

KR. 1710.08.2015
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO
W KATOWICACH
ul. J. Piłsudskiego
40-037 KATOWICE

Wydział Infrastruktury
Komunalnej i Inwestycji

wpl. dnia	2015 -05- 13
--------------	--------------

Nr pisma podpis *de*

**ZARZĄD
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO**

Katowice, *7 maja* 2015 r.

RR-RPR.433.00004.2015.KK

Decyzja nr *774* / RR / 2015

Na podstawie: art. 104 i art. 138 § 1 pkt 1 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, ust. 9 pkt 1 i 12a 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 ze zm.), 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)

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

Podpis *de*
Danuta Malik

ad sk. 1: 56

Zarząd Województwa Śląskiego
w składzie:

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

po rozpatrzeniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 10 lutego 2015 r. Beneficjenta – Miasta Jastrzębie-Zdrój, reprezentowanego przez adwokata Łukasza Kałusowskiego, rozstrzygniętej decyzją Zarządu Województwa Śląskiego nr 103/FR/2015 z dnia 22 stycznia 2015 r. dotyczącą zwrotu części dofinansowania w związku z realizacją projektu 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 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 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013, **utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję organu I instancji zobowiązującą do zwrotu 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 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

1. Stan faktyczny

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.

1.1. Stan faktyczny ustalony w toku czynności kontrolnych IZ RPO WSL

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).

Zespół Kontrolujący ustalił 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 stwierdzono następujące uchybienie: 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. 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. 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 P.z.p.).

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”, przyjętego uchwałą Zarządu Województwa Nr 159/225/IV/2013 z dnia 17 stycznia 2013 r. – 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 przedmiotowego 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 „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, przyjętego uchwałą Zarządu Województwa Nr 159/225/IV/2013 z dnia 17 stycznia 2013 r. (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 wskazane 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. 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 tym 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 P.z.p., 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 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 P.z.p. Dopiero w nowelizacji ustawy z 31 sierpnia 2009 roku, 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 wskazano, 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. Beneficjent wskazał, iż spotyka się ze stanowiskiem wskazującym, że zamiar 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 podano, iż przedmiotowa okoliczność będzie zmianą po wejściu w życie nowelizowanego przepisu, a nie była zmianą ogłoszenia. Przy takich sformułowaniach, zdaniem Beneficjenta, 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 zbyt daleko idącym wnioskiem. 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 do upływu terminu otwarcia w ramach

dokumentacji przetargowej mogą nastąpić zmiany, a wykonawca winien na te zmiany reagować poprzez uwzględnienie ich w swojej ofercie. Wykonawca zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu winien śledzić zmiany pomimo braku wyraźnej regulacji ustawowej w tym zakresie. Ogłoszenie nie zawiera szczegółów dot. danego postępowania. 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 IKI.271.60.2011 Beneficjent podał, że wskazane uchybienie polega na rzekomym nie dokonaniu wyczerpującego opisu kryterium „*funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych*”, gdzie ograniczył się jedynie do podania podkryteriów, które w dalszym ciągu nie uszczegóławiały przyjętego kryterium. Z tym zarzutem Beneficjent się nie zgadza. Wątpliwości pojawiają się zawsze 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 podkryteriów stanowi, zdaniem Beneficjenta, 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 przyciągające potencjalnego użytkownika. Wymagania wynikające z potrzeb kształtowania przestrzeni publicznych, zostały wskazane w obowiązującym miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. Dla przestrzeni publicznych obejmujących drogi, ulice, place, ciągi piesze oraz skwery i parki pozostające w zarządzie miejskim, które występują w graniach 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, 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. Zdaniem Beneficjenta gdyby przedmiotowe kryterium zostało bardziej doprecyzowane, nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania.

Ponadto w ww. piśmie Beneficjent podniósł, że przedstawiony stan prawny i faktyczny sprawy dowodzi, iż stwierdzone uchybienia nie są efektem jakiegokolwiek błędu Beneficjenta czy też jego celowego działania, a raczej nie uwzględnienia wszystkich okoliczności przy formułowaniu zarzutów. Ponadto w przedmiotowej informacji wyraźnie stwierdzono, iż przedstawione uchybienia mogą skutkować nałożeniem korekty finansowej, co oznacza, iż nie jest ona obligatoryjna. Beneficjent wniósł o ponowną analizę kwestionowanych okoliczności i odstąpienie od naliczania korekty finansowej.

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 P.z.p. 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 (SIWZ), a co za tym idzie zmianę ogłoszenia o zamówieniu, gdyż ogłoszenie zawiera termin składania ofert (art. 41 pkt. 10 ustawy P.z.p.). 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 P.z.p. 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 P.z.p.). Wprawdzie 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 P.z.p. 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 niepodpisane 2 egzemplarze IPK, podał, iż nie zgadza się z postawionymi zarzutami naruszenia 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 P.z.p. zamiast z treści art. 38 ust. 4a pkt.1 P.z.p. Nie można zdaniem Beneficjenta 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 P.z.p. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). 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 jakiekolwiek 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, zgodnie z art. 38 ust. 6 P.z.p. 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 przyznania dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, a co za tym idzie, przedłużenia terminu składania ofert. Tym samym brak zbadania przez IZ RPO WSL treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu pod kątem tego, czy zmiana treści specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, rozumiana jako uszczegółowienie 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 P.z.p. i 38 ust. 6 P.z.p. Art. 38 ust. 4a pkt. 1 P.z.p. odnosi się do sytuacji zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, natomiast art. 38 ust. 6 P.z.p. 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. Dopiero nowelizacja art. 38 ust. 6 dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy P.z.p. oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wprowadziła istotną zmianę w omawianym zakresie, wprowadzając dodatkowy zapis o treści: „Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio”. Powyższa zmiana ustawy P.z.p. wprowadziła obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w BZP, ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, również w przypadkach zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ta jednak weszła w życie dopiero z dniem 29 stycznia 2010 r. W art. 4 ust. 1 cyt. ustawa wprowadziła ponadto zapis, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. 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 P.z.p., 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.

