



Uchwała Nr 1953/13 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego

Uchwała Nr 1953/13 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego

z dnia 27 listopada 2013 r.

w sprawie podjęcia decyzji utrzymującej w całości w mocy decyzję administracyjną nr WWRPO/30/W/2013 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 12.08.2013 r. nakazującą zwrot przez Beneficjenta - Powiat Sławieński z siedzibą przy ul. Sempołowskiej 2a w Sławnie, środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-054/09-00 z dnia 29.08.2009 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo”.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 i pkt 15a ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9 i ust. 12 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 tekst jednolity ze zm.) w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2 i 3, art. 144 ust. 1, art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 tekst jednolity ze zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267 tekst jednolity)

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego uchwała, co następuje:

§ 1

1. Podejmuje się decyzję utrzymującą w całości w mocy decyzję administracyjną nr WWRPO/30/W/2013 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 12.08.2013 r. nakazującą zwrot przez Beneficjenta - Powiat Sławieński z siedzibą przy ul. Sempołowskiej 2a w Sławnie, środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-054/09-00 z dnia 29.08.2009 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo”, w wysokości 161 592,99 zł (słownie: sto sześćdziesiąt jeden tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dwa złote 99/100) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.
2. Decyzja, o której mowa w ust. 1 stanowi załącznik do niniejszej uchwały.

§ 2

Wykonanie uchwały powierza się Marszałkowi Województwa Zachodniopomorskiego.

§ 3

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

UZASADNIENIE

Beneficjent - Powiat Sławieński z siedzibą przy ul. Sempołowskiej 2a w Sławnie, dnia 29.08.2009 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-054/09-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo”.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 11 umowy o dofinansowanie, w dniach w dniach 07.05.2012 r. – 09.05.2012 r., w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową. W toku przeprowadzonych czynności kontrolnych stwierdzono uchybienia w stosowaniu ustawy pzp w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) w ramach postępowania pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo” stwierdzono naruszenie:
 - art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i niezapewniający równego traktowania wykonawców,
 - art. 29 ust. 2 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,
 - art. 144 ust. 1 pzp poprzez bezprawne zawarcie aneksów do umowy podstawowej nr 80/09 z dnia 10.11.2009 r.
- 2) w ramach postępowania pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad inwestycją pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo”

stwierdzono naruszenie:

- art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców,
 - art. 25 ust. 1 pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania,
- 3) w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe dotyczące przebudowy drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez bezprawne udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki.

Ponadto w ramach dwóch postępowań Beneficjent dopuścił się naruszenia § 9 ust. 5 umowy o dofinansowanie (ze względu na szacowaną wartość zamówienia Zamawiający nie był zobowiązany do stosowania ustawy pzp, zatem Beneficjent nie stosując zapisów ww. ustawy powinien stosować zasady określone w § 9 ust. 5 umowy o dofinansowanie). I tak w ramach:

- 1) postępowania pn. „Roboty dodatkowe zgodnie z protokołem konieczności z dnia 10 września 2010 r.” stwierdzono, że Beneficjent nie przedstawił dokumentów potwierdzających zachowanie zasad określonych w § 9 ust. 5 umowy o dofinansowanie,
- 2) postępowania pn. „Roboty dodatkowe niemożliwe wcześniej do przewidzenia przy realizacji inwestycji pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” polegającej na wykonaniu przepustów pod zjazdami” stwierdzono, że Beneficjent nie przedstawił dokumentów potwierdzających zachowanie zasad określonych w § 9 ust. 5 umowy o dofinansowanie.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt i wykorzystał środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 26.04.2013 r., znak: WWRPO.III.EM.3462-5(2.1.2/2009/054/K)/01/13 wezwała Beneficjenta do zwrotu nienależnie pobranych środków w łącznej kwocie 1 897 011,39 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków. Ponadto IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta, iż z uwagi na to, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, zostały również poniesione z naruszeniem pzp, nałożono korektę finansową w kwocie 87 094,36 zł, która zostanie potrącona z płatności końcowej w projekcie.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 14.05.2013 r. Beneficjent nie wyraził zgody na zwrot środków, podtrzymując swoje stanowisko opisane w piśmie z dnia 12.07.2012 r. (znak RO.042.3.7.2012.I).

