWZ. Logicznym jest, że wykonawca śledzący odpowiedzi na pytania składane do SIWZ oraz wszelkie jej modyfikacje, czy też wyjaśnienia zamieszczone na stronach internetowych zamawiającego, dotarł na równi z innymi wykonawcami do informacji o przesunięciu terminu składania ofert tym bardziej, iż była ona wyraźnie nazwana i wyartykułowana”.

2) w odniesieniu do naruszenia stwierdzonego w zamówieniu nr IKL.271.60.2011, że: „Uchybienie (...) sprowadza się do rzekomego nie dokonania wyczerpującego opisu kryterium <funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych>, gdzie ograniczyliśmy się jedynie do podania podkryteriów, które w dalszym ciągu nie uszczegóławiały przyjętego kryterium. Również i z tym zarzutem trudno się zgodzić. Zawsze wątpliwości pojawiają się przy zastosowaniu przez Zamawiającego kryterium, które nie jest wyliczalne w sposób prosty, poprzez podstawienie do wzoru danych wynikających z oferty tj. cena czy też termin. Z jednej strony zachęca się Zamawiających do określania innych kryteriów, aniżeli cena, a w momencie jeżeli ze względu na specyfikę zamówienia Zamawiający pójdzie w tym kierunku to okoliczności takie są kwestionowane. (...) wskazanie ww. podkryteriów stanowi właśnie doprecyzowanie kwestionowanego kryterium. Zamówienie będące przedmiotem niniejszej kontroli miało charakter bardzo specyficzny. W ramach zamówienia miały być zakupione urządzenia, które swoim wyglądem mają przyciągać potencjalnych użytkowników, a zatem winny być wizualnie atrakcyjne, funkcjonalne, spełniające w sposób właściwy swoją funkcję nie tylko stricte sportową, ale również przyciągnąć potencjalnego użytkownika. (...) swoją funkcję sportową takie urządzenia spełniać będą zawsze – bo takie jest ich przeznaczenie, po to są produkowane, zatem należało się skoncentrować na ich wyglądzie itp. (...) Tym bardziej, że wymagania wynikające z potrzeb kształtowania przestrzeni publicznych, zostały wskazane w obowiązującym miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego zatwierdzonego uchwałą (...). Dla przestrzeni publicznych obejmujących drogi, ulice, place, ciągi piesze oraz skwery i parki pozostające w zarządzie miejskim, które występują w granicach terenów mieszkaniowych, usługowych i produkcyjno-usługowych określone zostały zasady kształtowania i ich zagospodarowania, które winny uwzględniać: a) zachowanie bezpieczeństwa i wygody ruchu pieszego, b) relacje widokowe, skalę i prestiżowy charakter przestrzeni miejskiej, c) trwałość i estetykę stosowanych rozwiązań materiałowych. (...) pomimo tego, że sporne

kryterium zostało zastosowane, to w żaden sposób nie wpłynęło ono na zachwianie uczciwej konkurencji czy też zasadę równego traktowania wykonawców (...) Kryterium określone na poziomie 30 % de facto nie wpłynęło na wynik postępowania. W postępowaniu Wykonawcy zaproponowali 2 rodzaje urządzeń, i każdy z tych rodzajów został oceniony na tym samym poziomie. Ponadto bez względu na ilość przyznanych punktów i tak wygrała firma oferująca najniższą cenę. Nawet jeśli by uznać że przedmiotowe kryterium mogło być jeszcze bardziej doprecyzowane (...) nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania”.

Ponadto w ww. piśmie Beneficjent podniósł, że: „(...) Przedstawiony stan prawny i faktyczny sprawy dowodzi, iż stwierdzone przez Państwa uchybienia nie są efektem jakiegokolwiek błędu z naszej strony czy też celowego działania, a raczej nie wzięcia wszystkich okoliczności pod uwagę przy konstruowaniu stawianych nam zarzutów. Ponadto w przedmiotowej informacji wyraźnie stwierdzono, iż przedstawione uchybienia mogą skutkować nałożeniem korekty finansowej, co oznacza, iż nie jest obligatoryjnym”.

W Informacji Pokontrolnej Zmienionej i uzupełnionej na podstawie rozdziału 11.3.4 Podręcznika Procedur Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 z dnia 8 kwietnia 2014 r. o sygn. FR-RKPR.44.30.1.2014.JM (dalej: IPK) Zespół Kontrolujący podtrzymał kwalifikację prawną stwierdzonych naruszeń, wskazując:

1) w odniesieniu do zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009, że: „(...) brzmienie naruszonego art. 38 ust. 4a ustawy Pzp jest jednoznaczne: <Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (...)>. Zmiana terminu składania i otwarcia ofert niewątpliwie spowodowała zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...), a co za tym idzie zmianę ogłoszenia o zamówieniu, gdyż ogłoszenie zawiera termin składania ofert (art. 41 pkt. 10 ustawy Pzp). Zatem Zamawiający powinien był skorygować ogłoszenie o zamówieniu, gdyż w SIWZ te elementy zostały zmienione. Pozostawienie w ogłoszeniu o zamówieniu pierwotnych terminów spowodowało dyskryminację Wykonawców, którzy czerpią informacje o zamówieniu za pośrednictwem publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ponadto w dniu 13 lipca 2011 r. Instytucja Zarządzająca RPO WSL uzyskała stanowisko Ministerstwa Finansów - Instytucji Audytowej (IA) w sprawie wysokości nakładanej korekty finansowej w przypadku naruszenia art. 38 ustawy Pzp. W piśmie

o sygn. DO2/9013/16/356/ SQB/11/3561 IA potwierdziła, że w przypadku gdy termin składania ofert przedłużono o okres do 10 dni oraz nie opublikowano w związku z tą modyfikacją zmiany ogłoszenia o zamówieniu w BZP, stosuje się korektę finansową o wskaźniku 5 % (niezależnie od wartości zamówienia, czyli sposobu publikacji ogłoszenia o zamówieniu). Wskazano także, że w ocenie Komisji Europejskiej przedłużenie terminu składania ofert jest istotną zmianą elementów ogłoszenia, a informacja o takiej zmianie powinna być publikowana z zachowaniem takich samych standardów, jak pierwotna publikacja”.

2) w odniesieniu do zamówienia nr IKI.271.60.2011, że: „Wybór kryteriów ocen ofert należy do zamawiającego. Opis kryteriów, jakimi będzie się kierował zamawiający przy wyborze oferty, wraz z podaniem ich znaczenia oraz sposobu oceny ofert, zamiesza się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp). (...) choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającym nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, tak by zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania oferentów i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Wskazując kryteria oceny ofert inne niż cena, zamawiający powinien dokonać szczegółowego ich opisu, w razie potrzeby podzielić na dodatkowe podkryteria i przypisać im odpowiednią punktację/wagę. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wypełnił wszystkich ww. przesłanek, gdyż dla każdej podkategorii nie określił odpowiedniej punktacji/wagi ani nie opisał szczegółowo sposobu dokonywania tej oceny. Wskazał jedynie, że za kryterium te ogółem oferta będzie mogła otrzymać max 30 punktów. Brak jednoznaczności w tym względzie uniemożliwia ocenienie oferty w sposób obiektywny i narusza zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 784/08) <kryteria oceny ofert powinny być opisane przez Zamawiającego w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak aby możliwe było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (...) sposób oceny ofert, winien być mierzalny i nie może pozostawiać Zamawiającemu niczym nieograniczonej swobody i uznaniowości w dokonywaniu oceny złożonych ofert>”.

W piśmie z dnia 25 kwietnia 2014 r. o sygn. IKI.042.8.45.2011 Beneficjent, odsyłając niepodpisaną IPK, podtrzymał wcześniejsze zastrzeżenia złożone w piśmie z dnia 19 marca 2014 r. oraz dodał, iż w ramach zamówienia:

1) nr IKI.MPo.3410-10/2009: „(...) zmiana terminu składania ofert była wynikiem przekazania potencjalnym Wykonawcom uszczegółowionej SIWZ w zakresie wykonania dylatacji w płycie betonowej i wypełnienia jej elastyczną masą do dylatacji, a tym samym zmiana ta nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, gdyż zmiany te nie były przedmiotem treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający dokonał zatem zmiany treści SIWZ, które nie miały wpływu na treść ogłoszenia. Słusznie zatem zamawiający skorzystał z treści art. 38 ust. 6 Pzp zamiast z treści art. 38 ust. 4a pkt.1 Pzp. Nie można zatem przyjmować, że każda zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, co miałoby aktualizować obowiązek zamawiającego, polegający na przekazaniu odpowiednich informacji do Biuletynu Zamówień Publicznych, bez zbadania czy zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, a przez to niezastosowanie art. 38 ust. 6 Pzp sprzed nowelizacji dokonanej ustawą dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (...). Istota postępowania kontrolnego winna się zatem wiązać z koniecznością porównania zapisów SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym porównaniu tego czy zmiana treści SIWZ spowodowała jakiegokolwiek zmiany w treści ogłoszenia. (...) w tym wypadku zmiana terminu składania ofert miała charakter wtórny do dokonanej zmiany SIWZ, nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (...). Zmiana SIWZ nie polegała wprost na zmianie terminu składania ofert, lecz na uszczegółowieniu SIWZ w zakresie wykonania dylatacji w płycie betonowej i wypełnienia jej elastyczną masą do dylatacji, która to zmiana nie prowadziła do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana SIWZ jedynie w sposób wtórny doprowadziła do konieczności dania dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, a co za tym idzie, przedłużenia terminu składania ofert. Tym samym brak zbadania przez Państwa, treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, pod kątem tego, czy zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozumiana jako uszczegółowieniem SIWZ (...), prowadziła bądź nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, a skupienie się jedynie na zmianie terminu składania ofert, doprowadziło do błędnej interpretacji przepisów art. 38 ust. 4a pkt. 1 Pzp i 38 ust. 6 Pzp. (...) Jak wynika z zestawienia obu zapisów ustawy, art. 38 ust. 4a pkt. 1 Pzp odnosi się do sytuacji zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, natomiast art. 38 ust. 6 Pzp stanowi o sytuacji, w której zmiana treści SIWZ nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Oznacza to zatem, że oba przepisy odnoszą się do dwóch różnych stanów faktycznych i prawnych, tj. do takiej zmiany treści SIWZ, która z jednej strony prowadzi

do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp), a z drugiej strony nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 6 Pzp) (...) Biorąc zatem pod uwagę treść ustawy nowelizującej, stwierdzić należy, iż jej zapisy nie będą miały zastosowania do sytuacji jaka jest przedmiotem niniejszej sprawy. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw prawnych do przyjmowania, że znowelizowana treść art. 38 ust. 6 Pzp, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 roku będzie miała zastosowanie do zdarzeń z miesiąca kwietnia 2009 roku, gdyż w oczywisty sposób naruszałoby to zasadę niedziałania prawa wstecz. Zasada nieretroaktywności prawa jest tymczasem traktowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako jedna z istotnych składników demokratycznego państwa prawnego statuowanego w polskim prawie konstytucyjnym, poczynając od ustawy konstytucyjnej 29 grudnia 1989 roku (art.1), po zapis art. 2 Konstytucji RP z 1997 roku. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada niedziałania prawa wstecz stanowi istotny element demokratycznego państwa prawnego. Istotne może być w tym względzie orzeczenie trybunału konstytucyjnego z 30 listopada 1993 r. K 18/92 (OTK 1993, z.2, poz. 41), zawierające następujący pogląd: <Zasada niedziałania prawa wstecz stanowiła wielokrotnie przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego: Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się o jej znaczeniu jako istotnym składniku konstytucyjnej zasady państwa prawnego /.../ Trybunał Konstytucyjny wyjaśniał, że ustawa działa z mocą wsteczną, kiedy początek jej stosowania ustalony został na czas wcześniejszy aniżeli ten, w którym ustawa stała się obowiązująca to jest, w którym została prawidłowo ogłoszona. Treścią zasady lex retro non agit jest bowiem zakaz nadawania prawu mocy wstecznej. Zakaz ten dotyczy zwłaszcza przepisów normujących prawa i obowiązki obywateli, jeżeli prowadzi to do pogorszenia ich sytuacji w stosunku do stanu poprzedniego. Przyjmując tę zasadę za podstawę porządku prawnego, Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza jednak możliwości odstąpienia od niej w szczególnie uzasadnionych okolicznościach”.

2) nr IKI.271.60.2011: „Uchybienie (...) sprowadza się do rzekomego niedokonania wyczerpującego opisu kryterium <funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych>, gdzie ograniczyliśmy się jedynie do podania podkryteriów, które w dalszym ciągu nie uszczegółowiły przyjętego kryterium. W dalszym ciągu nie zgadzamy się z postawionym nam zarzutem. Zamówienie jak już wcześniej podkreślaliśmy, miało charakter bardzo specyficzny. W ramach zamówienia miały być zakupione urządzenia, które swoim wyglądem miały oraz mają przyciągać potencjalnych użytkowników. Na etapie określania

kryteriów oceny ofert posłużyliśmy się określeniami tj. <estetyka>, <atrakcyjność>, <funkcjonalność>. Powszechnie wiadomym jest, że coś co ma być <atrakcyjne> tj. szczególnie interesujące, dostarczające komuś przyjemności lub rozrywki, <estetyczne> to nic innego jak ładne, gustownie wyglądające, <funkcjonalne> czyli innymi słowy dobrze spełniające swoją funkcję. Ponadto w spornym punkcie wskazaliśmy, co będzie brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert, a mianowicie: funkcjonalność, kształt (wygląd) elementów, atrakcyjność programu użytkowania urządzenia, ogólne wrażenia estetyczne. Wiadomym jest, iż tego rodzaju urządzenia, a kupowane w ramach przedmiotowego postępowania, skierowane były i są do szeroko pojętej lokalnej, a nawet ponadlokalnej społeczności. Logicznym jest, iż jeżeli dane urządzenia nie będą przyciągały swoim wyglądem, to po prostu nie będą spełniały swojej funkcji. Ponadto z punktu widzenia tego zamówienia, ważne było gdzie te urządzenia miały być zainstalowane. Całość miała się komponować z otoczeniem (...). Nie jest sztuką kupić cokolwiek, sztuką jest kupić coś, co zadowoli wybredne gusta mieszkańców, jako tych, którzy z tych urządzeń mają korzystać. System zamówień publicznych w tej materii daje zamawiającemu pewne możliwości, albowiem zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma prawo określić kryteria odnoszące się oczywiście do przedmiotu zamówienia, w szczególności dot. jakości, funkcjonalności itd. Sam ustawodawca daje przyzwolenie na ustanowienie kryteriów w powyższym zakresie. Niestety obszar ten nie da się jednak wbić w sztywne ramy, dane, liczby wyliczane według z góry określonego wzoru matematycznego. Więc z jednej strony przyzwolenie ustawodawcy jest, a z drugiej strony, w okolicznościach kiedy wygląd ma tak duże znaczenie, zamawiający ma ponosić negatywne skutki swojej decyzji. Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych opisując przedmiot zamówienia, musimy dokonać tego w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie, co ważne, sporządzony przez nas opis nie może utrudniać uczciwej konkurencji. W tej branży, wskazanie przez zamawiającego chociażby kolorystyki, czy też konkretnych rozwiązań, które powodowałyby, iż zamawiane urządzenia są atrakcyjniejsze od innych, niestety powoduje wskazanie na produkty konkretnego producenta. Zatem narzucenie tych cech, mogłoby spowodować automatyczne wyeliminowanie z postępowania konkretnych podmiotów. Rozwiązanie przez nas zaproponowane, dało możliwość złożenia oferty wielu podmiotom – czego dowodem było zainteresowanie (...) przetargiem. Uważamy, iż w sposób właściwy opisane zostało przez nas kryterium oceny ofert i nie zgadzamy się z zarzutami (...), a tym

bardziej z naliczaniem jakiegokolwiek korekty finansowej. Ponadto (...) pomimo tego, że sporne kryterium zostało zastosowane, to w żaden sposób nie wpłynęło ono na zachwianie uczciwej konkurencji czy też zasadę równego traktowania wykonawców (...).