2) nr IKI.271.60.2011 uchybienie polega na rzekomym nie dokonaniu wyczerpującego opisu kryterium „funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych”, gdzie ograniczono się jedynie do podania podkryteriów, które w dalszym ciągu nie uszczegółowiły przyjętego kryterium. Beneficjent nie zgadza się z postawionym zarzutem. Zamówienie 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 posłużył się określeniami tj. „estetyka”, „atrakcyjność”, „funkcjonalność”. Atrakcyjne tj. szczególnie interesujące, dostarczające przyjemności lub rozrywki, estetyczne – ładne, gustownie wyglądające, funkcjonalne – dobrze spełniające swoją funkcję. W spornym punkcie wskazał, co będzie brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert, a mianowicie: funkcjonalność, kształt (wygląd) elementów, atrakcyjność programu użytkowania urządzenia, ogólne wrażenia estetyczne. 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. Ustawodawca daje przyzwolenie na ustanowienie kryteriów w powyższym zakresie. Niestety obszar ten nie da się wprowadzić w sztywne ramy, dane, liczby wyliczane według z góry określonego wzoru matematycznego. 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, należy dokonać tego w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Sporządzony 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. Zaproponowane rozwiązanie umożliwiło złożenie oferty wielu podmiotom. Zdaniem Beneficjenta w sposób właściwy opisane zostało kryterium oceny ofert. Sporne kryterium w żaden sposób nie wpłynęło na zachwianie uczciwej konkurencji czy też zasadę równego traktowania wykonawców. Kryterium określone na 30% nie wpłynęło na wynik postępowania. W postępowaniu wykonawcy zaproponowali 2 rodzaje urządzeń i każdy został oceniony na tym samym poziomie. Wygrała firma oferująca najniższą cenę bez względu na ilość przyznanych punktów. Gdyby kryterium było bardziej doprecyzowane, nie miałoby to wpływu na wynik postępowania, a tym samym nie zachwiałoby zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

W związku z powyższym, Beneficjent w ww. piśmie wniósł o ponowną analizę okoliczności kwestionowanych i odstąpienie od naliczania korekty finansowej. Jego zdaniem stwierdzone

uchybień nie są efektem błędu czy celowego działania Beneficjenta, a raczej nie uwzględnienia wszystkich okoliczności przy formułowaniu zarzutów.

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 przeprowadzonej kontroli projektu stwierdziła nieprawidłowości, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. w ramach zamówień nr:

1) IKI.MPo.3410-10/2009;

2) IKI.271.60.2011.

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 P.z.p.). 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 P.z.p., 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. 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 P.z.p. 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. 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 P.z.p., 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.

Zgodnie z Taryfikatorem wskaźnik korekty wynosi 5% (Tabela 4, poz. 4 – *Niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminów*).

- 2) w odniesieniu do zamówienia nr IK1.271.60.2011, 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 jeśli by 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 w 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.

Zgodnie z Taryfikatorem wskaźnik korekty wynosi 5% (Tabela 4, poz. 9 *Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert*).

IZ RPO WSL w ww. piśmie wskazała również, że na podstawie § 13 ust. 7 umowy o dofinansowanie projektu oraz Taryfikatora nałożyła korektę finansową o wymiarze 5% na wydatki przedstawione do refundacji w ramach ww. 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.

Wysokość wydatków kwalifikowalnych dotyczących kontrolowanego zamówienia nr IKI.MPo.3410-10/2009, tj. 835 803,64 zł (łączna kwota wydatków 1 019 680,45 zł – 183 876,81 zł wartość wyłączonych wydatków w ramach zamówienia) * 5% korekta finansowa = 41 790,18 zł wydatki kwalifikowalne objęte korektą * 85% dofinansowanie z umowy = 35 521,66 zł.

Wysokość wydatków kwalifikowalnych dotyczących kontrolowanego zamówienia nr IKI.271.60.2011, tj. 129 130,45 zł (łączna kwota wydatków 158 830,45 zł – 29 700,00 zł wartość wyłączonych wydatków w ramach zamówienia) * 5% korekta finansowa = 6 456,52 zł wydatki kwalifikowalne objęte korektą * 85% dofinansowanie z umowy = 5 488,04 zł dofinansowanie podlegające zwrotowi.

Dofinansowanie przekazano w formie refundacji poniesionych wydatków 4 czerwca 2013 roku. 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, tj. 4 czerwca 2013 r. do dnia zwrotu środków na rachunek bankowy Województwa Śląskiego lub
- wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności na rzecz Beneficjenta o kwotę podlegająca zwrotowi wraz z odsetkami liczonymi od dnia przekazania środków do dnia zatwierdzenia 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 tym nie dokona zwrotu dotacji ani nie wyraża zgody na pomniejszenie płatności wraz z odsetkami. Beneficjent zwrócił się z prośbą o wydanie decyzji w zakresie zwrotu środków, co pozwoli Miastu na podjęcie kolejnych kroków bez narażania na coraz większe konsekwencje finansowe związane z odsetkami.

1.2. Stan faktyczny ustalony przez organ I instancji

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 podjął w dniu 24 listopada 2014 r., uchwałę nr 2149/382/IV/2014 w sprawie wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków finansowych.

Pismem z dnia 26 listopada 2014 r. o sygn. FR-RPA.433.1.13.2014.DD, Beneficjent został zawiadomiony o wszczętym przez IZ RPO WSL postępowaniu administracyjnym i pouczony 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.

Beneficjent, reprezentowany przez dwóch pełnomocników, tj. Naczelnika Biura ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Jastrzębie-Zdrój Barbarę Chodakowską oraz adwokata Łukasza Kałusowskiego, 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 wniesli 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, zostanie ona załatwiona w terminie do dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania, tj. do dnia 27 stycznia 2015 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 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.