Ze względu na bezskuteczny upływ terminu wskazanego w ww. wezwaniu, z dniem 21.05.2013 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków z tytułu płatności dokonanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-054/09-00.

W wyniku przeprowadzonego postępowania administracyjnego, po przeanalizowaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, IZ RPO WZ zweryfikowała swoje stanowisko w zakresie ustalenia korekty finansowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo”. W ramach przedmiotowego postępowania Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i nie zapewnia równego traktowania wykonawców, art. 29 ust. 2 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz art. 144 ust. 1 pzp poprzez bezprawne zawarcie aneksów do umowy nr 80/09. Mając na względzie zapisy umowy o dofinansowanie, jak również fakt, iż stosowanie Taryfikatora jest działaniem korzystnym dla beneficjentów, IZ RPO WZ zweryfikowała ustalenia dotyczące uznania wydatków (w związku ze stwierdzeniem naruszenia art. 144 ust. 1 pzp) poniesionych po 30.06.2010 r. przez Beneficjenta w całości za niekwalifikowalne i wymierzyła korektę w oparciu o Taryfikator. Dla naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 pzp Taryfikator przewiduje wskaźnik na poziomie 5% - Tabela nr 4, poz. 5 „Stosowanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert”, dla naruszenia art. 29 ust. 2 pzp Taryfikator przewiduje wskaźnik na poziomie 5% - Tabela nr 4, poz. 4 „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia”, natomiast dla naruszenia art. 144 ust. 1 pzp przyjęto najbliższy rodzajowo wskaźnik, tj. 5% - Tabela nr 4, poz. 5 „Stosowanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert”. W związku z powyższym IZ RPO WZ mając na względzie fakt, iż w przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niestosowania zasad zamówień publicznych należy zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej, za powyższe naruszenia w ramach postępowania pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo” ustaliła łączną korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 5%.

IZ RPO WZ podtrzymała również swoje stanowisko w zakresie stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta w postępowaniu pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad inwestycją pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 25 ust. 1 pzp. Dla naruszenia art. 7 ust. 1 pzp Taryfikator przewiduje wskaźnik na poziomie 5% - Tabela nr 4, poz. 5 „Stosowanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert”, dla naruszenia art. 25 ust. 1 pzp Taryfikator przewiduje wskaźnik na poziomie 2% - Tabela nr 4, poz. 8 „nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców”. W związku z powyższym, mając na względzie fakt, iż w przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niestosowania zasad zamówień publicznych należy zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej, nałożono łączną korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 5%.

IZ RPO WZ podtrzymała także stanowisko odnośnie stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta w postępowaniu pn. „Roboty dodatkowe dotyczące przebudowy drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez bezprawne udzielenie zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Pierwotnie IZ RPO WZ w przedmiotowym postępowaniu, uznała wydatki w całości za niekwalifikowalne. Niemniej jednak w tym miejscu wskazać należy, że mając na uwadze zapisy § 9 ust. 7 umowy o dofinansowanie, jak również fakt, iż stosowanie Taryfikatora jest działaniem korzystnym dla beneficjentów, po przeanalizowaniu całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, IZ RPO WZ, zweryfikowała swoje stanowisko dotyczące uznania wydatków poniesionych w całości za niekwalifikowalne i wymierzyła korektę finansową w oparciu o Taryfikator, tj. w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2, „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”).

Nadto w ramach dwóch postępowań pn. „Roboty dodatkowe dotyczące przebudowy drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” oraz „Roboty dodatkowe niemożliwe wcześniej do przewidzenia przy realizacji inwestycji pn. Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” polegającej na wykonaniu przepustów pod zjazdami”, Beneficjent dopuścił się naruszenia § 9 ust. 5 umowy o dofinansowanie w związku z czym IZ RPO WZ podtrzymała swoje pierwotne stanowisko, uznając za niekwalifikowalne wydatki poniesione na podstawie dwóch umów zawartych z wykonawcą nr 83/10 z dnia 24.09.2010 r. oraz nr 120/10 z dnia 24.11.2010 r.