W związku z powyższym, Beneficjent w ww. piśmie wniósł „o ponowną analizę okoliczności kwestionowanych (...) i odstąpienie od naliczania jakiegokolwiek korekty finansowej (...)”.

IZ RPO WSL, po dokonaniu analizy naruszeń oraz mając na względzie wyjaśnienia Beneficjenta, ustaliła, że w trakcie realizacji projektu doszło do powstania nieprawidłowości, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) 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. U. UE. L Nr 210 z 2006 r., str. 25 z późn. zm.; dalej: Rozporządzenie Rady <WE> nr 1083/2006). IZ RPO WSL stwierdziła, że:

1) całkowita wartość nieprawidłowości, w ramach zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009 wynikająca z naruszenia przez Beneficjenta **art. 38 ust. 4a** ustawy P.z.p. z 2007 r., a w konsekwencji **art. 7 ust. 1** ustawy P.z.p. z 2007 r. wyniosła **50 984,02 zł** (kwota obliczona przez nałożenie 5% korekty finansowej na wartość wydatków kwalifikowanych dotyczących tego zamówienia publicznego, tj. na kwotę 1 019 680,45 zł), przy czym wartość nieprawidłowości dotycząca środków wypłaconych wynosi: 41 790,18 zł, co stanowi kwotę **35 521,66 zł** dofinansowania, a wartość nieprawidłowości dotycząca środków niewypłaconych wynosi: 9 193,84 zł.

2) całkowita wartość nieprawidłowości, w ramach zamówienia nr IKI.271.60.2011 wynikająca z naruszenia przez Beneficjenta **art. 36 ust. 1 pkt 13** ustawy P.z.p. z 2010 r., a w konsekwencji **art. 7 ust. 1** ustawy P.z.p. z 2010 r. wyniosła **7 941,52 zł** (kwota obliczona przez nałożenie 5% korekty finansowej na wartość wydatków kwalifikowanych dotyczących tego zamówienia publicznego, tj. na kwotę 158 830,45 zł), gdzie wartość nieprawidłowości dotycząca środków wypłaconych wynosi: 6 456,52 zł, co stanowi kwotę **5 488,04 zł** dofinansowania, a wartość nieprawidłowości dotycząca środków niewypłaconych wynosi: 1 485,00 zł.

W związku z powyższym, pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. o sygn. RR RPC.433.152.1.2013.ASt RR RPC.433.152.2.2013.ASt, IZ RPO WSL poinformowała

Beneficjenta, że w wyniku kontroli projektu przeprowadzonej w dniach 5 do 7 lutego 2014 r. stwierdziła w ramach zamówienia:

1) nr IKI.MPo.3410-10/2009 – uchybienie (w postaci naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. a w konsekwencji art. 7 ustawy P.z.p.), które **uznała za nieprawidłowość** w rozumieniu art. 2 ust. 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, i które skutkowało nałożeniem – na podstawie § 13 ust. 7 umowy o dofinansowanie oraz zgodnie z dokumentem Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. „*Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE*” (tabela nr 4, poz. 4 – *Niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminów*; wersja Taryfikatora przyjęta uchwałą Zarządu Województwa Śląskiego nr 159/225/IV/2013 z dnia 17 stycznia 2013 r., dalej: Taryfikator) **korekty finansowej** o wskaźniku procentowym 5% na wydatki poniesione w ramach ww. zamówienia publicznego;

2) nr IKI.271.60.2011 – uchybienie (w postaci naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p.), które **uznała za nieprawidłowość** w rozumieniu art. 2 ust. 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, i które skutkowało nałożeniem – na podstawie § 13 ust. 7 umowy o dofinansowanie oraz zgodnie z Taryfikatorem (tabela nr 4, poz. 9 – *Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert*) **korekty finansowej** o wskaźniku procentowym 5% na wydatki poniesione w ramach ww. zamówienia publicznego.

Ponadto IZ RPO WSL poinformowała, że:

1) w odniesieniu do zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009: „(...) Zmiana terminu składania i otwarcia ofert niewątpliwie spowodowała zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a co za tym idzie zmianę ogłoszenia o zamówieniu, gdyż ogłoszenie zawiera termin składania ofert (art. 41 pkt. 10 ustawy Pzp). Zatem Zmawiający powinien był skorygować ogłoszenie o zamówieniu, gdyż w SIWZ te elementy zostały zmienione. Pozostawienie w ogłoszeniu o zamówieniu pierwotnych terminów spowodowało dyskryminację Wykonawców, którzy czerpią informacje o zamówieniu za pośrednictwem publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych. Natomiast dyspozycja artykułu 38 ust. 6 ustawy Pzp, na którą powołuje się Beneficjent w zastrzeżeniach dotyczy sytuacji, kiedy dochodzi do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale nie prowadzi to do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym, czyli nie odnosi się do przedmiotowej sprawy. W piśmie

Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z dnia 10 stycznia 2012 r. o sygn. DKR-IV-82630-145-EŚ/11, (...) Instytucja Koordynująca Regionalne Programy Operacyjne dokonała analizy przedstawionych argumentów w kontekście uchybienia art. 38 ust. 4-6 ustawy Pzp, jednak nie znaleziono takich, które podważałyby zasadność wymierzania korekty przez IZ RPO Województwa Śląskiego. Poinformowano również, iż zgodnie ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie m.in. artykułu 38 ust. 4-6 została w pełni dostosowana do przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych 24 października 2008 r. W związku z powyższym nowelizację art. 38 obowiązującą od 29 stycznia 2010 r. polegającą na dopisaniu w ustępie 6 słów <stosuje się odpowiednio> należy traktować jako doprecyzowanie, a nie dostosowanie, bowiem możliwość zmiany treści ogłoszenia w BZP istniała od 24 października 2008 r. (...)"

2) w odniesieniu do zamówienia nr IKI.271.60.2011, „W przypadku, gdy Zamawiający wybiera kryterium niewymierne (niemierzalne), co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu np. właściwości estetyczne, funkcjonalne, atrakcyjności to konieczna jest ich kwantyfikacja. Kryterium takie podlega kwantyfikacji przez stopniowanie spełnienia przez ofertę preferencji Zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. Każdy ze stopni spełnienia preferencji Zamawiającego należy opisać np. za pomocą wyrazów wartościujących i nadać mu określoną wartość w punktach. Nie zastosowanie kwantyfikacji powoduje, że biorący udział w postępowaniu wykonawcy nie są oceniani według tej samej miary, ale według uznaniowości osób oceniających. Argumentacja Beneficjenta <(...) Niestety obszar ten nie da się jednak wbić w sztywne ramy, dane, liczby wyliczalne według z góry określonego wzoru matematycznego> w kontekście powyższego nie ma uzasadnienia. Trudno się zgodzić również z poglądem Zamawiającego że <Kryterium określone na poziomie 30% de facto nie wpłynęło na wynik postępowania. (...) Nawet jeśliby uznać, że przedmiotowe kryterium mogło być jeszcze bardziej doprecyzowane, z czym się nie zgadzamy to podkreślam, iż nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania.> Podniesione w informacji pokontrolnej uchybienie polega na stwierdzeniu <niedokonania jednoznacznego opisu kryterium> a nie jak interpretuje Beneficjent <doprecyzowaniu.> Tak istotna różnica w znaczeniu formułowanego uchybienia przekłada się na wynik postępowania, czego chyba nie zauważa Beneficjent w postawionych zastrzeżeniach. Dodatkowo należy stwierdzić, że przyznanie innej ilości punktów dotyczącym kryterium <Funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych> mogło mieć wpływ na wybór oferenta – na przykład przyznanie zwycięskiej firmie (...) 0 pkt. zamiast 20 spowodowałoby, że ich oferta nie byłaby najkorzystniejsza (...)"

IZ RPO WSL w ww. piśmie wskazała również, że: „(...) na podstawie § 13 ust. 7 umowy (...) o dofinansowanie projektu (...) oraz Taryfikatora (...) IZ RPO WSL nałożyła korektę finansową o wymiarze 5% na wydatki przedstawione do refundacji w ramach w/w zamówień i uznała kwotę w wysokości 58 925,54 zł za wydatek niekwalifikowany, co odpowiada dofinansowaniu w kwocie 50 086,71 zł (...). Wydatki kwalifikowalne dotyczące zamówień publicznych nr IKI.MPo.3410-10/2009 i IKI.271.60.2011 zostały przedstawione i wypłacone we wniosku o płatność nr WNP-RPSL.06.02.01-00-053/10-01 (...). Dofinansowanie przekazano w formie refundacji poniesionych wydatków 04.06.2013 r. (...)”.

Jednocześnie, w przedmiotowym piśmie, IZ RPO WSL, na podstawie przepisu art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm., dalej: u.f.p.) wezwała Beneficjenta, w terminie 14 dni od dnia doręczenia przedmiotowego pisma, do:

- zwrotu środków w wysokości 41 009,70 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, naliczonymi od dnia przekazania środków do dnia zwrotu środków na rachunek bankowy Województwa Śląskiego lub
- wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności na rzecz Beneficjenta o tę kwotę wraz z odsetkami liczonymi od dnia przekazania środków do dnia zatwierdzenia kolejnego wniosku o płatność.

Beneficjent, w piśmie z dnia 26 czerwca 2014 r. o sygn. IKI.042.8.46.2011 wskazał, że nadal podtrzymuje: „(...) swoje stanowisko wyrażone w pismach nr IKI.042.9.44.2011.DM z dnia 19.03.2014 r. oraz IKI.042.8.45.2011 z dnia 25.04.2014 r. (...)” i nie zgadza się z nałożoną korektą finansową, w związku z czym: „Miasto nie dokona zwrotu dotacji ani nie wyraża zgody na pomniejszenie płatności wraz z odsetkami”.

I.2. Przebieg postępowania administracyjnego

Z uwagi na fakt, że Beneficjent nie dokonał zwrotu środków w wyznaczonym terminie wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia wypłaty środków do dnia dokonania zwrotu na rachunek bankowy wskazany przez IZ RPO WSL oraz nie wyraził zgody na pomniejszenie płatności wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, naliczonymi od dnia przekazania środków do dnia zwrotu,

Zarząd Województwa Śląskiego pełniący rolę IZ RPO WSL, działając na podstawie art. 61 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 z późn. zm., dalej: k.p.a.), art. 41 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 596 z późn. zm.; dalej: u.s.w.) oraz art. 207 ust. 1 pkt 2 i ust. 9 pkt 1 w zw. z art. 67 u.f.p., oraz w zw. z art. 25 pkt 1 i art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a u.z.p.p.r., art. 2 pkt 7 i art. 98 Rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 w zw. z art. 152 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. U. UE. L Nr 347 z 2013 r., str. 320, dalej: Rozporządzenie nr 1303/2013) podjął, w dniu 24 listopada 2014 r., uchwałę nr 2149/382/IV/2014 w sprawie wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiotowej sprawie.

Pismem z dnia 26 listopada 2014 r. o sygn. FR-RPA.433.1.13.2014.DD, Beneficjent został zawiadomiony, zgodnie z art. 61 § 4 k.p.a. o wszczętym przez IZ RPO WSL postępowaniu administracyjnym i pouczony, zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., o możliwości zapoznania się z aktami niniejszego postępowania administracyjnego oraz wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań na każdym etapie postępowania, jak również o możliwości działania w sprawie przez pełnomocnika, po złożeniu do akt stosownego pełnomocnictwa. Przedmiotowe zawiadomienie zostało przez Beneficjenta odebrane w dniu 27 listopada 2014 r.

Beneficjent, reprezentowany przez dwóch pełnomocników, tj. Panią Barbarę Chodakowską, naczelnika Biura ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Jastrzębie-Zdrój (oryginał pełnomocnictwa udzielonego przez Prezydenta Miasta – Panią Annę Hetman w aktach sprawy) oraz Pana Łukasza Kałusowskiego, adwokata (oryginał pełnomocnictwa udzielonego przez Prezydenta Miasta – Panią Annę Hetman w aktach sprawy) w trakcie trwania przedmiotowego postępowania administracyjnego, w dniu 16 grudnia 2014 r., zapoznał się z aktami sprawy w siedzibie IZ RPO WSL. Występujący w charakterze pełnomocników, nie wnieśli nowych dowodów oraz nie wypowiedzieli się w sprawie.

Pismem z dnia 16 grudnia 2014 r., o sygn. FR-RPA.433.1.13.2014.DD FR-RPA.KW-00114/14, IZ RPO WSL poinformowała Beneficjenta, że ze względu na szczególnie skomplikowany charakter sprawy, zgodnie z art. 35 § 3 k.p.a. zostanie ona załatwiona w terminie do dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania, tj. do dnia 27 stycznia 2015 r. Przedmiotowe pismo zostało przez Beneficjenta odebrane w dniu 18 grudnia 2014 r.

Beneficjent, po zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie i przed wydaniem decyzji, pismem z dnia 9 stycznia 2015 r. o sygn. FR-RPA.433.1.13.2014.DD FR-RPA.KW-00001/15 został zawiadomiony, zgodnie z art. 10 § 1 k.p.a., o możliwości zapoznania się z aktami sprawy oraz wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, w terminie 7 dni od dnia otrzymania przedmiotowego pisma.

Beneficjent, powtórnie nie zapoznał się z aktami sprawy i nie wniósł dodatkowych dokumentów ani wyjaśnień.