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

W kwestii zamówienia publicznego pn. „Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju – Etap I”:

IZ RPO WSL, działając jako organ administracji publicznej, stwierdziła, że w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) Zamawiający (Beneficjent) zamieścił 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 P*”. Na podstawie ww. ogłoszenia ustaliła, że pierwotny termin składania ofert wyznaczony był na dzień 24 lutego 2009 r. 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. Organ I instancji ustalił ponadto, iż w Taryfikatorze w Tabeli 4, poz. 4 *Niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminów* określono wprost, że korekta 5% wartości postępowania ma miejsce w przypadku zmiany terminu do 10 dni włącznie, zaś 10% w przypadku zmiany terminu powyżej 10 dni. Zatem stawka korekty 5% wartości postępowania była najniższą możliwą do zastosowania w danym przypadku.

W kwestii zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej”:

IZ RPO WSL, działając jako organ administracji publicznej, stwierdziła, że 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.

W ogłoszeniu o nr 317580-2011 zamieszczonym w BZP w dniu 4 października 2011 r. 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*, Beneficjent wskazał:

1 – Cena – 70.00,

2 – 2. Funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych – ocena indywidualna – 30.00.

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. Organ I instancji ustalił ponadto, iż zgodnie z Taryfikatorem w Tabeli 4, poz. 9 *Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert* określono korektę finansową w wysokości 5% wartości postępowania. 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.

W ocenie IZ RPO WSL nie wystąpiły również inne okoliczności, które mogłyby zaważyć na wysokości korekt finansowych dla ww. zamówień. Samo w sobie zastosowanie procentowej wartości korekty zgodnie z Taryfikatorem oznacza miarkowanie korekty, bowiem IZ RPO WSL

rezygnuje tym samym ze swego uprawnienia do żądania zwrotu całości środków wydatkowanych z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2013.885 j.t. ze zmianami).

Zdaniem organu I instancji, wskazane powyżej okoliczności potwierdzają wcześniejsze ustalenia faktyczne poczynione w trakcie kontroli zamówienia przez Zespół Kontrolujący. Biorąc pod uwagę powyższe Zarząd Województwa Śląskiego decyzją nr 103/FR/2015 z dnia 22 stycznia 2015 r. zobowiązał Beneficjenta – Miasto Jastrzębie-Zdrój realizującego projekt pn. „*Rewitalizacja terenów jaru przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju*” do zwrotu części dofinansowania w kwocie 41 009,70 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w związku ze stwierdzeniem nieprawidłowości przy wykorzystaniu środków finansowych otrzymanych z płatności ze środków europejskich w ramach RPO WSL 2007-2013.

Adwokat Łukasz Kałusowski działając w imieniu Beneficjenta Miasta Jastrzębie-Zdrój złożył wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 10 lutego 2015 r. (data stempla pocztowego: 11 lutego 2015 r.).

2. Uzasadnienie prawne

2.1. 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. wykorzystanie 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.

2.2. 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 weryfikacje, 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 zawinione lub niezawinione.

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)”.

3. Ustalenia IZ RPO WSL jako organu II instancji. Analiza zarzutów Beneficjenta

Na wstępie należy podkreślić, że IZ RPO WSL działając jako organ II instancji, podjęła niezbędne czynności w celu dogłębnego i wszechstronnego wyjaśnienia sprawy. Dokonała analizy materiału dowodowego, tj. dokumentów znajdujących się w aktach sprawy w celu ustalenia stanu faktycznego. Uwzględnione zostały w szczególności następujące dokumenty:

- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dotycząca postępowania pn. „*Budowa skateparku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju – Etap I*”;
- Zmiany w ww. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- Ogłoszenie o zamówieniu nr 32859-2009;
- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dotycząca postępowania pn. „*Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej*”;
- Ogłoszenie o zamówieniu nr 317580-2011;
- Informacja Pokontrolna z dnia 5 marca 2014 roku;
- Informacja Pokontrolna Zmieniona i Uzupełniona na podstawie rozdziału 11.3.4 Podręcznika Procedur Wdrażania RPO WSL 2007-2013 z dnia 8 kwietnia 2014 roku;
- Korespondencja IZ RPO WSL z Beneficjentem;
- Notatki wewnętrzne i inne dokumenty wewnętrzne IZ RPO WSL.

Zgodnie z treścią Notatki wewnętrznej z dnia 13 lutego 2015 roku o sygn. FR-RRP.433.2.00015.2015.MPI FR-RRP.ZD-00116/15 Beneficjent – Miasto Jastrzębie-Zdrój w zakresie projektu pn. „*Rewitalizacja terenów jaru przy ulicy Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju*” dokonał w dniach 9 lutego 2015 roku oraz 11 lutego 2015 roku zwrotu środków w poprawnej wysokości.

Adwokat Łukasz Kałusowski działając w imieniu Beneficjenta Miasta Jastrzębie-Zdrój w złożonym wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 10 lutego 2015 r. w oparciu o treść art. 207 ust 12a ustawy o finansach publicznych zaskarżył decyzję Zarządu Województwa Śląskiego o nr 103/FR/2015 z dnia 22 stycznia 2015 roku w całości i wniósł o:

- ponowne rozpoznanie sprawy;

- uchylenie zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, iż zaskarżona decyzja nie jest słuszna. Beneficjent nie zgadza się z postawionymi zarzutami naruszenia:

- 1) art. 38 ust. 4a a w konsekwencji art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w ramach zamówienia „*Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdniowymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju*”;
- 2) art. 36 ust. 1 pkt. 13 a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w ramach zamówienia „*Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej*”.