W związku z powyższym, w dniu 12.08.2013 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję nr WWRPO/30/W/2013 orzekającą zwrot od Beneficjenta środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-054/09-00, w wysokości 161 592,99 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji (tj. od dnia 19.08.2013 r.). Beneficjent nie zwrócił środków w ww. terminie, jednakże korzystając z uprawnień wynikających z art. 207 ust. 12 upr pismem z dnia 02.09.2013 r. wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej ww. decyzją administracyjną, nie zgadzając się z jej rozstrzygnięciem.

Beneficjent zaznaczył, iż podtrzymuje swoje stanowisko o braku podstaw do żądania zwrotu środków prezentowane w wyjaśnieniach kierowanych do IZ RPO WZ w trakcie trwania czynności kontrolnych, w tym również po wszczęciu postępowania administracyjnego. Strona wskazała, iż w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, IZ RPO WZ stwierdziła naruszenie przez Beneficjenta przepisów pzp, a zatem naruszenie procedur, o których

mowa w art. 184 ust. 1 ufp, albowiem podejmował działanie niezgodne z umową o dofinansowanie, a także z przepisami obowiązującego prawa. Beneficjent podkreślił, iż ustawodawca posługując się niedookreślonym pojęciem „inne procedury” stworzył istotne problemy interpretacyjne przy stosowaniu powyższego przepisu, mogące w efekcie wywoływać negatywne skutki dla beneficjentów. Zdaniem Strony posłużenie się w ustawie określeniem „inne procedury” bez odesłania do konkretnych regulacji było oceniane krytycznie już na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o finansach publicznych. W ocenie Strony rozstrzygnięcie przez organ administracji o obowiązku strony w oparciu o nieprecyzyjny zapis, dający organowi dowolność interpretacji, budzi poważne wątpliwości biorąc pod uwagę reguły obowiązujące w demokratycznym państwie prawa.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent nie zgadza się z postawionym przez IZ RPO WZ w postępowaniu pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo”, zarzutem naruszenia zasady konkurencji wyrażonej w art. 22 ust. 2 pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia jako „wykonanie minimum dwóch robót o wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł netto odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”. Beneficjent wyjaśnił, iż tak sformułowany warunek nie budził wątpliwości u potencjalnych oferentów, gdyż żaden z oferentów nie żądał wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w trybie art. 38 pzp, nie wniesiono także odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ. Strona nie zgadza się z IZ RPO WZ, iż ww. warunek udziału w postępowaniu był wygórowany, bowiem jak wskazuje dalej, w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż nakaz tworzenia i zachowania warunków udziału w postępowaniu w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Beneficjent podkreślił, iż przepisy pzp wskazują na przyjęcie całkowicie odmiennego założenia, tj. realizacji zamówienia publicznego jedynie przez podmioty zweryfikowane pod kątem ich możliwości należytego wykonania umowy. Zdaniem Beneficjenta IZ RPO WZ nie uwzględniła okoliczności, iż oprócz konieczności zapewnienia wykonawcom równego udziału w postępowaniu, beneficjent będący jednostką sektora finansów publicznych ma obowiązek dbania o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. W opinii Beneficjenta, powierzenie wykonania zamówienia finansowanego z tych środków bez jednoczesnego zagwarantowania, iż zamówienie będzie realizował podmiot dysponujący odpowiednią wiedzą, doświadczeniem i zdolnościami, narażałoby Zamawiającego na zarzut braku dbałości o środki publiczne.

Dalej we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Strona podnosi, iż stwierdzenie przez IZ RPO WZ, że wskutek powyższego działania Beneficjent naraził budżet Unii Europejskiej (dalej: UE) na szkodę ma walor czysto teoretyczny. Strona wskazuje, iż jeżeli nawet słuszne jest stwierdzenie IZ RPO WZ, że należy brać pod uwagę nie tylko szkodę faktycznie wyrządzoną, ale również potencjalną możliwość jej wyrządzenia, taka potencjalna możliwość powinna zostać przez organ uprawdopodobniona. Zdaniem strony biorąc pod uwagę rodzaj stwierdzonych naruszeń przy realizacji projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko – Malechowo”, przy założeniu, iż takie naruszenia rzeczywiście miały miejsce, z czym się nie zgadza, nie ma podstaw do uznania, iż doszło nawet do potencjalnej szkody w budżecie UE. Nie było zatem jak wskazuje Beneficjent podstaw, do zastosowania korekt finansowych w maksymalnej wysokości przyjętych przez IZ RPO WZ.