I.3. Stan faktyczny ustalony w toku postępowania administracyjnego

W trakcie prowadzonego postępowania IZ RPO WSL dokonała analizy materiału dowodowego tj. dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, w celu ustalenia stanu faktycznego.

IZ RPO WSL, działając jako organ administracji publicznej, stwierdziła, że w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) Zamawiający (Beneficjent) zamieścił:

- a) w dniu 3 lutego 2009 r. ogłoszenie o nr 32859-2009 dla zamówienia publicznego pn. „Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju – Etap I”,
- b) w dniu 8 maja 2009 r. ogłoszenie o nr 72749-2009 o udzieleniu ww. zamówienia.

Jednocześnie, IZ RPO WSL ustaliła na podstawie ogłoszenia z dnia 3 lutego 2009 r. o nr 32859-2009 dla zamówienia pn. „Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa

kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju – Etap I”, że pierwotny termin składania i otwarcia ofert wyznaczony był na dzień 24 lutego 2009 r.

IZ RPO WSL stwierdziła, że Beneficjent odpowiadając na zapytanie do treści SIWZ, pismem z dnia 19 lutego 2009 r. dokonał zmiany terminu składania ofert – z pierwotnego dnia 24 lutego 2009 r. na dzień 3 marca 2009 r.

Powyższe zapisy ww. dokumentów (ogłoszenia w BZP, pisma Beneficjenta dotyczącego postępowania przetargowego) stanowią jednoznacznie, że Beneficjent dokonał zmiany terminu składania ofert z dnia 24 lutego 2009 r. na dzień 3 marca 2009 r., nie zamieszczając w BZP stosownej zmiany.

Ponadto IZ RPO WSL, stwierdziła, że Zamawiający:

a) w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) pkt. 14 *Kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie* wskazał, iż: „Przy wyborze oferty zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami: cena – 70% max 70 pkt., funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych – 30% max 30 pkt. (...) Funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka – ocena indywidualna max 30 pkt.* Ocena funkcjonalności, atrakcyjności i estetyki dokonana będzie na podstawie dołączonych dokumentów, o których mowa w pkt. 9.1.6) siwz z szczególnym uwzględnieniem: funkcjonalności, kształtu (wyglądu) elementów, atrakcyjności programu użytkowania urządzenia, ogólnych wrażeń estetycznych. Ilość otrzymanych punktów stanowić będzie średnią punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej w maksymalnej ilości 30 pkt. Oferty będą oceniane w odniesieniu do najkorzystniejszych warunków przedstawionych przez wykonawców w zakresie w/w kryteriów. Oferta wypełniająca w najwyższym stopniu wymagania określonego kryterium, otrzyma maksymalną ilość punktów. Pozostałym wykonawcom, spełniającym wymagania kryterialne przypisana zostanie odpowiednio mniejsza liczba punktów”,

b) w BZP z dnia 4 października 2011 r. ogłoszenie o nr 317580-2011 dla zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej”, w sekcji IV: *Procedura*, pkt. IV.1) *Tryb udzielenia zamówienia*, w ppkt IV.2.1) *Kryteria oceny ofert: cena oraz dodatkowe kryteria ich znaczenie*, wskazał: „1 –Cena – 70.00, 2 – 2. Funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych – ocena indywidualna – 30.00”.

Jednocześnie, IZ RPO WSL, ustaliła, że Zamawiający nie dokonał szczegółowego opisu kryteriów oceny ofert i nie określił przy tym dla każdej podkategorii, tj. *funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych* – odpowiedniej punktacji/wagi, co pozwoliłoby ocenić oferty w sposób obiektywny.

Innymi słowy, wskazane powyżej dowody potwierdzają wcześniejsze ustalenia faktyczne poczynione w trakcie kontroli zamówienia przez Zespół Kontrolujący.

II. Uzasadnienie prawne

II.1. Przepisy materialne krajowe.

Podstawą do działania Zarządu Województwa Śląskiego w przedmiotowej sprawie jest w pierwszej kolejności przepis art. 41 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 u.s.w., zgodnie z którym: „Zarząd województwa wykonuje zadania należące do samorządu województwa, niezastrzeżone na rzecz sejmiku województwa i wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych. Do zadań zarządu województwa należy w szczególności: (...) przygotowywanie projektów strategii rozwoju województwa, planu zagospodarowania przestrzennego i regionalnych programów operacyjnych oraz ich wykonywanie”.

Zgodnie z normą zawartą w przepisie art. 25 pkt 1 u.z.p.p.r., za prawidłową realizację programu odpowiada, w przypadku programu operacyjnego, instytucja zarządzająca, którą jest zarząd województwa.

Zgodnie z art. 5 pkt 2 u.z.p.p.r. instytucją zarządzającą regionalnym programem operacyjnym jest zarząd województwa.

Ponadto, u.z.p.p.r. wskazuje kompetencje instytucji zarządzającej do wykrywania nieprawidłowości i nakładania korekt finansowych. Zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 1, 14, 15 i 15a tej ustawy do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi:

- wypełnianie obowiązków wynikających z art. 60 Rozporządzenia Rady (WE) 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;

- prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów;
- 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;
- ustalanie i nakładanie korekt finansowych, o których mowa w art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) 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.

Z powyższego wynika zatem, że instytucja zarządzająca regionalnym programem operacyjnym, w ramach powierzonych jej zadań, zapewnić musi wydatkowanie środków w ramach operacji (projektu), zgodnie z zasadami prawa unijnego i krajowego.

Przepis art. 26 ust.1 pkt 15a u.z.p.p.r. daje instytucji zarządzającej nie tylko prawo, ale i obowiązek ustalania i nakładania korekt finansowych. Nie ulega zatem wątpliwości, że instytucja zarządzająca zobowiązana jest do badania, czy nie doszło do naruszenia przepisów prawa, w tym przepisów dotyczących zamówień publicznych, a także innych procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków europejskich, dokonywania oceny wagi tych naruszeń z punktu widzenia budżetu UE i ewentualnie nakładania korekt finansowych.

Działanie IZ RPO WSL w związku z wykryciem naruszenia procedur regulujących tryb wydatkowania środków pomocowych, z uwagi na jego specyfikę jest postępowaniem kilkietapowym. Na poszczególnych jego etapach ma różny charakter. Ustawodawca nie przewidział dla czynności instytucji zarządzającej polegającej na ustaleniu i nałożeniu korekty finansowej formy decyzji administracyjnej. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z dnia 27 października 2014 r. (sygn. II GPS 2/14) wskazał, że: „Ustalenie i nałożenie korekty finansowej (...), nie wymaga wydania decyzji administracyjnej”, i jest jedynie „(...) etapem dochodzenia zwrotu kwoty ustalonej korektą, poprzedzającym postępowanie administracyjne w tej sprawie, wszczęte na podstawie art. 207 ust. 9 u.f.p”, stąd ustalenia dotyczące korekty: „Stanowią element stanu faktycznego tej sprawy. W konsekwencji korekta podlega również kontroli sądu rozpatrującego skargę na decyzję zobowiązującą do zwrotu (...)”.

Przepis art. 26 ust. 1 pkt 15 u.z.p.p.r. odsyła do art. 207 u.f.p., zgodnie z którym w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

1) wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,

2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p.,

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 art. 207 u.f.p. na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1 u.f.p. „Wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu”. Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych oraz procedurami zawartymi w umowie o dofinansowanie. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych, jak i przepisów unijnych.

Zgodnie z art. 30 u.z.p.p.r. umowa o dofinansowanie zawarta z beneficjentem przez instytucję zarządzającą stanowi podstawę dofinansowania projektu ze środków europejskich. Umowa o dofinansowanie projektu pn. „*Rewitalizacja terenów jaru przy ulicy Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju*”, na podstawie umowy o dofinansowanie z dnia 6 września 2012 r. o numerze: UDA-RPSL.06.02.01-00-053/10-00 stanowi, w § 4 ust. 2, iż: „Beneficjent zobowiązuje się do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie w okresie trwałości celów (w tym produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku o dofinansowanie”.

Warto również dodać, iż Beneficjent poprzez podpisanie ww. umowy o dofinansowanie zobowiązał się do stosowania w trakcie realizacji projektów procedury zawartej w treści § 13 ust. 1 umowy o dofinansowanie przedmiotowego projektu, ustanawiającej obowiązek stosowania, przy realizacji projektu, przepisów ustawy P.z.p. oraz zasad określonych w § 2 ust. 7 umowy o dofinansowanie przedmiotowego projektu, zgodnie z którym refundacji lub rozliczeniu wydatków mogą podlegać jedynie wydatki kwalifikowalne, poniesione zgodnie z zapisami umowy oraz dokumentami programowymi i przepisami prawa.

Podsumowując, naruszenie procedur, określonych w przepisie art. 184 ust. 1 u.f.p., przy wykorzystaniu środków europejskich (art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p.), dotyczy więc przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 u.f.p., w szczególności procedur w zakresie udzielania zamówień publicznych i procedur określających zasady realizacji projektu.

Zgodnie z orzecnictwem wojewódzkich sądów administracyjnych (wyrok WSA w Kielcach z 18 lipca 2012 r., sygn. ISA/Ke 284/12) pojęcie „innych procedur obowiązujących przy wykorzystaniu” pozyskanych środków dofinansowania obejmuje nie tylko procedury uregulowane w przepisach powszechnie obowiązujących, lecz też normy określone w ramach systemu realizacji programu. Jak podniósł WSA w Kielcach w ww. orzeczeniu, w oparciu o art. 5 ust. 11 u.z.p.p.r. normy określone w ramach systemu realizacji programów operacyjnych stanowić będą procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 u.f.p. Ponadto są one obowiązujące dla stron również w trakcie realizacji zawartej umowy o dofinansowanie”. IZ RPO WSL podziela utrwalony pogląd orzecnictwa, że systemowi realizacji programu należy nadać: „charakter źródła prawa, aczkolwiek nie powszechnie obowiązujący, lecz wiążącego podmioty, które wystąpiły o dofinansowanie projektu realizowanego w trybie u.z.p.p.r., a także organy i instytucje działające na podstawie tej ustawy (tak: wyrok NSA z 18 maja 2011 r., sygn. akt II GSK 817/11).

Zagadnienie dotyczące zakresu znaczeniowego pojęcia „innych procedur, o których mowa przy ich wykorzystaniu” poddane zostało analizie również przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach, który w wyroku z dnia 4 września 2012 r. (sygn. akt III SA/GL 366/12), wskazał, iż „Interpretacja pojęcia <inne procedury obowiązujące przy ich wykorzystaniu> musi uwzględniać zarówno potoczne rozumienie słowa <procedura>,

jak i sposób uregulowania w prawie krajowym wdrażania programów operacyjnych. Słowem <procedura> określa się zazwyczaj normowany przepisami lub zwyczajami sposób załatwienia jakiejś sprawy. Wobec tego <inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków> (...) oznaczać będą także reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystaniu środków pomocowych”. Co więcej, WSA w Gliwicach w ww. orzeczeniu zauważył, iż „(...) w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego, w rozumieniu art. 26 ust. 1 pkt 8 u.z.p.p.r., a zarazem częścią dokumentacji konkursowej”. Ponadto, WSA w Gliwicach zwrócił uwagę na fakt, iż „Potencjalny beneficjent ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. W przypadku zawarcia umowy o dofinansowanie zgodnie z przyjętym przez właściwą instytucję wzorem reguluje ona również procedurę realizacji projektu”. W opinii Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, nadanie temu pojęciu innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania byłoby wyłączone.

Zgodnie z przepisem art. 207 ust. 8 i 9 pkt 1 u.f.p. w przypadku stwierdzenia okoliczności, o których mowa w ust. 1 tego przepisu (m.in. wykorzystane środków finansowych z naruszeniem procedur), instytucja zarządzająca wzywa beneficjenta do:

- 1) zwrotu środków lub
 - 2) do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, o którym mowa w ust. 2 art. 207 u.f.p.,
- w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Po bezskutecznym upływie tego terminu, instytucja zarządzająca wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

Odsetki, o których mowa w art. 207 ust. 1 u.f.p., poprzez odesłanie zawarte w art. 67 u.f.p., naliczane są zgodnie z § 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji,

które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 r. Nr 165, poz. 1373 z późn. zm.) w związku z art. 58 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (t. j. Dz. U z 2012 r., poz. 749 z późn. zm.).

Według art. 60 pkt 6 u.f.p., należności z tytułu zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich oraz inne należności związane z realizacją projektów finansowanych z udziałem tych środków, a także odsetki od tych środków i od tych należności są środkami publicznymi stanowiącymi niepodatkowe należności budżetowe o charakterze publiczno-prawnym. Natomiast zgodnie z art. 67 „Do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych niniejszą ustawą stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267) i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r. poz. 749, z późn. zm.)”.

Mając na uwadze wskazany stan prawny podkreślić należy, iż Zarząd Województwa Śląskiego, pełniący rolę IZ RPO WSL, jako organ administracji publicznej, działa na podstawie przepisów prawa, a w toku prowadzonego postępowania stoi na straży praworządności, z urzędu lub na wniosek stron podejmuje wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes strony. Działania podejmowane przez IZ RPO WSL w ramach przedmiotowego postępowania wypełniają dyspozycję wyrażoną w przepisie art. 6 i 7 k.p.a.

IZ RPO WSL podkreśla, że nakładanie korekt finansowych i wydawanie decyzji o zwrocie środków nie charakteryzuje się tzw. uznaniem administracyjnym, co oznacza, że IZ RPO WSL jest bezwzględnie obowiązana do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości i odzyskania kwot nieprawidłowo wykorzystanych. W takim stanie faktycznym i prawnym nie ma miejsca na dowolność i subiektywność w działaniu IZ RPO WSL. Interes społeczny, wynikający z prawidłowego i efektywnego wdrażania programu operacyjnego, jest traktowany priorytetowo. Natomiast dbałość o słuszny interes strony przejawia się na etapie szacowania wysokości szkody (uwzględniając m.in. charakter i wagę nieprawidłowości), co ma miejsce przy wyliczaniu kwoty korekty – i w konsekwencji – kwoty środków przypadających do zwrotu. W tym właśnie kontekście można stwierdzić, że procedura odzyskiwania środków nieprawidłowo wykorzystanych uwzględnia interes społeczny i słuszny interes strony.

II.2. Przepisy materialne unijne.

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. U. UE C z 26 października 2012 r. Nr 326, str. 47 i nast.), w art. 325 „*Zwalczanie nadużyć finansowych*” stanowi, że Unia i państwa członkowskie zwalczają nadużycia finansowe i wszelkie inne działania nielegalne naruszające interesy finansowe Unii za pomocą środków podejmowanych zgodnie z tymże art. 325.