Ad. 1)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4a pkt. 1, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych beneficjent nie zgodził się w dalszym ciągu z dokonaną wykładnią, iż przedmiotem zmiany SIWZ było przesunięcie terminu składania ofert. W przedmiotowej sprawie 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. 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. Okoliczność ta została przyznana na stronie 41 decyzji. Słusznie zatem zamawiający skorzystał z treści art. 38 ust. 6 P.z.p., zamiast z treści art. 38 ust. 4a pkt. 1 P.z.p. 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 P.z.p. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Istota postępowania kontrolnego powinna wiązać się z koniecznością porównania zapisów SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym porównaniu tego, czy zmiana treści SIWZ spowodowała

jakikolwiek zmiany w treści ogłoszenia. Należy podkreślić, że w tym wypadku zmiana terminu składania ofert miała charakter wtórny do dokonanej zmiany SIWZ, która nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Jak wynika z art. 38 ust. 6 P.z.p., jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie prowadzącej 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 zamieszcza informacje na stronie internetowej. Innymi słowy, 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 i nie prowadziła do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana SIWZ jedynie w sposób wtórny doprowadziła do konieczności przyznania dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach i tym samym przedłużenia terminu składania ofert. Zgodnie z treścią art. 38 ust. 6 P.z.p. zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz zamieszcza informację na stronie internetowej. Przepis ten, mający zastosowanie w przedmiotowym stanie faktycznym, nie nakazuje ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, a jedynie nakazuje poinformowanie o tym wykonawców, którym przekazano SIWZ oraz zamieszczenie informacji na stronie internetowej. Ustawodawca w art. 38 ust. 6 P.z.p. posłużył się pojęciem „przedłuża termin składania ofert” nie wiążąc go ze zmianą w treści ogłoszenia, gdyż w przeciwnym razie poprzedzające zdanie „jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu” nie miałoby sensu i prowadziłoby do wewnętrznej sprzeczności przepisu. Uznając zatem zasadę rozsądnego ustawodawcy nie ma podstaw do „dopisywania” treści ww. przepisu zapisów, których tam nie ma.

Stosownie bowiem do treści art. 38 ust. 4a pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych obowiązującego w miesiącu kwietniu 2009 r.: jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

- 1) 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. Z kolei obowiązujący w tym samym czasie ust. 6 cyt. art. 38 P.z.p. stanowił, że 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 specyfikacje istotnych warunków zamówienia oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Jak wynika z zestawienia obu zapisów ustawy, art. 38 ust. 4a pkt. 1 P.z.p. odnosi się do sytuacji zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, natomiast art. 38 ust. 6 P.z.p. 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 P.z.p.), a z drugiej nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 6 P.z.p.). Powyższe zestawienie ma istotne znaczenie z punktu widzenia stawianego beneficjentowi zarzutu naruszenia prawa. W przypadku sytuacji określonej w art. 38 ust. 4a pkt. 1 P.z.p. zamawiający zamieszcza ogłoszenie w BZP dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, natomiast w sytuacji określonej w art. 38 ust. 6 P.z.p. zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz na stronie internetowej, jeżeli SIWZ jest udostępniana na tej stronie. Dopiero nowelizacja art. 38 ust. 6 dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy P.z.p. oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778, zwana dalej: ustawą nowelizującą) wprowadziła istotną zmianę w omawianym zakresie, tj. dodatkowy zapis o treści: „Przepis art. 4a stosuje się odpowiednio”. Powyższa zmiana ustawy P.z.p. wprowadziła zatem dopiero obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w BZP dotyczącego dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania również w przypadkach zmiany treści SIWZ nie prowadzących do zmiany treści ogłoszenia. Zmiana ta weszła jednak w życie dopiero z dniem 29 stycznia 2010 roku. W art. 4 ust. 1 ustawa wprowadziła zapis, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Biorąc zatem pod uwagę treść ustawy nowelizującej należy stwierdzić, że 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 P.z.p., która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. będzie miała zastosowanie do zdarzeń z miesiąca kwietnia 2009 r., gdyż w oczywisty sposób naruszałoby to zasadę niedziałania prawa wstecz. Zasada niedziałania prawa wstecz stanowi istotny element demokratycznego państwa prawnego.

Ad. 2)

W tym zakresie Beneficjent wskazał, iż uchybienie podnoszone w decyzji w ramach zamówienia pn. „*Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej*” sprowadza się do rzekomego nie dokonania wyczerpującego opisu kryterium „funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych”, gdzie ograniczył się on jedynie do podania podkryteriów, które w dalszym ciągu nie uszczegółowiły przyjętego kryterium. Beneficjent nie zgadza się z postawionym w decyzji zarzutem. Zamówienie miało charakter bardzo specyficzny. W jego ramach miały być zakupione urządzenia, które swoim wyglądem miały oraz mają przyciągać potencjalnych użytkowników. Na etapie określania kryteriów oceny ofert posłużono się następującymi określeniami: „estetyka”, „atrakcyjność”, „funkcjonalność”. Powszechnie wiadomym jest, że coś co ma być „atrakcyjne” jest szczególnie interesujące, dostarczające komuś przyjemności lub rozrywki, „estetyczne” to nic innego, jak ładne, gustownie wyglądające, „funkcjonalne” – dobrze spełniające swoją funkcję. Ponadto, w spornym punkcie wskazano, co będzie brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert, a mianowicie funkcjonalność, kształt (wygląd) elementów, atrakcyjność programu użytkowania urządzenia, ogólne wrażenia estetyczne. Tego rodzaju urządzenia kupowane w ramach przedmiotowego postępowania, skierowane były i są do lokalnej, a nawet ponadlokalnej społeczności. Jeżeli dane urządzenia nie będą przyciągały swoim wyglądem, wówczas nie będą spełniały swoich funkcji. Ponadto, całość miała się komponować z otoczeniem, co było wskazywane w odpowiedzi na informację pokontrolną. Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p. zamawiający ma prawo określić kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności dotyczące jakości, funkcjonalności itd. Ustawodawca daje przyzwolenie na ustanowienie kryteriów w powyższym zakresie. Niestety obszar ten nie jest możliwy do wprowadzenia w sztywne ramy, dane, liczby obliczane na podstawie określonego wzoru matematycznego. W związku z powyższym z jednej strony jest przyzwolenie ustawodawcy, a drugiej strony zamawiający ma ponosić negatywne skutki swojej decyzji

w okolicznościach, gdy wygląd ma tak duże znaczenie. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. opisując przedmiot zamówienia, należy dokonać tego w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Sporządzony przez Beneficjenta 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 określonego producenta. Zatem narzucenie tych cech mogłoby spowodować automatyczne wyeliminowanie z postępowania konkretne podmioty. Zaproponowane rozwiązanie dało możliwość złożenia oferty wielu podmiotom, czego dowodem było zainteresowanie niniejszym przetargiem. Beneficjent uważa zatem, że w sposób właściwy opisane zostało kryterium oceny ofert i nie zgadza się z treścią decyzji, a tym bardziej z naliczeniem korekty finansowej.