Beneficjent podtrzymał swoje stanowisko, iż przyjęcie w decyzji administracyjnej jako podstawy naliczenia korekt finansowych Wytocznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (dalej: MRR) w sprawie „Wymierzania korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, jest prawnie niedopuszczalne. Strona podnosi, iż skoro Taryfikator nie został jej doręczony przy zawieraniu umowy o dofinansowanie, nie wiąże zatem Beneficjenta i nie może stanowić podstawy do naliczenia korekty finansowej. Nadto wskazuje, iż decyzja wydana na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp nie może zostać wydana w oderwaniu od trybu w jakim udzielono dofinansowania oraz nie może nie uwzględniać innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie dodatkowo wskazuje, iż otrzymane środki zostały wykorzystane zgodnie z ich przeznaczeniem, zaś inwestycja dofinansowana ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (dalej: EFRR) została zrealizowana w całości i służy celowi określonymu w umowie o dofinansowanie. Sposób przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego zdaniem Beneficjenta w żaden sposób nie wywołał szkody w budżecie UE. Strona zaznaczyła nadto, iż w budżecie Powiatu Sławińskiego brak jest środków na zwrot orzeczonej kwoty. W związku z powyższym Beneficjent wniósł o zaniechanie dochodzenia zwrotu przez IZ RPO WZ, natomiast w przypadku nie uwzględnienia argumentacji podniesionej we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, Beneficjent wniósł o przyjęcie do wyliczenia korekt wskaźników procentowych niższych niż maksymalne, uwzględniających rzeczywisty zakres naruszeń prawa oraz wpływu tych naruszeń na możliwość wyrządzenia szkody w budżecie ogólnym UE.

W związku z zawartymi we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zarzutami, IZ RPO WZ ponownie przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jak poniżej.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu podniesionego we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, należy podkreślić, iż naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp, w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych (ustawy pzp, a w konsekwencji także ufp), jak i przepisów unijnych. W związku z powyższym, bezzasadny jest zarzut Strony, bowiem oczywistym jest, iż poprzez określenie „obowiązujące procedury” należy rozumieć również prawo zamówień publicznych, do którego stosowania zobowiązał się Beneficjent już przy podpisaniu umowy o dofinansowanie projektu.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent nie zgadza się ze stwierdzeniem przez IZ RPO WZ naruszenia przez Powiat Sławiński zasady konkurencji wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy pzp. W postępowaniu pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo” Strona naruszyła art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i niezapewniający równego traktowania wykonawców. Zamawiający żądał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu 2 robót o wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł netto w sytuacji, gdy szacowana wartość zamówienia wynosiła 4 397 523,16 zł netto. Z treści tak postawionego warunku nie można wywnioskować jednoznacznie, czy podana wyżej wartość dotyczy łącznie dwóch robót czy też każdej z nich. Warunek udziału w postępowaniu musi być sformułowany w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. Ustawodawca zawarł w art. 22 ust. 1 pzp, warunki udziału w postępowaniu ogólnie, a Zamawiający był zobowiązany doprecyzować stawiany przez siebie warunek w SIWZ zgodnie z zasadami zawartymi w art. 7-10 pzp, a następnie w przepisach szczególnych pzp (art. 22 ust. 2 pzp). Przy przyjęciu, że podana wyżej wartość dotyczy dwóch odrębnych robót wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę o wartości odzwierciedlającej rynkową równowartość kosztorysowej wartości zamówienia, która wynosi 4 397 523,16 zł netto, a był zobowiązany wykazać się doświadczeniem na poziomie dwóch robót o wartości 6 000 000,00 złotych netto każda, a więc zbyt wygórowanym nawet w stosunku do wartości kosztorysowej. Tak postawiony warunek został w nieuprawniony sposób zawyżony w stosunku do realnej wartości przedmiotu zamówienia, zatem narusza zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 22 ust. 2 ustawy pzp.