Zgodnie z Preambułą (pkt 128) zawartą w Rozporządzeniu nr 1303/2013: „Ponieważ niniejsze rozporządzenie zastępuje rozporządzenie (WE) nr 1083/2006, dlatego też rozporządzenie to powinno zostać uchylone. Niniejsze rozporządzenie nie ma jednak wpływu na kontynuację ani modyfikację odpowiednich projektów aż do ich zamknięcia, lub pomocy zatwierdzonej przez Komisję na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 lub jakichkolwiek innych aktów prawnych mających zastosowanie do tej pomocy w dniu 31 grudnia 2013 r. Wnioski złożone lub zatwierdzone na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 zachowują zatem ważność”. W konsekwencji, art. 152 ust. 1 (Przepisy przejściowe) wskazanego Rozporządzenia stanowi, że: „Niniejsze rozporządzenie nie ma wpływu na kontynuację albo modyfikację, w tym całkowite lub częściowe anulowanie pomocy zatwierdzonej przez Komisję na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 lub wszelkich innych przepisów prawa mających zastosowanie do tej pomocy na dzień 31 grudnia 2013 r. Niniejsze rozporządzenie lub takie inne przepisy prawa mające zastosowanie stosują się nadal po dniu 31 grudnia 2013 r. do tej pomocy lub do danych operacji aż do ich zamknięcia. Dla celów niniejszego ustępu pomoc obejmuje programy operacyjne i duże projekty”. W związku z tym, w niniejszej sprawie zastosowanie znajdzie Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006.

Ponadto, w myśl przepisu art. 60 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, „Instytucja odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za zapewnienie, że operacje wybrane do finansowania spełniają mające zastosowanie zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres ich realizacji oraz za weryfikację, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi (...)”. Powyższe rozporządzenie reguluje także procedury odzyskiwania środków wypłaconych z funduszy unijnych, w tym korekty finansowe,

do których dokonywania zobowiązane są państwa członkowskie. Zgodnie z art. 98 ust. 1 ww. Rozporządzenia, państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. Na podstawie ust. 2 tego przepisu państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. Uwolnione w ten sposób fundusze mogą być ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie.

Co więcej, Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 w art. 70 ust. 1 pkt b *Zarządzanie i kontrola* wskazuje, że państwa członkowskie są odpowiedzialne za zarządzanie programami operacyjnymi i ich kontrolę, w szczególności za pomocą zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości oraz odzyskiwania kwot nienależnie wypłaconych wraz z odsetkami z tytułu zaległych płatności w stosownych przypadkach. Państwa członkowskie zgłaszają te nieprawidłowości Komisji i informują Komisję na bieżąco o przebiegu postępowań administracyjnych i prawnych.

Na podstawie ww. Rozporządzenia, zgodnie z art. 2 pkt 3, „operacja” to projekt lub grupa projektów wybranych przez instytucję zarządzającą danym programem operacyjnym lub na jej odpowiedzialność, zgodnie z kryteriami ustanowionymi przez komitet monitorujący, i realizowanych przez jednego lub więcej beneficjentów, pozwalające na osiągnięcie celów osi priorytetowej, do której odnosi się ta operacja. Natomiast, zgodnie z art. 2 pkt 7 tego Rozporządzenia, jako „nieprawidłowość” rozumieć należy jakiekolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Elementem niezbędnym definicji jest wystąpienie szkody (realnej lub potencjalnej) w budżecie ogólnym Unii Europejskiej rozumianej jako finansowanie nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, a więc wydatku poniesionego z naruszeniem prawa. Należy zatem mieć na uwadze,

iż dla kwalifikacji nieprawidłowości nie ma znaczenia kwota nieprawidłowości (nie została ustalona minimalna kwota nieprawidłowości) i etap realizacji projektu, na którym została ona wykryta, ale sam fakt jej zaistnienia.

Do nieprawidłowości dochodzi w wyniku działalności podmiotu gospodarczego, którego definicja legalna znajduje się w Rozporządzeniu Komisji WE nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz Rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (D. U. UE L. z 27 grudnia 2006 r. nr 371, str 1 z późn. zm.), dalej: Rozporządzenie Komisji <WE> 1828/2006). Podkreślić należy, iż przepis art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 nie przewiduje kwalifikacji działania Beneficjenta w kategorii działania zawinionego lub niezawinionego.

Zgodnie z art. 27 lit. a podmiot gospodarczy oznacza każdą osobę fizyczną, prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z Funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego podczas wykonywania uprawnień władzy publicznej. Definicja ta znajduje się co prawda w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1828/2006, ale nie ulega wątpliwości, że kierując się zasadami wykładni funkcjonalnej, ma zastosowanie na gruncie każdego aktu prawnego, który reguluje kwestie wdrażania i wydatkowania funduszy europejskich, chyba że w danym akcie prawnym znajduje się samodzielna definicja tego pojęcia. Przyjmuje ona wtedy znaczenie autonomiczne, ale tylko w interpretacji tego aktu prawnego, w którym się pojawia. Reasumując należy podkreślić, że z uwagi na to, że Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 nie wyjaśnia znaczenia „podmiot gospodarczy” zatem zastosowanie ma wskazana powyżej definicja (tym bardziej, że znajduje się ona w sekcji 4 Rozporządzenia Komisji <WE> nr 1828/2006 zatytułowanej „nieprawidłowości”), co oznacza, że każdy beneficjent, korzystający ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego, spełnia ww. definicję i w konsekwencji podlega regulacjom dotyczącym nieprawidłowości w rozumieniu Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

W ocenie IZ RPO WSL należy przyjąć szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa, obejmującą zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Przyjęcie takiej rozszerzającej wykładni naruszenia prawa oznacza, że do popełnienia nieprawidłowości,

w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 dochodzi również wtedy, gdy naruszony został przepis krajowy ustanawiający wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych budżetu Unii, przyjęty w obszarach nieuregulowanych prawem unijnym lub ustanawiający wymogi bardziej rygorystyczne od tych, które wynikają z przepisów prawa Unii.

Co więcej, „Interpretacja postanowienia art. 2 pkt 7 daje możliwość stwierdzenia, że spełnieniem pierwszej z rozpatrywanych przesłanek wystąpienia nieprawidłowości jest wyłącznie naruszenie <prawa> (wspólnotowego, jak i krajowego) w rozumieniu zespołu norm o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Reguły wykładni językowej nie pozwalają na wskazanie innego znaczenia analizowanego przepisu. Uznać jednak należy, że fakt naruszenia przepisu prawa wspólnotowego oraz prawa krajowego nie wyczerpuje jeszcze zakresu przedmiotowego przesłanki naruszenia prawa. Ważne znaczenie w jej ramach ma także nieprzestrzeganie przez beneficjenta regulacji umowy (decyzji), na mocy której przyznane mu zostaje dofinansowanie” (tak: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce. Aspekty prawno finansowe*, pod. Red. W. Miemiec, UNMEX Wrocław 2012, s. 225).

W przypadku naruszenia wytycznych oraz innych wewnętrznych dokumentów IZ RPO WSL (np. instrukcji) zasadne jest stanowisko, że: „Przyznanie rozważanej kategorii dokumentów wiążącego waloru nie wynika jednak z ich obowiązującego charakteru *ipso iure* (tak, jak to ma miejsce w przypadku norm prawa wspólnotowego czy krajowego), a wyłącznie z faktu ich obowiązywania na mocy postanowień umowy (decyzji) o dofinansowanie projektu, do stosowania której zobowiązuje się każdy beneficjent (przy założeniu, że dana umowa czy decyzja przewiduje obowiązek przestrzegania przez beneficjenta postanowień wytycznych, jak też dokumentów przyjętych przez instytucje przyznające dofinansowanie). Oznacza to więc, że naruszenie przez konkretny podmiot postanowień wytycznych, czy np. szczegółowego opisu priorytetu danego programu operacyjnego, należy traktować w kategoriach naruszenia przez niego postanowień – wiążącej go – umowy (decyzji) o dofinansowanie projektu” (tak: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce...*, s. 227).

Zakres regulacji nieprawidłowości obejmuje już stan szkody potencjalnej. Stosując reguły wykładni celowościowej należy wskazać, że celem art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 jest zapobieganie niewłaściwemu wydatkowaniu środków publicznych przez

beneficjentów i już sama możliwość wystąpienia szkody mieści się w zakresie regulacji tejże przesłanki. Inaczej mówiąc, szkoda może mieć wymiar realny lub potencjalny. Realna szkoda oznacza sytuację, gdy beneficjent, przez swoje działanie lub zaniechanie prowadzące do naruszenia prawa, dopuszcza się szkody związanej ze środkami z funduszy unijnych. Istotny w takim przypadku jest fakt wykorzystania otrzymanych przez beneficjenta środków unijnych, tzn. sfinansowanie „nieuzasadnionego wydatku” w wyniku otrzymanej refundacji lub zaliczki. Definicja nieprawidłowości obejmuje również istnienie szkody potencjalnej. Ma ona miejsce wtedy, gdy zostanie wykryte naruszenie prawa przez beneficjenta, prowadzące do wystąpienia szkody, w wyniku czego nie uzyska on konkretnej kwoty środków finansowych (tak: G. Karwatowicz, J. Odachowski, *Definicja legalna „nieprawidłowości” w kontekście funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności*, „Kontrola Państwowa” nr 4/2009, s. 116). W takim przypadku IZ RPO WSL zapobiega sfinansowaniu ze środków unijnych wydatku objętego naruszeniem prawa. Można więc stwierdzić, że wystąpienie każdej z przesłanek określonej w art. 207 ust. 1 u.f.p. będzie jednocześnie nieprawidłowością w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady 1083/2006, natomiast nie każda nieprawidłowość będzie pociągała za sobą konieczność dochodzenia zwrotu, zwłaszcza jeżeli jej wykrycie nastąpi przed refundacją wydatków ze środków pochodzących z budżetu Unii (tak: M. Szymański, *Zwrot środków nieprawidłowo wykorzystanych przy realizacji programów Unii Europejskiej. Na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych*, „Kontrola Państwowa” nr 2/2010, Najwyższa Izba Kontroli, <http://www.nik.gov.pl/plik/id,1891.pdf>).

Powoduje to, że wykrycie naruszenia prawa prowadzi, zgodnie z ww. przepisami, do powstania obowiązków ustanowionych prawem unijnym, a wiążących się ze stwierdzeniem nieprawidłowości, a w konsekwencji koniecznością odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo. Jednocześnie łączy się to z obowiązkiem instytucji zaangażowanych we wdrażanie środków finansowych z funduszy unijnych przeciwdziałaniu wydatkowaniu środków „dotkniętych” naruszeniem. Jest to związane z procesem zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości, stanowiących jeden z głównych obowiązków IZ RPO WSL.

W literaturze przedmiotu (patrz: W. Miemiec, *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce...*, s. 224) wskazuje się, że: „(...) instytucja nieprawidłowości została ustanowiona z myślą o zapobieganiu niewłaściwemu wydatkowaniu przyznanych

środków publicznych na realizację projektów współfinansowanych z funduszy europejskich (ewentualnie odzyskiwaniu niewłaściwie wydatkowanych środków). Oznacza to zatem, że celem unormowania art. 2 pkt 7 jest istnienie (zabezpieczenie, a czasem przywrócenie) stanu, zgodnie z którym każdy wydatek finansowany z ww. funduszy jest <uzasadniony>. Dany wydatek może mieć taki charakter wyłącznie w przypadku, gdy zostanie dokonany z uwzględnieniem wszystkich wiążących regulacji (...).

Przepisy prawa unijnego nie określają jednoznacznie podmiotu, który zobowiązany jest do ustalania czy określony czyn spełnia przesłanki nieprawidłowości. Pomoc w ustaleniu tego podmiotu znaleźć można w definicji wstępnego ustalenia administracyjnego lub sądowego zawartej w art. 27 lit. b sektorowego Rozporządzenia Komisji <WE> 1828/06, który przewiduje, że wstępnego zakwalifikowania czynu jako nieprawidłowości dokonuje właściwy organ administracyjny lub sąd państwa członkowskiego, w postaci pisemnej oceny. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2013 r. (sygn. VIII SA/Wa 917/12) „Przyjąć zatem można, że wstępnej kwalifikacji prawnej czynu jako nieprawidłowości dokonuje organ krajowy, który stwierdził, że istnieją podstawy dla podejrzenia popełnienia nieprawidłowości, natomiast ostatecznej kwalifikacji tego czynu dokonuje organ, który orzeka odnośnie do skutków wykrycia nieprawidłowości, np. podejmując rozstrzygnięcie zobowiązujące do zwrotu kwot wydatkowanych nieprawidłowo”.

Celem przepisu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 jest doprowadzenie do takiego stanu, w którym każdy wydatek finansowany ze środków europejskich zostanie dokonany z uwzględnieniem wszystkich wiążących regulacji – zatem również powszechnie obowiązujących przepisów prawa krajowego oraz postanowień umowy o dofinansowanie. Zauważyć należy, iż Beneficjent podpisując umowę o dofinansowanie zobowiązał się do wykonywania swoich obowiązków, w tym wydatkowania środków finansowych zgodnie z zawartymi w niej zapisami które, co wymaga podkreślenia – mają dla Beneficjenta charakter wiążący.

Aktualna jest teza przedstawiona w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości; dalej: TSUE) w sprawie Irlandia przeciwko Komisji Europejskiej (dawniej: Komisji Wspólnot Europejskich) z dnia 15 września 2005 r. o nr C 199/03, zgodnie z którą „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych

skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję”.

Teza ta została również potwierdzona w wyroku TSUE z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie o nr C-465/10, w którym TSUE wskazał, że: „(...) naruszenie przez beneficjenta subwencji z EFRR, będącego instytucją zamawiającą przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych na usługi w celu wykonania subwencjonowanego działania, powoduje nieuzasadniony wydatek, a tym samym szkodę dla budżetu Unii”.

Zasadne jest stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, przedstawione w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (sygn. II GSK 1945/12), zgodnie z którym: „(...) wykonanie projektu finansowanego (współfinansowanego) ze środków publicznych nie zwalnia instytucji zarządzającej, która jest odpowiedzialna za zarządzanie programem operacyjnym i jego realizację przy uwzględnieniu zasady należytego zarządzania finansami, z obowiązku dochodzenia i żądania ich zwrotu, w sytuacji gdy środki te pobrane zostały przez beneficjenta pomocy nienależnie. Z obowiązku zwrotu tych środków nie jest w związku z tym zwolniony także i ten, kto pobrał te środki nienależnie. Również z orzecznictwa europejskiego wynika, że beneficjent pomocy finansowanej, z racji jej przyznania i zatwierdzenia, nie nabywa żadnych ostatecznych praw do wypłaty kwoty pomocy, jeżeli nie przestrzega warunków, którymi to wsparcie finansowe zostało obwarowane, i które może być przyznane tylko wówczas, gdy beneficjent spełnia określone warunki. Budżet unijny pokrywa bowiem jedynie wydatki zgodne z przepisami unijnymi. Wystarczającą przesłanką przyznania pomocy nie jest więc tym samym wykazanie, że projekt został zrealizowany (por. np. wyrok SPI z dnia 22 maja 2007 r., C-500/04; wyrok TS z dnia 19 stycznia 2006 r., C-240/03 P)”.