Pomimo tego, iż sporne kryterium zostało zastosowane, nie wpłynęło ono w żaden sposób na zachwianie uczciwej konkurencji, czy też zasadę równego traktowania wykonawców, co zostało w zarzutach podniesione. Kryterium określone na poziomie 30% de facto nie wpłynęło na wynik postępowania. W postępowaniu wykonawcy zaproponowali dwa rodzaje urządzeń i każdy z nich został oceniony na tym samym poziomie. Ponadto, bez względu na ilość przyznanych punktów, wygrała firma oferująca najniższą cenę. Gdyby uznać, że przedmiotowe kryterium mogło być bardziej doprecyzowane, z czym beneficjent się nie zgadza, nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania. Tym samym nie zachwiało zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Reasumując powyższe, pełnomocnik beneficjenta wniósł o ponowną analizę okoliczności podniesionych w niniejszym wniosku i odstąpienie od naliczania korekty finansowej.

Pismem z dnia 2 marca 2015 r. o sygn. RR-RPR.433.00004.2015.KK RR-RPR.KW-00013/15 pełnomocnik Beneficjenta został zawiadomiony o możliwości wypowiedzenia się w sprawie zebranych dowodów, materiałów, zgłoszonych żądań oraz zapoznania się z aktami sprawy na każdym etapie postępowania w siedzibie Zarządu Województwa Śląskiego. W niniejszym piśmie poinformowano również, że do akt sprawy zostały dołączone specyfikacje istotnych warunków

zamówienia dotyczące postępowań o udzielenie zamówień publicznych nr: IKI.MPo.3410-10/2009 oraz IKI.271.60.2011.

Pismem z dnia 10 marca 2015 r. o sygn. RR-RPR.433.00004.2015.KK RR-RPR.KW-00016/15 pełnomocnik Beneficjenta został zawiadomiony o możliwości zapoznania się z aktami sprawy w terminie 7 dni od dnia doręczenia niniejszego zawiadomienia w siedzibie IZ RPO WSL oraz o przedłużeniu terminu załatwienia sprawy o miesiąc, tj. do dnia 16 kwietnia 2015 r. W niniejszym piśmie poinformowano również, że do akt sprawy zostały dołączone kopie dokumentów – pisma: Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Ministerstwa Rozwoju Regionalnego i Ministerstwa Finansów, które dotyczą kwestii stosowania art. 38 ust. 4-6 Ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2015 r. o sygn. RR-RPR.433.00004.2015.KK RR-RPR.KW-00030/15 pełnomocnik Beneficjenta został zawiadomiony, iż postępowanie odwoławcze nie zostanie załatwione w terminie wskazanym w ww. piśmie z dnia 10 marca 2015 r. ze względu na szczególnie skomplikowany charakter sprawy wymagający przeprowadzenia starannego i wnikliwego postępowania oraz konieczność szczegółowego przeanalizowania dokumentacji. Nowy termin załatwienia sprawy wskazano do dnia 16 maja 2015 r.

Na podstawie zgromadzonej dokumentacji IZ RPO WSL, działając jako organ II instancji, stwierdziła, co następuje.

W kwestii zamówienia publicznego pn. „Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju – Etap I” o nr IKI.MPo.3410-10/2009:

W Biuletynie Zamówień Publicznych Zamawiający zamieścił w dniu 3 lutego 2009 r. ogłoszenie o zamówieniu 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”. Termin składania ofert wyznaczony był na dzień 24 lutego 2009 r. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej przedmiotowego postępowania

wskazano, iż oferty należy składać do dnia 24 lutego 2009 r. Dalej, Beneficjent odpowiadając na zapytanie „Czy Zamawiający dopuszcza zmniejszenie przewidzianego zakresu prac o roboty dotyczące pielęgnacji krzewów i trawników (pozycje nr 67-71)?” od wykonawcy do treści SIWZ, pismem z dnia 19 lutego 2009 r. dokonał zmiany terminu składania ofert na dzień 3 marca 2009 r. Ponadto poinformował, iż Zamawiający nie dopuszcza zmniejszenia przewidzianego zakresu o roboty dotyczące pielęgnacji drzew i krzewów. Pielęgnacje, o których mowa w poz. 67-71 wykonać należy w okresie gwarancyjnym – w ciągu roku po posadzeniu – zgodnie ze Specyfikacją Techniczną.

Beneficjent w ww. piśmie z dnia 25 kwietnia 2014 r. o sygn. IKI.042.8.45.2011 wskazał, iż 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. Zdaniem Zamawiającego dokonana zmiana treści SIWZ nie miała wpływu na treść ogłoszenia, zatem zmiana terminu składania ofert miała charakter wtórny do dokonanej zmiany SIWZ, nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z art. 38 ust. 6 P.z.p (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).

W tym miejscu organ II instancji pragnie wyjaśnić, że kwestia wykonania dylatacji w płycie betonowej i wypełnienia jej elastyczną masą do dylatacji, która została wskazana w ww. piśmie Beneficjenta nie została zawarta w ww. ogłoszeniu o zamówieniu nr 32859-2009. W punkcie dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków przedmiotowego ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz udokumentuje, iż: 1. wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania co najmniej: a. 1 zadanie polegające na wykonaniu chodnika wraz z kanalizacją deszczową o wartości minimum 500 000,00 zł brutto, b. 1 zadanie polegające na budowie skate-parku o nawierzchni z betonu szlifowanego o wartości minimum 500 000,00 zł brutto. 2. dysponuje lub będzie dysponować przy wykonywanych pracach

pracownikami nadzoru posiadającymi uprawnienia niezbędne do wykonywania prac, tj. uprawnienia drogowe osoby przyjmującej obowiązki kierownika budowy oraz uprawnienia instalacyjne w zakresie kanalizacji kierownika robót wymagane przepisami Prawa budowlanego. Ocena spełnienia warunków wymaganych od wykonawców zostanie dokonana wg formuły: spełnia – nie spełnia.