Beneficjent wyjaśnił, iż warunek sformułowany w takiej jak powyżej postaci nie budził wątpliwości u potencjalnych oferentów, gdyż żaden z oferentów nie żądał wyjaśnienia treści SIWZ w trybie art. 38 pzp, nie wniesiono także odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ. Strona dodatkowo podkreśliła, iż potencjalnym wykonawcom przyznano w pzp odpowiednie środki ochrony prawnej, które umożliwiają odwołanie się od zapisów SIWZ, naruszających interes prawny wykonawcy, natomiast w przedmiotowym postępowaniu nikt nie skorzystał z prawa do odwołania. Argumentacja przedstawiona przez Beneficjenta nie przekonuje jednak o zachowaniu zasad konkurencyjności, bowiem wykonawcy czerpią

podstawową wiedzę o zamówieniu z ogłoszenia oraz SIWZ i na tej podstawie określają swoje zainteresowanie wzięciem udziału w postępowaniu, a zatem już po zapoznaniu się z ogłoszeniem czy SIWZ, potencjalny wykonawca mógł zrezygnować ze złożenia swojej oferty. Powyższe zapisy są dyskryminujące między innymi dla wykonawców, którzy mogli wykazać się doświadczeniem pozwalającym na potwierdzenie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, ale mniejszej niż 6 000 000,00 zł, a wystarczającej do zrealizowania zamówienia. Bezstronność wymaga nie tylko zachowania formalnej neutralności, ale i identycznego traktowania. Zakaz dyskryminacji chroni zarówno tych, którzy złożyli oferty, jak i potencjalnych oferentów, którzy mogliby zostać zniechęceni do udziału w postępowaniu przez dyskryminacyjne praktyki Zamawiającego.

Treść wymaganych warunków udziału w postępowaniu jest zmienna w zależności od danego zamówienia publicznego i bezpośrednio zależy od zamawianych robót budowlanych, usług czy dostaw. Beneficjent sam podkreślił, iż w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż nakaz tworzenia i zachowania warunków udziału w postępowaniu w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. IZ RPO WZ zgadza się z powyższym, jednakże istotne znaczenie ma fakt, iż ustawodawca ograniczył dowolność w określaniu warunków udziału w postępowaniu, podkreślając, że na każdym etapie postępowania wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Stworzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty, spełniającej wszystkie warunki i wymagania postawione przez Zamawiającego, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca, bowiem formułując SIWZ Zamawiający dopuścił do postępowania jedynie oferentów, którzy mogli wykazać się doświadczeniem wykonania 2 robót o wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł netto. W związku z powyższym nie sposób zgodzić się z Beneficjentem, bowiem stawiając zbyt wygórowany warunek udziału w postępowaniu, naruszył on generalne zasady pzp, tj. zasadę konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Strona wskazuje, iż jeżeli nawet słuszne jest stwierdzenie IZ RPO WZ, iż wskutek powyższego działania Beneficjent naraził budżet UE na szkodę, oraz że należy brać pod uwagę nie tylko szkodę faktycznie wyrządzoną, ale również potencjalną możliwość jej wyrządzenia, taka potencjalna możliwość powinna zostać przez organ uprawdopodobniona. Zdaniem Strony biorąc pod uwagę rodzaj stwierdzonych naruszeń przy realizacji projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko – Malechowo”, przy założeniu, iż takie naruszenia rzeczywiście miały miejsce, z czym Beneficjent się nie zgadza, nie ma podstaw do uznania, iż doszło nawet do potencjalnej szkody w budżecie UE. Nie było zatem jak wskazuje Beneficjent podstaw, do zastosowania korekt finansowych w maksymalnej wysokości przyjętych przez IZ RPO WZ.

Odnosząc się do powyższego, należy wskazać, iż stosownie do brzmienia art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 „nieprawidłowość” została zdefiniowana jako: jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Należy podkreślić, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Zaś wykrycie takowego naruszenia i uznanie go za nieprawidłowość rodzi obowiązek nałożenia korekty finansowej (art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006), nawet jeżeli wywołuje ono jedynie możliwość powstania szkody w budżecie UE.