III. 1. Analiza naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. z 2007 r. w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. w zamówieniu nr IKL.MPo.3410-10/2009

W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dokonał zmiany terminu składania ofert: z dnia 24 lutego 2009 r. na dzień 3 marca 2009 r. Zmiana ta, nastąpiła na skutek wyjaśnień do postanowień treści SIWZ z dnia 19 lutego 2009 r., udzielonych przez Beneficjenta, w związku z pytaniem potencjalnego wykonawcy dot. przewidywanego zakresu prac o roboty

dotyczące pielęgnacji krzewów i trawników. Ponadto, bezsporne jest, że Zamawiający nie zamieścił zmiany ogłoszenia o zamówieniu w BZP.

Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy takie zaniechanie Beneficjenta spowodowało naruszenie przepisów ustawy P.z.p. – w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – i w konsekwencji umowy o dofinansowanie, w następstwie czego powstał po stronie Beneficjenta obowiązek zwrotu środków nieprawidłowo wykorzystanych, tzn. środków wykorzystanych z naruszeniem procedur.

Punktem wyjścia jest stwierdzenie, że zamówienia publiczne oparte są na dwóch fundamentalnych zasadach, tj. zasadzie zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadzie równego traktowania, które zostały określone w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. W myśl wskazanego przepisu Zamawiający został zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewni zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Celem przepisu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. jest ochrona nie tylko jego uczestników (potencjalnych uczestników), ale także interesu publicznego, zmierzającego do efektywnego wydatkowania środków publicznych. Zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego polega na jednakowym ich traktowaniu, a tym samym niestosowaniu wobec niektórych z nich szczególnych przywilejów bądź ulg.

Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 maja 2008 r. (sygn. akt: X Ga 75/08), w którym wskazano, iż: „W art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zawarł zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieograniczonego dostępu wszystkich podmiotów, albowiem zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania”.

Regulacje dotyczące udzielania zamówień publicznych, zarówno na poziomie unijnym jak i krajowym, wprowadzone zostały w celu osiągnięcia dwóch podstawowych założeń:

- realizacji zasady *best value for money*, czyli nabywania najlepszych dóbr i usług na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach oraz
- otwartości rynku zamówień publicznych na wykonawców z krajów członkowskich Unii Europejskiej.

Oznacza to, że przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych muszą zapewniać racjonalne dysponowanie środkami publicznymi przy równoczesnym zagwarantowaniu respektowania podstawowych zasad, na których oparte jest funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Zasada uczciwej konkurencji, wskazana w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., jest zasadą naczelną, obowiązującą na rynku wewnętrznym.

Ponadto, przy ocenie przepisów regulujących zamówienia publiczne należy kierować się ogólnymi zasadami dyrektyw, w szczególności wskazanymi w pkt 2 Preambuły do Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (D. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r., nr 134. str. 114 z późn. zm., dalej: Dyrektywa 2004/18/WE), tj.: „Udzielanie zamówień, na które w Państwach Członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami Traktatu”.

Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 21 listopada 2014 r. (sygn. akt II GSK 1100/13) „Za elementy ogólnej zasady konkurencyjności ponad wszelką wątpliwość uznać

należy bowiem zasadę uczciwości oraz zasadę równości (równorzędności podmiotów) w zakresie odnoszącym się do traktowania wykonawców, do których adresowana jest konkretna oferta na realizację określonego w niej zamówienia. Ma to bowiem podstawowe znaczenie z punktu widzenia jego finansowania ze źródła, którym są środki publiczne, a w konsekwencji gwarantowania wolnego i równego dostępu do zamówień finansowanych z tego właśnie źródła”.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ma kluczowe znaczenie dla całej regulacji zamówień publicznych. Pozwala ona bowiem na realizację najważniejszych celów ustawowych, do których zalicza się efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom, zdolnym do ich wykonania. Powołany przepis ma zatem gwarantować, aby każdy podmiot, przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał takie same szanse na każdym etapie tego postępowania. Ustawodawca krajowy nałożył na zamawiających obowiązek dbania o realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (M. Kania, *Zamówienia publiczne; Partnerstwo publiczno-prywatne; Koncesje na roboty budowlane lub usługi w prawie polskim; instytucje prawne realizacji przedsięwzięć publicznych*, Wyd. Difin, Warszawa 2014, s. 44).

Powyższe stanowisko jest aktualne w stosunku do niżej analizowanych naruszeń, ponieważ IZ RPO WSL uznaje, że nieprawidłowe zastosowanie przepisu art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p., a także art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p. (omawianego w kolejnym podrozdziale) doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, mającej swoje źródło w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy P.z.p. z 2007 r. „Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”.

Artykuł 38 ust. 4a ustawy P.z.p. określa więc sposób postępowania zamawiającego w sytuacji, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Przykładowo, mogą to być zmiany dotyczące: m.in. terminu składania ofert, ponieważ przepis art. 36 ust.1 pkt 11 ustawy P.z.p. wskazuje, że SIWZ zawiera miejsce oraz **termin składania i otwarcia ofert**. Termin składania ofert jest więc obligatoryjnym elementem SIWZ. Oznacza to, że jakakolwiek zmiana terminu składania ofert (np. na skutek zapytań potencjalnych wykonawców) prowadzi do zmiany SIWZ. Nie ma znaczenia, z jakiego powodu dochodzi do zmiany SIWZ powodującej konieczność przesunięcia terminu składania ofert.

Jednocześnie, art. 41 pkt 10 ustawy P.z.p. stanowi, że ogłoszenie o zamówieniu, zawiera miejsce i **termin składania ofert**. W konsekwencji, dokonanie przez Zamawiającego zmiany SIWZ polegającej na zmianie terminu składania ofert, zobowiązuje do zmiany ogłoszenia o zamówieniu (tak: M. Łempicka, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia – wyjaśnienia i zmiany, LEX: „Jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego każda zmiana siwz prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu obliguje zamawiającego do zamieszczenia odpowiedniego ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Zasadą jest publikacja ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w tym samym publikatorze, w którym zamieszczone było ogłoszenie ulegające zmianie”).

Powyższe potwierdza stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w piśmie z dnia 27 kwietnia 2012 r. (sygn. UZP/DP/O-IRZ/22809/4927/12), zgodnie z którym „Zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu składania ofert, w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z powyższą regulacją prowadzi zawsze do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W ogłoszeniu o zamówieniu wymagane jest bowiem zamieszczenie m.in. obligatoryjnej informacji na temat terminu składania ofert (arg. z art. 41 pkt 10 ustawy Pzp), a zatem każda zmiana w tym zakresie powinna zostać opublikowana zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp”. W przedmiotowym piśmie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił również uwagę na konsekwencje, jakie może rodzić zaniechanie publikacji informacji o zmianie terminu składania ofert, wskazując, że: „Niedopełnienie przez zamawiającego obowiązku publikacji informacji o zmianie terminu składania ofert może skutkować naruszeniem ustawy w zakresie równego traktowania wykonawców oraz utrudnić prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również

naruszać zasadę przejrzystości postępowań w sprawie zamówienia publicznego. Zaniechanie czynności ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, z powodu wydłużenia terminu na składanie ofert, może prowadzić do uniemożliwienia udziału w postępowaniu wykonawcom zainteresowanym postępowaniem, którzy nie wzięli w nim udziału ze względu na zbyt krótki termin składania ofert”.

Do zagadnienia dotyczącego zmiany terminu składania ofert odniósł się również, w wyroku z dnia 29 maja 2013 r. (sygn. akt II SA/Go 122/13), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim, stwierdzając że „(...) stosownie do treści art. 36 ust. 1 pkt 11 pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierać musi m.in. wskazanie miejsca oraz termin składania i otwarcia ofert. Tym samym sama zmiana terminu składania ofert kwalifikowana jest jako istotna zmiana SIWZ wymagająca ogłoszenia w Biuletynie”.

Ponadto Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach, w wyroku z dnia 26 listopada 2013 r. (sygn. akt III SA/GI 1040/13), wskazał, że „(...) w licznych Uchwałach (...) Krajowa Izba Odwoławcza przy Urzędzie Zamówień Publicznych konsekwentnie wyrażała pogląd, że brzmienie przepisu artykułu 38 ust. 4a ustawy – Prawo zamówień publicznych jest kategoryczne – każda zmiana treści SIWZ dokonana w przetargu nieograniczonym, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu aktualizuje obowiązek zamawiającego, polegający na przekazaniu odpowiednich informacji do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W ocenie Izby, taką zmianą w szczególności jest przedłużenie terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę, iż zmiana terminu składania ofert jest zmianą treści SIWZ, powstaje obowiązek publikacji sprostowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdyż termin składania ofert stanowi również element treści opublikowanego w tym miejscu ogłoszenia o zamówieniu. Artykuł 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamieszczenie w treści ogłoszenia zmian nie uzależniając tego obowiązku od uznania przez zamawiającego ich <istotności>, jest to pewien wymóg formalny, analogicznie jak wskazanie tych informacji przy formułowaniu samego ogłoszenia, które również należy zamieścić niezależnie od opinii zamawiającego w kwestii ich znaczenia dla postępowania”. Inaczej mówiąc, brzmienie przepisu art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. jest jednoznaczne – każda zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana w przetargu nieograniczonym, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu skutkuje obowiązkiem zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty

określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p. Przepis art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. nie przewiduje żadnych wyjątków, a obowiązek w nim wskazany nie jest zależny od żadnych czynników (np. od wpływu zmiany treści SIWZ na krąg potencjalnych wykonawców, od zmieszczenia zmiany treści SIWZ na stronach internetowych zamawiającego czy od poinformowania o zmianie wykonawców, którzy np. pobrali SIWZ czy zwrócili się o wyjaśnienie treści, a więc w ten sposób ujawnili swoją chęć udziału w postępowaniu).

Powyższe stanowisko potwierdza również wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 października 2014 r. (sygn. akt III SA/Kr 1170/14), który podniósł, że: „prawidłowe jest stanowisko organu, iż zmiana terminu składania ofert prowadzi do zmiany treści SIWZ, ponieważ stanowi zmianę istotnego jej składnika (art. 36 ust. 1 pkt. 11 P.z.p.), co z kolei skutkuje zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 4a in principio P.z.p.) Miejsce i termin składania ofert jest elementem koniecznym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wynika z treści art. 36 ust. 1 pkt. 11 P.z.p. Przepis art. 36 ust. 1 i 2 P.z.p. zawiera katalog niezbędnych elementów jakie musi zawierać SIWZ. Natomiast zgodnie z art. 38 ust. 4a P.z.p. jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego dochodzi do zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia, zamawiający przekazuje dodatkowe informacje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Ponieważ termin składania ofert jest koniecznym elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega ogłoszeniu, również jego zmiana podlega obowiązkowi publikacji. (...) Powoływanie się w skardze na okoliczność, iż (...) dochował należytej staranności i wypełnił obowiązek wynikający z art. 38 ust. 4 P.z.p. przez zawiadomienie o zmianie terminu składania ofert wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ oraz zamieścić ją na stronie internetowej nie wypełnia zdaniem Sądu obowiązków, które wynikały z treści art. 38 ust. 4a pkt. 2. P.z.p. Zasadnie organ przyjął, że beneficjent naruszył przepis art. 38 ust. 4a P.z.p., gdyż nie zamieścił ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE (DUUE). Brzmienie tego przepisu od nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. nr 171, poz. 1058) jest jednoznaczne - każda zmiana treści SIWZ dokonana w przetargu nieograniczonym, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, a więc także zmiana terminu składania ofert skutkuje obowiązkiem zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, albo przekazania

Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Dlatego pozbawione podstaw jest twierdzenie skargi, że dopiero dodanie do art. 38 ust. 6 z mocą od 29 stycznia 2010r. zdania drugiego o treści: <przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio> wprowadziło obowiązek przekazania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Przepis ten – art. 38 ust. 6 P.z.p. dotyczy wyłącznie sytuacji, w której zmiana treści SIWZ nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i określa obowiązki zamawiającego w takim przypadku. (...) Nie można także przyznać racji argumentom skargi, iż w stanie faktycznym sprawy nie doszło i nie mogło dojść do naruszenia przejrzystości i jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców ponieważ ze względu na specyfikę zamówienia wszyscy realnie zainteresowani zamówieniem wykonawcy śledzili informacje zamieszczane na stronie internetowej, bądź <sygnalizowali swoje zainteresowanie postępowaniem> zobowiązując w ten sposób do przekazywania im na bieżąco wszystkich informacji dotyczących postępowania a praktyką potencjalnych wykonawców jest poinformowanie zamawiającego o swoim zainteresowaniu postępowaniem a nie anonimowe pobranie SIWZ ze strony internetowej. Argumentacja powyższa pozbawiona jest podstaw prawnych. Nie można zdaniem Sądu wykluczyć, że informacja o zmianie SIWZ – przesunięciu terminu składania ofert nie dotarła do wykonawców (również potencjalnych), zainteresowanych udziałem w postępowaniu, oraz mogących zaproponować korzystniejszą ofertę. (...) Trzeba także mieć na uwadze treść art. 39 P.z.p., zgodnie z którym istotę przetargu nieograniczonego stanowi taki tryb udzielenia zamówienia, w którym - w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Obszerne rozważania skargi dotyczące realnych, bądź nierealnych możliwości potencjalnych wykonawców złożenia oferty w terminie wyznaczonym jako kolejny termin składania ofert nie mają żadnego znaczenia także w świetle nie budzącej wątpliwości definicji nieprawidłowości wynikającej z art. 2 pkt. 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006, której konsekwencją jest spowodowanie, lub chociażby możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”.