IZ RPO WSL, działając jako organ II instancji, stwierdza, iż beneficjent zastosował w niniejszym przypadku art. 38 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2007.223.1655 t.j.), który obowiązywał w dniach 3 i 19 lutego 2009 roku, tj. w dniu zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ww. ogłoszenia 32859-2009 oraz w dniu zmiany terminu składania ofert na dzień 3 marca 2009 r.

Artykuł 38 ust. 4a obowiązującej wówczas ustawy P.z.p. wskazywał:

Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

- 1) 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;*
- 2) przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie 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.*

Natomiast, art. 38 ust 6 obowiązującej wówczas ustawy P.z.p. wskazywał:

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 związku z powyższym art. 38 ust. 4a obowiązującej wówczas ustawy P.z.p. odnosił się do sytuacji zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, natomiast art. 38 ust. 6 P.z.p. stanowił 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.

Faktem jest, że dopiero Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2009.223.1778) wprowadziła zmianę w art. 38 ust. 6 a mianowicie, wprowadzony został dodatkowy zapis o treści *„Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio”*. Artykuł 38 ust. 6 otrzymał zatem następujące brzmienie: *„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 zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio”*. Powyższa zmiana ustawy P.z.p. wprowadziła wprost obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji również w przypadkach zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym kwestia ta jest nieistotna bowiem nie dotyczy omawianej sprawy.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z pismem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 kwietnia 2012 r. o sygn. UZP/DP/O-IRZ/22809/4927/12 zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie terminu składania ofert w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z regulacją art. 38 ust. 4a 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 (art. 41 pkt 10 ustawy P.z.p.), a zatem każda zmiana w tym zakresie powinna zostać opublikowana zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. Urząd Zamówień Publicznych prezentował zawsze jednoznaczne stanowisko co do obowiązku zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu w sytuacji, gdy zamawiający przedłuża termin

składania ofert w związku z innymi zmianami w specyfikacji, które nie prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Modyfikacja art. 38 ust. 6 ustawy P.z.p., polegająca na dodaniu ostatniego zdania o odpowiednim stosowaniu przepisu ust. 4a, wprowadzona ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), dokonana na wniosek Ministerstwa Rozwoju Regionalnego nie nałożyła nowych obowiązków na zamawiającego, a jedynie potwierdziła wprost konieczność zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazania takiego ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w sytuacji przedłużenia przez zamawiającego terminu do składania ofert. Obowiązek ten wynikał z treści przepisów wprowadzonych nowelizacją z 2008 r. Niedopełnienie przez zamawiającego obowiązku publikacji informacji o zmianie terminu składania ofert w powyższych okolicznościach 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.

Ponadto, należy podkreślić, że Ministerstwo Rozwoju Regionalnego w piśmie o sygn. DKR-IV-82630-145-EŚ/11 wskazało, 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 z dniem 24 października 2008 r. W związku z powyższym nowelizację art. 38 obowiązującą od dnia 29 stycznia 2010 r. polegającą na dopisaniu w ustępie słów „stosuje się odpowiednio” należy traktować jako doprecyzowanie a nie dostosowanie, bowiem możliwość zmiany treści ogłoszenia w BZP istniała od 24 października 2008 r. W załączeniu do niniejszego pisma zawarto pismo Urzędu Zamówień publicznych z dnia 7 października 2011 r. o sygn. UZP/DUEWM/AK/31392/9852/11, w którym podano, że ustawa – Prawo zamówień publicznych została zmieniona zgodnie z uwagami Komisji Europejskiej ustawą z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. w wyniku tej

nowelizacji został m.in. zmieniony art. 38 ust. 4-6, w wyniku czego zamawiający zostali zobowiązani do zamieszczenia ogłoszeń o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, z dniem 24 października 2008 r. została zapewniona pełna zgodność m.in. przepisu art. 38 z przepisami unijnymi w dziedzinie zamówień publicznych.

Oprócz tego w piśmie Ministerstwa Finansów z dnia 7 lipca 2011 r. o sygn. DO2/9013/16/356/SQB/11/3561 wskazano, iż w ocenie Komisji Europejskiej przedłużenie terminu składania ofert jest istotną zmianą elementów ogłoszenia. Zdaniem Komisji Europejskiej informacja o takiej zmianie powinna być publikowana z zachowaniem takich samych standardów, jak towarzyszące pierwotnej publikacji.

Biorąc pod uwagę powyższe organ II instancji stwierdza, iż w rozpatrywanej sprawie niespornym elementem jej stanu faktycznego jest dokonanie przez Zamawiającego zmiany terminu składania ofert w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ramach postępowania pn. *„Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju – Etap P”* z dnia 24 lutego 2009 r. na dzień 3 marca 2009 r. Powyższej zmiany nie wprowadzono w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym niniejszego postępowania. Wyżej wymienione pisma Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, Ministerstwa Finansów stanowią wytyczne dla IZ RPO WSL do postępowania w kwestii stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych. Uwypuklono w nich, iż każda zmiana w zakresie terminu składania ofert powinna zostać opublikowana zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy P.z.p. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych należy zmienić ogłoszenie o zamówieniu w zakresie terminu w sytuacji, gdy zamawiający przedłuża termin składania ofert w związku z innymi zmianami w specyfikacji, które nie prowadzą do zmiany treści ogłoszenia. Zmiana ust. 6 w art. 38 ustawy P.z.p. polegająca na dodaniu zapisu *„Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio”* potwierdziła w sytuacji przedłużenia przez zamawiającego terminu do składania ofert wprost konieczność zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazania takiego ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Organ II instancji podkreśla, iż dokonana przez Zamawiającego zmiana stanowiła istotną zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nie może budzić wątpliwości, iż nie pozostawała ona bez wpływu na

treść ogłoszenia o zamówieniu, co z kolei zobowiązywało Zamawiającego do zmiany jego treści, tj. wykonania obowiązku zgodnie z art. 38 ust 4a ustawy P.z.p. Przywołana powyżej zmiana treści SIWZ z punktu widzenia obowiązku informacyjnego zamawiającego nie mogła być oceniana z świetle art. 38 ust. 6 ustawy P.z.p., ponieważ prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast, przywołany przepis ma zastosowanie w sytuacji, gdy zmiana SIWZ takiego skutku nie wywołuje.

Zamawiający powołał się w odpowiedzi na informację pokontrolną na fragment uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 02.12.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223, poz. 1778), obowiązującej od 29.01.2010 r., zmieniającej m.in. przepis art. 38 ust. 6 poprzez dodanie zdania „Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio”. W powołanym fragmencie wskazano, tj. : *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 prowadzonym 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*”. Ustawodawca użył tu terminu „doprecyzowano”, co należy tłumaczyć jako „określono bardziej szczegółowo” czy też „uściślono”.

W opinii IZ RPO WSL przedłużenie terminu składania ofert zawsze prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 41 pkt. 10 P.z.p. ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać informację o miejscu i terminie składania ofert. Zatem dokonane przez Zamawiającego przedłużenie terminu do złożenia ofert stanowi zmianę treści pierwotnego ogłoszenia i powinno zostać prawidłowo ogłoszone na podstawie art. 11 ust. 4 P.z.p („Ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający może zmienić, zamieszczając w Biuletynie

ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zawierające w szczególności datę zamieszczenia zmienianego ogłoszenia i jego numer"). Powyższe potwierdza utrwalone orzecznictwo sądowe, tj.:

- „Zmiana SIWZ, polegająca na przedłużeniu terminu do składania ofert jest zmianą prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ jest to jedna z informacji, jaką musi zawierać ogłoszenie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego” – tak wyrok WSA w Warszawie z dnia 05.07.2013 r., V SA/Wa 457/13;
- „Każda zmiana SIWZ, również ta niestanowiąca zmiany treści ogłoszenia, ale prowadząca ostatecznie do takiej zmiany, powinna być, w przypadku przetargu nieograniczonego adresowanego wszak do wszystkich potencjalnych wykonawców, poddana reżimowi art. 38 ust. 4a p.z.p.” – tak wyrok NSA z dnia 28.05.2014 r., II GSK 422/13.

Zdaniem IZ RPO WSL Zamawiający dokonując w lutym 2009 r. zmiany (przedłużenia) terminu składania ofert, niezależnie od ówczesnego brzmienia art. 38 ust. 6 P.z.p., miał obowiązek opublikowania ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia w BZP. Stawiany organowi zarzut naruszenia zasady niedziałania prawa wstecz nie został potwierdzony.

Należy dodać, że w przedmiotowej sprawie zastosowana została korekta w wysokości 5% (zgodnie z Tabelą 4, poz. 4 *Niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminów* Taryfikatora). W Taryfikatorze 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 tym przypadku. W ramach ww. zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy P.z.p., co oznacza, że doszło do ograniczenia konkurencji. Organ II instancji podziela stanowisko organu I instancji dotyczące tego, iż wskazana pozycja Taryfikatora odpowiada skutkom i stopniu szkodliwości. Zastosowanie wskaźnika 5% było najbardziej adekwatne do wykazanej nieprawidłowości. Organ II instancji nie znajduje dodatkowych argumentów za obniżeniem korekty. Podkreślenia również wymaga fakt przeprowadzenia przez organ I instancji wnikliwej analizy możliwości obniżenia wskaźnika korekty finansowej, która to analiza została szczegółowo przedstawiona Beneficjentowi w decyzji nr 103/FR/2015 z dnia 22 stycznia 2015 r.

Zebrany w sprawie materiał w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wskazuje, że przy realizacji zamówienia publicznego pn. „Budowa skate-parku z ciągami pieszo-jezdnymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu-Zdroju – Etap I” nastąpiło naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych przez Beneficjenta. Konkludując powyższe, organ II instancji w pełni podziela w tym zakresie ustalenia faktyczne i prawne organu I instancji, przyjmując je za swoje.

W kwestii zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej” o nr IKI.271.60.2011:

IZ RPO WSL, działając jako organ II instancji, stwierdziła, że Beneficjent w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w 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.

Cena

$$\frac{\text{cena minimalna}}{\text{cena oferowana}} \times 100 \times 0,70 \qquad \text{max 70 pkt.}$$

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 ww. kryteriów. Oferta wypełniająca w najwyższym stopniu wymagania określonego kryterium, otrzyma maksymalną ilość punktów. Pozostałym wykonawcom, spełniającym wymagania kryterialne przypisana zostanie odpowiednio mniejsza liczba punktów.

W ogłoszeniu o zamówieniu o nr 317580-2011, zamieszczonym w BZP w dniu 4 października 2011 r. dla zamówienia publicznego pn. „*Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej*”, w sekcji IV: *Procedura*, pkt. IV.2) *Kryteria oceny ofert*, w ppkt IV.2.1) *Kryteria oceny ofert: cena oraz dodatkowe kryteria i ich znaczenie*, Beneficjent wskazał:

- 1 – Cena – 70.00,
- 2 – 2. Funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych – ocena indywidualna – 30.00.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy P.z.p. z 2010 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Ponadto, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. z 2010 r. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2 art. 91 ww. ustawy 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.

W przedmiotowym przypadku kryterium *funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych* zostało uszczegółowione poprzez wskazanie, iż ocena w tym zakresie będzie uwzględniać: funkcjonalność, kształt (wygląd) elementów, atrakcyjność programu użytkowania urządzenia, ogólne wrażenia estetyczne. Kryterium zostało zatem dookreślone przez ww. podkryteria. Ilość otrzymanych punktów stanowić będzie średnią punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej w maksymalnej ilości 30 pkt. Zamawiający nie określił jednak punktacji, skali punktów przyznawanych w ramach poszczególnych elementów, podkryteriów przedmiotowego kryterium. Tymczasem, opis kryterium oceny powinien być precyzyjny i ograniczać element subiektywnej oceny członków komisji. Ocena ofert i przyznana punktacja nie powinny zostać dokonane w sposób dowolny, nie gwarantujący zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 września

2014 r. (KIO 1825/14) z kryterium jakościowym immanentnie związany jest pewien margines subiektywizmu i dowolności po stronie oceniających oferty. Istotne jest to, aby element swobodnej oceny członków komisji mieścił się w przyjętych wcześniej ramach opisu tego kryterium oceny ofert.