Zgodnie z powyższym treść przepisu art. 38 ust 6 ustawy P.z.p., nie ma więc znaczenia w niniejszej sprawie, ponieważ nie odnosi się do jej stanu faktycznego i nie ma zastosowania

do oceny prawidłowości prowadzonego przez Beneficjenta – Miasto Jastrzębie-Zdrój postępowania przetargowego. Zamawiający, odpowiadając na zapytanie potencjalnego oferenta, doprecyzował zapisy SIWZ w przedmiocie „*dopuszczenia zmniejszenia przewidzianego zakresu prac o roboty dotyczące pielęgnacji krzewów i trawników*”. Czynność ta (doprecyzowanie zapisów SIWZ), sama w sobie nie implikowała zmiany ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ przedmiotowa kwestia – zgodnie ze stanowiskiem Beneficjenta – nie była w sposób bezpośredni zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednakże Zamawiający – w wyniku swojej odpowiedzi precyzującej zapisy SIWZ – zdecydował się ponadto na przesunięcie terminu składania i otwarcia ofert. Ten element jest – jak już przedstawiono – obligatoryjny w ogłoszeniu o zamówieniu, stąd jego zmiana w SIWZ powoduje konieczność zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Jednym z podstawowych obowiązków, jakie nakłada na Beneficjenta umowa o dofinansowanie, jest realizacja projektu zgodnie z przepisami prawa unijnego oraz krajowego, w tym przepisami prawa zamówień publicznych. W przedmiotowym zamówieniu nr IKI.MPo.3410-10/2009, nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający zmienił termin składania i otwarcia ofert. Zgodnie z cytowanym powyżej art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. z 2007 r. przesunięcie terminu składania i otwarcia ofert – jako jednego z istotnych warunków zamówienia, skutkować powinno zamieszczeniem ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze.

Nadto, Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2014 r. (sygn. akt II GSK 173/13): „(...) za prawidłowe uznał stanowisko organu orzekającego, iż strona podczas prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego naruszyła art. 38 ust. 4a P.z.p., bowiem przedłużyła termin składania i otwarcia ofert, informując o tym fakcie tylko na stronie internetowej i odbiorców SIWZ, a nie publikując sprostowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a zatem nie dopełniła obowiązku sprostowania ogłoszenia w związku ze zmianą terminu składania ofert. (...) w konsekwencji strona naruszyła zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 P.z.p. (...)”.

W ocenie IZ RPO WSL, każda zamiana treści SIWZ dokonana w przetargu nieograniczonym, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, powoduje obowiązek Zamawiającego, zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w BZP.

Wskazane w decyzji orzeczenia, a także stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące zmiany terminu składania ofert jasno wskazują, że jest on elementem ogłoszenia o zamówieniu. Oznacza to, że jego zmiana powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku publikacji w BZP, a niewypełnienie ww. obowiązku prowadzi do naruszenia dyspozycji art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. Konsekwencją zaniechania publikacji informacji o zmianie terminu składania ofert jest ponadto rozbieżność treści SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu, co zagraża równemu traktowaniu wykonawców i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawcy bowiem dowiadują się o zamówieniu z różnych źródeł, tj. ze strony internetowej, na której zamawiający opublikował SIWZ oraz ogłoszenia opublikowanego w BZP, które zawierało informacje niezmienione. Podkreślenia wymaga, iż wykluczenie sytuacji, w których mogłoby dojść do nierównego traktowania wykonawców (naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.), leży m.in. u podłoża regulacji zawartej w art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. W doktrynie podkreśla się, że: „Zamawiający, który prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego oraz wprowadza zmiany do SIWZ, będzie obowiązany do publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, o ile modyfikacja dotyczy takich elementów SIWZ, które były podane uprzednio w ogłoszeniu (...). Modyfikacja elementów SIWZ, co do których istnieje obowiązek ich podania w ogłoszeniu, bez zmiany takiego ogłoszenia mogłaby prowadzić do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i ograniczania uczciwej konkurencji ” (tak: M. Stachowiak, *Komentarz do art.38 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, LEX).

W toku prowadzonego przez IZ RPO WSL postępowania administracyjnego, na podstawie zebranych dokumentów stwierdziła ona, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju” nr IKI.MPo.3410-10/2009, Zamawiający w dniu 19 lutego 2009 r. przesunął termin składania i otwarcia ofert o 7 dni z 24 lutego 2009 r. na 3 marca 2009 r. W konsekwencji IZ RPO WSL stwierdziła, że zaniechanie zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, pomimo dokonania przez Zamawiającego zmiany SIWZ prowadzącej do zmiany ogłoszenia o zamówieniu, stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 przedmiotowej ustawy.

Potencjalni wykonawcy, którzy nie wzięli udziału w postępowaniu przetargowym mogliby podjąć decyzję o udziale i złożyć ofertę gdyby w ogłoszeniu Zamawiający zamieścił informację

o zmianie terminu. Być może właśnie ci oferenci złożyliby ofertę bardziej korzystną cenowo dla Zamawiającego, który realizując projekt korzystał ze środków publicznych, niż oferenci którzy faktycznie złożyli oferty. Fakt przedłużenia terminu składania ofert bez publikacji zmienionego ogłoszenia o zamówieniu może wpływać na proces decyzyjny potencjalnych oferentów, którzy zrezygnowali z ubiegania się o zamówienie z powodu braku wiedzy, iż termin na złożenie oferty został wydłużony.

Beneficjent, naruszając przepisy: art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. naruszył procedurę obowiązującą przy wydatkowaniu środków unijnych. W opinii IZ RPO WSL, zasadnym jest stanowisko WSA w Gliwicach, zgodnie z którym „W świetle brzmienia art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. samo naruszenie procedur jest wystarczającym powodem do wezwania do zwrotu środków (...)” i że „(...) nie jest konieczne wykazywanie, czy w praktyce miał on konkretne przełożenie na sytuację konkretnego podmiotu (oferenta)”. Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z brzmieniem wskazanego przepisu ustawy o finansach publicznych. W ocenie IZ RPO WSL, zaniechanie publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w BZP mogło rodzić realne i istotne skutki (o charakterze faktycznym – np. brak udziału w postępowaniu przez potencjalnego wykonawcę), które można zakwalifikować jako naruszenie procedur, stwarzające możliwość zaistnienia potencjalnej szkody. Wartym podkreślenia jest fakt, iż ustawodawca unijny celowo i świadomie, biorąc pod uwagę szeroko pojęty interes publiczny (społeczny) w konstrukcji normatywnej „nieprawidłowości” – art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 – formułuje przesłankę szkody potencjalnej. Zastosowanie w przedmiotowej sprawie tzw. Taryfikatora ma na celu wypełnienie normy prawnej ze wskazanego przepisu oraz ocenę charakteru i skutków tego naruszenia prawa zamówień publicznych. Naruszenie, stwierdzone w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogło skutkować ograniczeniem kręgu potencjalnych oferentów, a w konsekwencji mogło wyeliminować z udziału w zamówieniu podmioty, które przedstawiłyby oferty korzystniejsze finansowo. Na tym też polega istota szkody, wynikającej z wymienionej nieprawidłowości. Do przyjęcia, że doszło do istotnego naruszenia przepisów regulujących realizację dofinansowywanego projektu nie jest zatem konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego, lecz możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, co wynika z cytowanego wyżej art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Wystarczającą przesłanką naliczenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia procedury (tutaj: przepisów ustawy P.z.p.), które

mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych. Przy takim rozumieniu analizowanej kwestii nie ma więc podstaw do stawiania IZ RPO WSL wymogu wyliczania szkody i oceniania rozmiaru skutków stwierdzonej nieprawidłowości (tak: wyrok WSA w Olsztynie z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt I SA/Ol 150/13).

III. 2. Analiza naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p. z 2010 r. w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. w zamówieniu nr IKI.271.60.2011

Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy P.z.p. z 2010 r. SIWZ zawiera m.in. „opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”. Oznacza to, że Zamawiający w SIWZ ma obowiązek podać wszystkie kryteria, jakie będą obowiązywać przy ocenie ofert, wraz z ich opisem polegającym na wyraźnym (konkretnym) wskazaniu, co należy rozumieć przez pojęcie, jakim określa dane kryterium. Do kryteriów wybranych dla danego postępowania Zamawiający przypisuje wagi. Przez określenie danego kryterium, w ocenie IZ RPO WSL, należy rozumieć podanie definicji, wskazującej na treść i zakres oraz informującej o znaczeniu danego kryterium. Ma to na celu uściślenie, skonkretyzowanie kryterium i ochronę podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak i samego Zamawiającego, przed wieloznacznością i dowolnością w rozumieniu.

Kryteria i sposób oceny ofert, należy do najtrudniejszych i najważniejszych elementów postanowień SIWZ. W myśl art. 91 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. z 2010 r.: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia”. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „w szczególności” wskazuje, iż zamawiający niewątpliwie poza wymienionymi przykładowo kryteriami oceny ofert może ustalić inne kryteria (tzw. kryteria pozacenowe), z zachowaniem zasady, iż odnoszą się one do przedmiotu zamówienia (art. 2 ustawy P.z.p. z 2010 r. w swojej treści posługuje się zwrotem: „inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia publicznego”). Za takie można uznać przykładowo termin płatności. Natomiast nie mogą nimi być parametry dotyczące właściwości wykonawcy, a w szczególności jego

wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. z 2010 r.).

Ustalając kryteria oceny ofert, zamawiający ma, co do zasady, swobodę w ich określaniu – jedynym kryterium obowiązkowym jest – jak wskazuje ww. przepis art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p. z 2010 r. – cena. Zamawiający ma też pełną dowolność w ustalaniu wag dla określonych przez siebie kryteriów. To zamawiający ustala, jakie cechy mają dla niego największe znaczenie i jaka oferta będzie dla niego najkorzystniejsza. Jednakże kryteria oceny ofert muszą być mierzalne i zobiektywowane oraz odnosić się do przedmiotu zamówienia (tak: J. E. Nowicki, *Komentarz do art.36 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX). Inaczej mówiąc, kryteria oceny ofert nie mogą być subiektywne, a wybór kryteriów – poza ceną – nie może być przypadkowy i dowolny. Kryteria powinny mieć charakter obiektywny, nie naruszać zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i – co oczywiste – powinny być stosowane w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Kryteria jako mierniki umożliwiające porównywanie ofert powinny być tak sprecyzowane, aby gwarantowały wybór najkorzystniejszej oferty (A. Borkowski, M. Guziński i inni, *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Kolonia Limited 2012, s. 111).

Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych (*Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego*, opracowanie: UZP, Warszawa 2011, s. 9-10): „Zamawiający, w zależności od swoich potrzeb, decyduje również o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert, dostosowując ich określenie dla potrzeb nabycia konkretnego przedmiotu zamówienia. Swoboda kształtowania przez zamawiającego pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na przedmiot zamówienia oraz ogólną zasadę rządzącą zamówieniami publicznymi a wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, to jest zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. (...) Z zastosowaniem pozacenowych kryteriów oceny ofert łączy się obowiązek zamawiającego polegający na określeniu znaczenia tych kryteriów”.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO), która m.in. w wyroku z dnia 21 lipca 2014 r. (sygn. akt: KIO 1389/14) wskazała, że: „W sytuacji, gdy zamawiający decydują się na wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert, kryteriów innych niż cena, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem, w jaki sposób

nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04)".

W toku prowadzonego postępowania administracyjnego, na podstawie zebranych dokumentów IZ RPO WSL stwierdziła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej” nr IKI.271.60.2011, Zamawiający nie określił dla kryteriów oceny ofert odpowiedniej punktacji/wagi, ani nie opisał w sposób wyczerpujący sposobu dokonywania oceny, przez co kryteria te pozostały nieobiektywnymi w ocenie. W konsekwencji IZ RPO WSL stwierdziła, że stanowi to naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p. z 2010 r. w zw. z art. 7 ust. 1 przedmiotowej ustawy.

W wyroku z dnia 17 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2349/13), KIO zwróciła uwagę na subiektywność kryteriów ocen, wskazując, że: „(...) wprowadzone przez Zamawiającego kryteria (nieznaczny, znaczący, wyjątkowe) same w sobie są kryteriami całkowicie niedookreślonymi i opartymi na całkowitej uznaniowości Zamawiającego. Zamawiający nie podjął nawet próby przybliżenia w jaki sposób i na podstawie jakich przesłanek dokonywał będzie oceny ofert według wprowadzonych przez siebie powyższych kryteriów. (...) Co więcej, każda próba ustalenia przez wykonawcę, jakimi przesłankami kierował się Zamawiający przy ocenie ofert będzie z góry skazana na porażkę, gdyż wprowadzone przez Zamawiającego kryteria oceny oparte są wyłącznie na subiektywnych przekonaniach Zamawiającego, niepoddających się obiektywnej ocenie. Dodatkowo należy zauważyć, że postanowienia SIWZ nie precyzują, w jaki sposób Zamawiający ustali, iż jedna oferta jest korzystniejsza od drugiej, co w ocenie Izby najdobitniej świadczy o dowolności oceny ofert, a tym samym o braku zapewnienia równości wykonawców w postępowaniu”.

W SIWZ zamawiający musi podać, w jaki sposób będzie oceniał oferty za pomocą danego kryterium. W przypadku kryteriów takich jak cena czy termin wykonania zamówienia zamawiający posługują się wzorami zapewniającymi proporcjonalność oceny w stosunku do parametru w ofercie najkorzystniejszej. W kryteriach takich jak jakość, funkcjonalność czy metodologia zamawiający powinien wskazać, jakie parametry czy cechy będą oceniane w danym kryterium jako bardziej korzystne (M. Stachowiak, *Komentarz do art.36 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX). W literaturze przedmiotu podnosi się również, że: „(...) samo przytoczenie kryteriów zawartych w ogłoszeniu jest niewystarczające. Należy dokonać szczegółowego opisu każdego z nich. Orzecznictwo Sądów Okręgowych oraz KIO wskazuje, iż opis kryteriów musi być na tyle jasny i oczywisty aby zapewnić przejrzystą i oczywistą punktację a co za tym idzie jednoznaczny wybór najkorzystniejszej oferty. Preferowane jest stosowanie kryteriów opisanych wzorami matematycznymi albo kryteria tabelaryczne, gdzie podaje się wówczas liczbę punktów za poszczególne oceniane parametry. Całość punktacji dla każdej ocenianej oferty jest przeliczana względem oferty z najwyższą liczbą punktów w ramach danego kryterium z uwzględnieniem założonych wag procentowych. Warto zauważyć, że ustalenie kryterium oceny ofert podlega nadzorowi art. 7 ust. 1 oraz, w niektórych sytuacjach, również art. 29 ust. 2 p.z.p. W opisie kryteriów oceny ofert nie dopuszcza się żadnych nieścisłości, które powodowałyby, że w procesie oceny, zamawiający musiałby tworzyć jakieś dodatkowe klasyfikacje, nie opisane uprzednio w SIWZ. Podczas oceny zamawiający musi kierować się wyłącznie kryteriami opisanymi w SIWZ (art. 91 ust. 1 p.z.p.)” (Komentarz: Ryszard Groński, *Zawartość Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia* (LEX) Opublikowano: ABC nr 92069).

Wyżej przytoczoną argumentację potwierdza również wyrok z dnia 27 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 474/09), gdzie KIO zwraca uwagę, iż niedopuszczalne jest zastrzeganie sobie przez zamawiającego możliwości dokonywania zupełnie arbitralnych ocen składanych ofert przy niedookreślonych i nieostrych kryteriach jakościowych zgodności z wymaganiami SIWZ, podejmowanych w wyniku tajnych eksperymentów, do których wyników, metodologii czy warunków przeprowadzenia wykonawcy w żaden sposób nie będą mogli się odnieść. Powyższe uwagi można odnieść również do kryterium funkcjonalności, w przypadku którego nieprecyzyjny opis może rodzić niebezpieczeństwo arbitralności oceny ofert (por. *Kryteria oceny ofert – przykłady nieprawidłowości stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych*, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2009, nr 14, s. 16-17).

Obowiązujące zasady oraz regulacje prawne wynikające z przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych „(...) nie dopuszczają subiektywnej oceny i badania ofert, przyznając po raz kolejny pierwszeństwo zasadzie równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada nakładająca na instytucje zamawiające obowiązek prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji dotyczy wszystkich czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również przenika wszystkie jego fazy. Niniejsze oznacza również, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez jakichkolwiek przywilejów i ulg, a dostęp do informacji, mających istotny wpływ na przygotowanie oferty, powinien mieć zapewniony każdy zainteresowany wykonawca. Powyższe determinuje również zasadę, zgodnie z którą wszelkie wymagania zamawiającego powinny być jednakowe dla wszystkich podmiotów, a co za tym idzie i ocena ofert powinna być realizowana wg upublicznionych wcześniej warunków, dokumentów oraz kryteriów. Każdorazowo zatem przygotowując oraz prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy mieć na uwadze nadrzędny cel postępowania, którym jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych” (tak: Aleksandra Sasin, *Niedopuszczalność subiektywnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Komentarz ABC nr 190744).

Ponadto, mówiąc o kryteriach udzielenia zamówienia, należy odwołać się do prawa wspólnotowego, a konkretnie artykułu 53 ust. 1 lit. a – Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.04.2004 r., str. 114; Dz. U. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, str. 132, z późn. zm., dalej: Dyrektywa 2004/18/WE), który jest dyrektywą klasyczną i stanowi, że kryteriami na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień są: „w przypadku, gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji”. Z kolei ust. 2 ww. Dyrektywy 2004/18/WE, wskazuje, że: „instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach

zamówienia, albo, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym, wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej przedstawienie wag nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia lub, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego”.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy stwierdzić, że w zamówieniu pn. „Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej” Zamawiający formułując kryteria oceny ofert inne niż cena, czyli „funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych” nie dokonał szczegółowego opisu każdego z nich, nie ustalił wagi dla wybranych przez siebie kryteriów, ani nie podał kolejności ocenianego kryterium od najważniejszego do najmniej ważnego. Tym samym uniemożliwił ocen ofert w sposób obiektywny, lecz oparł swoją ocenę na subiektywnych przekonaniach i ogólnych wrażeniach estetycznych. O ile kryterium *funkcjonalne* jak wskazał zamawiający oznacza „dobrze spełniające swoją funkcję” można by było odnieść do danego podkryterium np. w ilości programów danego urządzenia rekreacyjnego, a kryterium *estetyki*, poprzez wskazanie i opisanie podkryteriów np.: wygląd (kolorystyka, zastosowanie materiałów wykończeniowych, wkomponowanie w otoczenie), o tyle kryterium *atrakcyjne* „szczególnie interesujące, dostarczające komuś przyjemności lub rozrywki” rysuje się dość wątpliwie i nieprecyzyjnie, przez co staje się niemierzalne. Nie dla każdego dane urządzenie rekreacyjne okaże się tak samo ładne, czy tak samo gustowne, przez co oceny członków komisji przetargowej mogą się między sobą różnić, stanowiąc subiektywne przekonanie. Wówczas określając takie kryterium, należałoby się zastanowić, czy jest ono możliwe do oceny, i czy owo kryterium nie ograniczy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż jak wskazała w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1327/10) KIO: „Ocena ofert w zgodzie z powyższą zasadą może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców, ponieważ są dla nich wskazówką, czego oczekuje zamawiający, jak przygotować ofertę i według jakich zasad oferta ta będzie oceniana. Szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka,

jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli Zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji”.

Zamawiający ma obowiązek wymienić wszystkie kryteria, szczegółowo opisać do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu.

Ponadto powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny przez członków komisji przetargowej. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć to można wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny.

Reasumując należy podkreślić, że ustawodawca unijny, wskazując na możliwość wystąpienia szkody, rozszerza zakres przypadków, które będą nieprawidłowościami, ale przy których nie wymaga się zaistnienia faktycznej szkody w budżecie Unii Europejskiej. Sankcjonowane korektą finansową jest bowiem naruszenie przepisu prawa, co de facto sprowadza się do stwierdzenia, że rolą IZ RPO WSL jest wykrycie tego naruszenia oraz doprowadzenie do stanu, w którym wszystkie środki wydatkowane są zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (unijnego i krajowego). Wystarczające jest powstanie samego stanu „zagrożenia”, przejawiającego się w tym, że Beneficjent – przez swoje zachowanie (działanie lub zaniechanie) – doprowadza do powstania niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody w budżecie Unii Europejskiej. Szkoda może przy tym przybrać postać rzeczywistej straty, tj. spowodować uszczuplenie w budżecie Unii Europejskiej – co dotyczy wypłaty środków w formie refundacji lub zaliczki, ale nie jest to konieczne do stwierdzenia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Jest to oczywiste, ponieważ system korekt finansowych musi spełniać też rolę prewencyjną i chronić przed „narażeniem” na straty budżet Unii Europejskiej, a nie tylko interweniować w sytuacji, gdy do tej straty doszło. Stąd też IZ RPO WSL wyposażona jest w narzędzia, które pozwalają jej, jeszcze przed wypłatą środków Beneficjentowi, skutecznie reagować na stwierdzoną nieprawidłowość i w konsekwencji nie wypłacać środków finansowych, które miałyby być wykorzystane na sfinansowanie wydatku objętego nieprawidłowością.

IV. Określenie kwoty przypadającej do zwrotu

W sytuacji, gdy w trakcie realizacji projektu dojdzie do powstania nieprawidłowości, dotyczącej naruszenia przepisów ustawy P.z.p., w celu dokonania miarkowania jej skutków, zastosowanie ma, zgodnie z § 13 pkt 7 umowy o dofinansowanie projektu, dokument Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju) pn. *„Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”* – tzw. Taryfikator (w przedmiotowej sprawie zastosowanie ma wersja przyjęta uchwałą Zarządu Województwa nr 159/225/IV/2013 z dnia 17 stycznia 2013 r.; dalej: Taryfikator). Należy podkreślić, że co prawda nie stanowi on źródła prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) i tym samym nie jest samoistną podstawą prawną do dokonywania korekt w określonej wysokości (taką podstawą jest przepis art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. i art. 98 Rozporządzenia Rady <WE> nr 1083/2006), ale dotyczy on sposobu postępowania w przypadku wykrycia nieprawidłowości w rozumieniu w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006. Taryfikator jest instrumentem służącym miarkowaniu wagi i charakteru naruszenia. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku z dnia 5 lipca 2013 r. (sygn. akt V SA/Wa 457/13), w którym Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie podkreślił, że podstawą taką jest przepis art. 207 ust. 12 u.f.p. z 2009 r., zaś „(...) Taryfikator to narzędzie pomocnicze, instrukcja postępowania w zakresie obliczania wartości korekt finansowych”. Stosując Taryfikator, mając na uwadze jego pomocniczy charakter, do obliczenia kwoty do zwrotu, IZ RPO WSL, wypełnia obowiązek wynikający z wymogów Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, dotyczący nakładania korekt finansowych. Przepis art. 98 ww. Rozporządzenia oraz względy systemowe i zasada proporcjonalności wymagają, ażeby określenie środków podlegających zwrotowi następowało z uwzględnieniem wagi i charakteru nieprawidłowości, będących podstawą żądania zwrotu. Na podstawę prawną dokonania korekty w przedmiotowym projekcie i żądania zwrotu środków, składają się normy prawa publicznego (art. 98 ust. 1 Rozporządzenia Rady <WE> nr 1083/2006; art. 207 u.f.p.) oraz normy wynikające z samej umowy o dofinansowanie – § 10 w zw. z § 13. Nie zmienia to faktu, iż ustawodawca przewidział, dla odzyskiwania środków nieprawidłowo wykorzystanych przez beneficjentów środków unijnych, tryb administracyjnoprawny (publiczny). Warto również zwrócić uwagę, iż podpisanie przez Beneficjenta umowy o dofinansowanie projektu oznacza jego akceptację na stosowanie przez IZ RPO WSL Taryfikatora.

Przesłanką konieczną do nałożenia na Beneficjenta obowiązku zwrotu dofinansowania nie jest wystąpienie straty finansowej i udowodnienie jej wystąpienia. Wystarczającym jest finansowanie nieuzasadnionego wydatku poprzez naruszenie przepisu prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Zgodnie z zaleceniami zawartymi w Taryfikatorze, ustalenie wysokości korekty może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie tzw. metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. W celu oszacowania wysokości szkody tzw. metodą dyferencyjną należy porównać wysokość rzeczywiście wydatkowanych (lub zakontraktowanych) środków na sfinansowanie zamówienia po zaistnieniu naruszenia ze stanem hipotetycznym, jaki by istniał, gdyby nie nastąpiło rozpatrywane naruszenie.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy stwierdzić, że w przypadku stwierdzonych nieprawidłowości wynikających z naruszenia przepisów ustawy P.z.p. z 2007 r. i P.z.p. z 2010 r., w obu omówionych postępowaniach nie było możliwości ustalenia hipotetycznej wysokości wydatkowanych środków na sfinansowanie przedmiotowych zamówień, gdyby nie doszło do powstania naruszenia. Ponadto analiza przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówień publicznych nie pozwala na oszacowanie rozmiaru szkody spowodowanej ujawnionymi naruszeniami. Nie ulega jednak wątpliwości, że szkoda wystąpiła, z uwagi na naruszenie przepisów prawa oraz sfinansowanie z budżetu Unii Europejskiej wydatków dotkniętych tym naruszeniem (tj. wydatków nieuzasadnionych).

Mając na uwadze, iż nie ma możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie, odnośnie skontrolowanych przez IZ RPO WSL zamówień, tzw. metody dyferencyjnej należy zastosować tzw. metodę wskaźnikową, co wynika wprost z Taryfikatora.

Stosując metodę wskaźnikową, wysokość korekty oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia, według wzoru:

$$W_k = W\% \times W_{kw} \times W_s$$

gdzie:

Wk – wysokość korekty finansowej;

Wkw. – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia;

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE;

W% - wskaźnik procentowy nałożonej korekty.

1) W kontekście zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009 należy stwierdzić, że przedmiotowe zamówienie nie jest objęte dyrektywą 2004/18/WE ani Dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L Nr 134 z 2004 r., str. 1 z późn. zm., dalej: Dyrektywa 2004/17/WE), co oznacza, że w sprawie będzie miała zastosowanie Tabela nr 4 Taryfikatora. Zgodnie z załącznikiem do Taryfikatora „Wskaźnik procentowy W%, stosowany dla obliczenia wysokości korekty finansowej dla zamówień publicznych, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE lub 2004/17/WE, określa się według tabeli 4. Przez zamówienia, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE lub 2004/17/WE rozumie się zamówienia opiewające na kwoty nieprzekraczające wartości progowych, od których zastosowanie mają wymienione dyrektywy”. W dniu ogłoszenia o zamówieniu (data zamieszczenia ogłoszenia w BZP: 3 lutego 2009 r.) kwota wartości progowych, od których zastosowanie ma wymieniona dyrektywa wynosiła – dla robót budowlanych – 5 150 000,00 euro, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007 r. Nr 241, poz. 1762).

Zastosowanie będzie miała tabela nr 4 poz. 4 *Niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminów Określenie lub stosowanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert*, dotyczy ona bowiem naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. z 2007 r. w zw. z art.7 ustawy P.z.p. z 2007 r., poprzez przesunięcie terminu składania i otwarcia ofert, bez publikacji wskazanej zmiany w Biuletynie Zamówień Publicznych. W opinii IZ RPO WSL, stwierdzone naruszenie nie ma charakteru formalnego. Nie można bowiem, z całą pewnością stwierdzić, że na skutek jego wystąpienia, do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przystąpił podmiot zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca, który przedstawiłby ofertę korzystniejszą, niż wykonawca, który złożył

najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu przetargowym. Wskazana pozycja Taryfikatora odpowiada jego skutkom i stopniowi „szkodliwości”. IZ RPO WSL uznaje, że zastosowanie wskaźnika 5% jest najbardziej adekwatne do wykazanej nieprawidłowości.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że całkowita wartość nieprawidłowości w ramach ww. zamówienia wynosi 50 984,02 zł (tj. wartość wydatków kwalifikowanych w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego: 1 019 680,45 x wartość procentowa korekty 5%). Przy czym wartość nieprawidłowości dotycząca środków wypłaconych wynosi: 41 790,18 zł, co przy uwzględnieniu wartości dofinansowania stanowi kwotę **35 521,66 zł**. Natomiast wartość nieprawidłowości dotycząca środków niewypłaconych wynosi: 9 193,84 zł, co stanowi kwotę 7 814,76 zł dofinansowania.

2) W kontekście zamówienia nr IKI.271.60.2011 należy stwierdzić, że przedmiotowe zamówienie nie jest objęte dyrektywą 2004/18/WE ani Dyrektywą 2004/17/WE, co oznacza, że w sprawie będzie miała zastosowanie Tabela nr 4 Taryfikatora. Zgodnie z załącznikiem do Taryfikatora „Wskaźnik procentowy W%, stosowany dla obliczenia wysokości korekty finansowej dla zamówień publicznych, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE lub 2004/17/WE, określa się według tabeli 4. Przez zamówienia, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE lub 2004/17/WE rozumie się zamówienia opiewające na kwoty nieprzekraczające wartości progowych, od których zastosowanie mają wymienione dyrektywy”. W dniu ogłoszenia o zamówieniu (data zamieszczenia ogłoszenia w BZP: 4 października 2011 r.) kwota wartości progowych, od których zastosowanie ma wymieniona dyrektywa wynosiła – dla robót budowlanych – 4 845 000,00 euro, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2009 r. Nr 224, poz. 1795).