Józef Edmund Nowicki w Komentarzu do art. 36 ustawy – Prawo zamówień publicznych (LEX) zaznaczył, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zamieszcza również opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Kryteria oceny ofert muszą być mierzalne i zobiektywizowane oraz odnosić się do przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w Komentarzu do art. 91 ustawy - Prawo zamówień publicznych Józefa Edmunda Nowickiego (LEX) uwypuklono, iż sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać ograniczona możliwość całkowicie subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonywanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego, polegająca w szczególności na braniu pod uwagę przy ocenie ofert różnych, dowolnie wybieranych przez każdego z oceniających cech badanej oferty, gdy np. w kryterium jakość techniczna każdy z oceniających samodzielnie określa cechy jakościowe poddawane ocenie i samodzielnie ustala, które z nich będą punktowane najwyżej. 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 w szczególności wówczas, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwi każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych. Zasada powyższa znajduje swoje odpowiednie zastosowanie także w przypadku zastosowania przez zamawiającego kryteriów subiektywnych takich jak np. estetyka, czy walory smakowe. Mimo, że ocena dokonywana przez poszczególnych członków komisji przetargowej z natury rzeczy będzie miała charakter subiektywny, opis kryterium powinien określać co będzie oceniane i na co będzie zwracana uwaga przy dokonywaniu oceny w ramach takiego kryterium. Podobne stanowisko zajął Włodzimierz

Dzierżanowski w Komentarzu do art. 91 ustawy - Prawo zamówień publicznych (LEX) wskazując, iż *stosunkowo trudno mierzalnymi kryteriami są jakość i funkcjonalność. W tym wypadku zamawiający musi szczególnie precyzyjnie wskazać w SIWZ, na czym będzie polegała ocena spełniania kryterium i jakie rzeczy będzie brał pod uwagę, przyznając odpowiednią ocenę w tym zakresie. Pogląd taki wyraził SO w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., V Ca 264/04, niepubl., stwierdzając: "Kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty". Nieprecyzyjne zdefiniowanie kryteriów i w konsekwencji konieczność ich doprecyzowywania przez komisję przetargową Sąd w tym samym wyroku uznał za równoznaczne ze zmianą kryteriów w trakcie postępowania, a tym samym niedopuszczalne. Należy przyjąć, iż ocena spełniania tych kryteriów (szczególnie jakościowego) może odbywać się zarówno poprzez ocenę próbek załączanych do oferty, jak i na podstawie dokumentów dotyczących jakości oferowanego przedmiotu. W takim wypadku zamawiający powinien wskazać, jakie dokumenty potwierdzające jakość produktu powinny zostać doń dołączone. Wybór rodzajów dokumentów musi być przy tym odpowiednio uzasadniony i nie może mieć charakteru dyskryminującego wykonawców.*

Biorąc pod uwagę powyższe, IZ RPO WSL działając jako organ II instancji stwierdza, iż w niniejszym przypadku zabrakło precyzyjnych ram opisu omawianego kryterium oceny. Opis zawarty w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu pozwala na subiektywizm i dowolność w ocenie złożonych ofert. Przedmiotowe kryterium zostało doprecyzowane poprzez podanie podkryteriów, lecz z kolei podkryteria nie zostały uszczegółowione w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty. Nie są one mierzalne. Brak jest np. określonej skali punktów. Przedstawiony opis kryteriów oceny uniemożliwia dokonanie właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny ofert oraz ich hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych. Opis kryterium nie określa, co będzie oceniane i na co będzie zwracana uwaga przy dokonywaniu oceny w ramach tego kryterium.

W przedmiotowej sprawie zastosowana została korekta w wysokości 5% (zgodnie z Tabelą 4, poz. 9 *Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert* Taryfikatora). Zastosowany przez organ wskaźnik procentowy korekty stanowi jedną

z najniższych możliwych wysokości korekty, którą przewiduje Taryfikator. W ramach ww. zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy P.z.p., co oznacza, że doszło do ograniczenia konkurencji. Tym samym nie została zachowana jedna z podstawowych zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych, a mianowicie zasada uczciwej konkurencji. Jednocześnie należy zauważyć, że nieprawidłowość, której dopuścił się Beneficjent ma wpływ na wysokość szkody. Organ II instancji podziela stanowisko organu I instancji dotyczące tego, iż zastosowanie wskaźnika 5% jest najbardziej adekwatne do wykazanej nieprawidłowości i nie znajduje dodatkowych argumentów za obniżeniem korekty. Podkreślenia również wymaga fakt przeprowadzenia przez organ I instancji wnikliwej analizy możliwości obniżenia wskaźnika korekty finansowej, która to analiza została szczegółowo przedstawiona Beneficjentowi w decyzji nr 103/FR/2015 z dnia 22 stycznia 2015 r.

Zebrany w sprawie materiał w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wskazuje, że przy realizacji zamówienia publicznego pn. „*Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej*” nastąpiło naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych przez Beneficjenta. Konkludując powyższe, organ II instancji w pełni podziela w tym zakresie ustalenia faktyczne i prawne organu I instancji, przyjmując je za swoje.

POUCZENIE

Decyzja niniejsza jest ostateczna i podlega zaskarżeniu do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji za pośrednictwem Instytucji Zarządzającej.

Podpisuje: Marszałek Województwa Śląskiego

z up. MARSZAŁKA WOJEWÓDZTWA

Aleksandra Skowronek
Wicemarszałek



Otrzymują:

1. Adwokat Łukasz Kalusowski, pełnomocnik Miasta Jastrzębie-Zdrój;
2. Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego, Gabinet Marszałka;
3. Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego, Wydział Rozwoju Regionalnego.