Zastosowanie będzie miała tabela nr 4 poz. 9 *Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert*, dotyczy ona bowiem naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p. z 2010 r. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. z 2010 r. poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ kryterium oceny ofert bez dokonania jego jednoznacznego opisu. W opinii IZ RPO WSL, stwierdzone naruszenie nie ma charakteru formalnego. Nie można bowiem, z całą pewnością stwierdzić, że na skutek jego wystąpienia,

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie został wyeliminowany zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca, który przedstawiłby ofertę korzystniejszą, niż wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu przetargowym. Wskazana pozycja Taryfikatora odpowiada jego skutkom i stopniowi „szkodliwości”. IZ RPO WSL uznaje, że zastosowanie wskaźnika 5% jest najbardziej adekwatne do wykazanej nieprawidłowości.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że całkowita wartość nieprawidłowości w ramach ww. zamówienia wynosi 7 941,52 zł (tj. wartość wydatków kwalifikowanych w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego: 158 830,45 zł x wartość procentowa korekty 5%). Przy czym wartość nieprawidłowości dotycząca środków wypłaconych wynosi: 6 456,52 zł, co przy uwzględnieniu wartości dofinansowania stanowi kwotę 5 488,04 zł. Natomiast wartość nieprawidłowości dotycząca środków niewypłaconych wynosi: 1 485,00 zł, co stanowi kwotę 1 262,25 zł dofinansowania.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że całkowita kwota nieprawidłowości w ramach ww. zamówień wynosi 58 925,54 zł (50 984,02 zł + 7 941,52 zł), co stanowi 50 086,71 zł dofinansowania ($58\,925,54\text{ zł} \times 85\%$). Wartość nieprawidłowości, dotycząca środków wypłaconych wynosi natomiast 48 246,70 zł ($41\,790,18\text{ zł} + 6\,456,52\text{ zł}$), co stanowi 41 009,70 zł dofinansowania ($48\,246,70 \times 85\%$), natomiast wartość nieprawidłowości dotycząca środków niewypłaconych wynosi 10 678,84 zł, co stanowi 9 077,01 zł dofinansowania ($10\,678,84 \times 85\%$).

Reasumując, kwota do zwrotu wynosi 41 009,70 zł.

Przedstawione w ww. tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Obniżenie zalecanej stawki maksymalnej nie może jednak przekroczyć 50% wartości wskaźnika wyjściowego i jest dopuszczalne jedynie w odniesieniu do tych kategorii nieprawidłowości, w przypadku których nie wskazano wprost poziomów korekt, które mogą zostać zastosowane w zależności od wagi nieprawidłowości. IZ RPO WSL, w trakcie postępowania wyjaśniającego, w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego, dokonała analizy możliwości obniżenia wskaźnika korekty finansowej i stwierdziła, że:

a) w ramach zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009 oraz nr IKI.271.60.2011 zastosowanie Taryfikatora stanowi samo przez się miarkowanie wysokości korekty finansowej, a wskazana pozycja i wartość procentowa odpowiada charakterowi i wadze nieprawidłowości oraz stratom finansowym poniesionym przez fundusze. Taryfikator został przygotowany przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, który odpowiada za koordynację wykorzystania środków zagranicznych, w tym z budżetu Unii Europejskiej, przeznaczonych na dofinansowanie programów operacyjnych (obecnie w ramach Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju). Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (art. 35 ust. 3 u.z.p.p.r.) minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, w celu zapewnienia zgodności sposobu wdrażania programów operacyjnych z prawem Unii Europejskiej oraz spełniania wymagań określanych przez Komisję Europejską, a także w celu zapewnienia jednolitości zasad wdrażania programów operacyjnych, może wydać wytyczne dotyczące programów operacyjnych, m.in. w zakresie korekt finansowych w ramach programów operacyjnych. W związku ze szczególną rolą ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w procesie realizacji i wdrażania funduszy unijnych, w opinii IZ RPO WSL, Taryfikator stanowi narzędzie, które odpowiada przesłankom określonym w art. 98 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. W konsekwencji za słuszne należy przyjąć stanowisko WSA w Opolu, który w wyroku z dnia 11 marca 2014 r. (sygn. II SA/Op 514/13), wskazał, że: „Wskaźnik procentowy wyraża (...) abstrakcyjny i uśredniony stopień <szkodliwości> danego typu naruszenia, który przyjmuje się w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do Taryfikatora”.

b) w ramach zamówienia nr IKI.271.60.2011, IZ RPO WSL podziela pogląd wyrażony w wyroku WSA w Gdańsku z dnia 13 marca 2013 r. (sygn. akt I SA/Gd 131/13) zgodnie z którym: „(...) możliwość obniżenia korekty ma charakter uznania administracyjnego. Organ jedynie może, a nie musi dokonać tego rodzaju obniżenia”. Z uwagi na rolę Taryfikatora, obniżenie wskaźnika procentowego korekty finansowej należy traktować jako instytucję szczególną, wyjątkową, co oznacza, że jej zastosowanie i wszelkie przesłanki należy interpretować ściśle. Ponadto, przesłanki do obniżenia muszą być spójne z tymi, wskazanymi w art. 98 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 (charakter i waga nieprawidłowości, straty finansowe poniesione przez fundusze), a jak wskazano powyżej, określona przez IZ RPO WSL, przy pomocy Taryfikatora, 5% stawka korekty finansowej wypełnia tę zasadę. W ocenie IZ RPO WSL, nałożenie korekty finansowej i jej wysokość nie może być analizowana w kontekście działalności publicznej Beneficjenta (jednostka samorządu terytorialnego), jego sytuacji finansowej, celów spełnianych

przez inwestycję (projekt) itd. Stanowiłoby to nieuzasadnione rozszerzenie przesłanek do obniżenia korekty, narażałoby IZ RPO WSL na zarzut dowolności w ustalaniu i nakładaniu korekt finansowych, a w konsekwencji zarzut nierównego traktowania beneficjentów RPO WSL 2007-2013.

c) w ramach zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009 oraz nr IKI.271.60.2011 aktualne i adekwatne do niniejszej sprawy jest stanowisko WSA w Warszawie, który wskazał, w wyroku z dnia 4 lutego 2014 r. (sygn. V SA/Wa 1811/13), że: „W przedstawionych okolicznościach zasadnie organy uznały za konieczne obciążenie Beneficjenta koniecznością zwrotu wskazanych w decyzji środków, przy czym Sąd podziela stanowisko organów wskazujące na korzystne dla Beneficjenta zastosowanie 50% korekty na podstawie załącznika nr 9b w wersji z 22 grudnia 2011 r., ponieważ w sytuacji gdy obowiązujący załącznik nie przewidywał korekty konieczny byłby zwrot całej przekazanej mu kwoty”. Analogiczne stanowisko przedstawił NSA, który, w wyroku z dnia 25 kwietnia 2014 r. (sygn. II GSK 173/13) podniósł, że: „Ustalenie korekty finansowej (...), nie stanowi kary, ale podstawę do miarkowania wysokości kwoty, która mogłaby przypadać do zwrotu w oparciu o art. 207 ust. 1 u.f.p. z 2009 r. gdyby korekty nie zastosowano”.

d) w ramach zamówienia nr IKI.271.60.2011, w ocenie IZ RPO WSL nie występują również inne okoliczności, które mogłyby zaważyć na wysokości korekt finansowych dla w/w zamówień, w szczególności inne przesłanki, niż wskazane w audytach Komisji Europejskiej, jako pozostające bez wpływu na miarkowanie korekt, a więc:

- nie dotyczące wielkości / wartości zamówienia;
- nie dotyczące właściwości zamawiającego;
- nie dotyczące braku wniesionych środków ochrony prawnej;
- nie dotyczące liczby ofert złożonych w ramach danego postępowania;
- nie dotyczące faktu, iż zamawiający nie odrzucił żadnej oferty w wyniku oceny zgodności z danym wymogiem;
- nie dotyczące faktu, iż żadni oferenci nie zostali wykluczeni i żadne oferty nie zostały odrzucone.

e) w ramach zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009, IZ RPO WSL stoi na stanowisku, że zgodnie z uwagą zawartą w pkt. 4 części instrukcyjnej Taryfikatora w wersji obowiązującej w dacie przeprowadzenia kontroli w/w postępowania <obniżenie zalecanej stawki maksymalnej

[korekty finansowej] nie może jednak przekroczyć 50 % wartości wskaźnika wyjściowego i jest dopuszczalne jedynie w odniesieniu do tych kategorii nieprawidłowości, w przypadku których nie wskazano wprost poziomów korekt, które mogą zostać zastosowane w zależności od wagi nieprawidłowości>. W danym przypadku w Taryfikatorze w tabeli 4 pkt 4 wprost określono, że korekta 5 % ma miejsce w przypadku zmiany terminu do 10 dni włącznie, zaś 10 % w przypadku zmiany terminu powyżej 10 dni. Zatem stawka korekty 5 % jest najniższą możliwą do zastosowania w danym przypadku.

f) w ramach zamówienia nr IKI.271.60.2011, IZ RPO WSL wskazuje na fakt, iż Zamawiający nie dokonał wyczerpującego opisu sposobu oceny ofert w kryterium <funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych> pozostawiając to kryterium wyłącznie subiektywnej, swobodnej ocenie komisji przetargowej. W związku z faktem, iż podstawową przesłanką obniżenia korekty finansowej określonej na podstawie Taryfikatora są wyniki audytów służb Komisji Europejskiej w analogicznych przypadkach a IZ RPO WSL nie dysponuje wynikami audytów, które obejmowałyby swoim zakresem korekty finansowe ze względu na nieprecyzyjny charakter opisu sposobu oceny ofert – brak jest w tym przypadku podstaw do miarkowania korekty finansowej na tej podstawie.

Celem regulacji zawartej w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 jest ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej, w tym zapobieganie niewłaściwemu wydatkowaniu środków publicznych przyznanych na realizację projektów współfinansowanych z funduszy strukturalnych. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż pojęcie szkody odnosić się będzie do wszelkich uszczerbków w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swej woli. Bez znaczenia jest czy stan szkody powstał na skutek zamierzonego i zawinionego działania. Ustalenie wartości korekty finansowej nie polega więc na badaniu stopnia zawinienia ale stwierdzeniu, iż doszło do finansowania nieuzasadnionego wydatku z funduszy UE, czyli wydatku poniesionego z naruszeniem prawa. Aktualna jest teza WSA w Kielcach (wyrok z dnia 5 marca 2014 r., sygn. II SA/Ke 1108/13), zgodnie z którą: „Szkoda w budżecie ogólnym Unii Europejskiej jest określona, zgodnie z definicją nieprawidłowości z art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006, na dwa sposoby – jako szkoda rzeczywista lub szkoda potencjalna. Zaznaczyć trzeba, że ta ostatnia szkoda wykracza poza szkodę realną i utracone korzyści w rozumieniu prawa cywilnego, obejmując niejako <utracone korzyści>, które tylko potencjalnie mogły zostać utracone – wobec czego nie sposób

oszacować ich rozmiaru. W rezultacie, wbrew twierdzeniom skarżącego, do nałożenia korekty nie jest wymagane wystąpienie konkretnej szkody finansowej i udowodnienie jej wysokości. Wystarczającym jest bowiem wykazanie naruszenia prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych. (...) Odpowiedzialność za tę nieprawidłowość wiąże się z naruszeniem odpowiednich procedur, a do jej powstania nie jest konieczne wskazanie pokrzywdzonych potencjalnych oferentów”.

Nadto, w sądownictwie administracyjnym (wyrok WSA w Łodzi z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. III SA/Łd 1053/13), wyrażony jest trafny pogląd, że: „(...) Do uznania naruszenia (...) wystarczająca jest sama potencjalna możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji i w ocenie Sądu Instytucja Zarządzająca nie musi wykazywać, że wymagania Zamawiającego w tym konkretnym przypadku skutek taki wywołały. Ponieważ w rozpoznawanej sprawie naruszenie miało miejsce, a budżet Unii mógł ponieść stratę, przypadek należy więc uznać za nieprawidłowość, a w związku z tym nałożenie korekty finansowej było uzasadnione. Należy zgodzić się z Instytucją Zarządzającą, że przy tego rodzaju naruszeniu przepisów ustawy Pzp oszacowanie szkody nawet w przybliżony sposób nie jest możliwe”.

IZ RPO WSL podziela również pogląd wyrażony przez NSA w wyroku z dnia 18 stycznia 2013 r. (sygn. akt II GSK 1777/12), zgodnie z którym: „Przeszkody do wydania (...) decyzji administracyjnej nie powinna stanowić okoliczność, iż zasady wyliczenia (...) korekty zostały określone w dokumencie opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (...), który to dokument stał się integralną częścią umowy o dofinansowanie projektu na podstawie (...) umowy o dofinansowanie. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby bowiem do tego, iż mimo że istnieje przepis prawa materialnego dający podstawę do ustalenia i nałożenia korekty finansowej, to rozstrzygnięcie w drodze jednostronnej decyzji organu nie byłoby możliwe, gdyż przepisy prawa materialnego nie określają wysokości tej korekty. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, iż racjonalny ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania”.

Po przeprowadzonym postępowaniu administracyjnym organ zważył co następuje:

w świetle zaistniałego stanu faktycznego, biorąc pod uwagę przepisy prawa materialnego, IZ RPO WSL stwierdza, że Beneficjent, Miasto Jastrzębie-Zdrój, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr IKI.MPo.3410-10/2009 oraz zamówienia publicznego nr IKI.271.60.2011 w sposób naruszający prawo. Wskazane naruszenia stanowią zdaniem IZ RPO WSL, **nieprawidłowość**, o której mowa w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Konsekwencją stwierdzenia przez IZ RPO WSL nieprawidłowości jest nałożenie korekty finansowej. Naruszenia wskazanych przepisów ustawy P.z.p. wpisują się w dyspozycję normy prawnej przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. jako „**wykorzystanie z naruszeniem procedur**”.

Brak zwrotu środków we wskazanym terminie, w sytuacji gdy decyzja stanie się ostateczna, spowoduje podjęcie przez IZ RPO WSL czynności prawnych zmierzających do przymusowej realizacji obowiązków Beneficjenta, poprzez zastosowanie środków egzekucji administracyjnej. Przedmiotowa decyzja stanie się ostateczna po bezskutecznym upływie terminu na wniesienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

POUCZENIE

Od niniejszej decyzji Stronie przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy do Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 w terminie 14 dni od doręczenia decyzji zgodnie z art. 207 ust. 12a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.).

Podpisuje:

Marszałek Województwa Śląskiego

MARSZAŁEK WOJEWÓDZTWA

Wojciech Saługa



Otrzymują:

1. Adwokat, Pan Łukasz Kałusowski, Pełnomocnik Miasta Jastrzębie-Zdrój,
2. Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego, Wydział Organizacyjny i Kadr, Referat obsługi zarządu,
3. a/a.