Beneficjent poprzez ograniczenie równego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców, w tym tych, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę zamawianych robót. Zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki. Beneficjent nie przestrzegając ww. zasad, przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które przy ich zachowaniu mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Faktem jest, co podnosi Beneficjent, iż w postępowaniu pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo” oferty złożyło 3 wykonawców, ale gdyby ograniczenia nie było, ofert mogłoby być więcej. Żadne przepisy bowiem nie wyznaczają ilości ofert, które mogłyby zostać uznane za wystarczające w przetargu, mowa jest natomiast o obowiązku zachowania zasad konkurencyjności i równego traktowania wszystkich potencjalnych wykonawców. Wykazanie rzeczywistej szkody jest jednak w przedmiotowej sprawie niemożliwe, gdyż naruszenie przez Beneficjenta przepisów pzp polegało na ograniczeniu możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym większej ilości oferentów (którzy mogliby złożyć korzystniejsze oferty niż ta, która została wybrana w postępowaniu), a nie na wybraniu przez Zamawiającego wykonawcy, który zaproponował mniej korzystne warunki niż inni mogliby zaproponować.

Bezspornym jest, iż Beneficjent swoim zachowaniem spowodował naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż naruszenie, którego dopuścił się Beneficjent, prowadzące do złamania podstawowych zasad pzp, tj. zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców, niewątpliwie wypełnia dyspozycję art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie zakwestionował posłужenie się przez IZ RPO WZ Taryfikatorem przy wymierzaniu korekty finansowej. Odnosząc się do powyższego zarzutu należy wskazać, iż obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 7 umowy o dofinansowanie. Zauważyć należy, jak wskazał WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 13.03.2013 r. (Sygn. akt ISA/Gd 131/13), iż postępowanie w przedmiocie zwrotu przez beneficjenta dofinansowania uzyskanego w związku z realizacją projektów w ramach RPO ma specyficzny charakter, bowiem zająbiają się tu elementy cywilnoprawne z elementami stosunku administracyjnego. W toku tych czynności dochodzi często do przenikania się i styku przepisów prawa cywilnego i administracyjnego. Z jednej bowiem strony umowa o dofinansowanie wskazuje na okoliczności obligujące beneficjenta do zwrotu środków w określonych sytuacjach, z drugiej o zwrocie tych środków, w przypadku braku dobrowolnego zwrotu po wezwaniu instytucji zarządzającej, orzeka się ostatecznie w drodze decyzji administracyjnej. Zobowiązanie ustalone tą decyzją podlega następnie egzekucji na podstawie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Dalej WSA podkreśla, iż postępowanie instytucji zarządzającej regionalnym programem operacyjnym w związku z wykryciem naruszenia procedur regulujących tryb wydatkowania środków pomocowych, z uwagi na jego specyfikę jest postępowaniem kilkuetapowym. Na poszczególnych jego etapach ma różny charakter. Wobec powyższego szereg czynności i aktów, podejmowanych przez ten organ w sprawie z zakresu administracji publicznej poprzedza wszczęcie we właściwym trybie postępowania administracyjnego sensu stricto zmierzającego do wydania decyzji administracyjnej w sprawie zwrotu określonej części uzyskanego dofinansowania. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych IZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Zatem postępowanie administracyjne, czyli władcze wkroczenie organu administracji publicznej następuje dopiero, jeśli Beneficjent dobrowolnie nie stosuje się do zaleceń i ustaleń kontrolujących. Takie stanowisko zajął WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 12.12.2010 r. (Sygn. akt I SA/Gd 1115/10) uznając, że momentem, kiedy na styku regulacji o charakterze cywilnoprawnym i administracyjno-prawnym dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego - jest moment, gdy organ podejmuje czynności o charakterze władczym (cechujące stosunek administracyjno-prawny), czyli podejmuje czynności zmierzające do wydania decyzji o zwrocie środków.

Zgodnie z § 9 ust. 7 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, na podstawie Taryfikatora określającego tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych. Zapisy Taryfikatora stosuje się zgodnie z treścią art. 98 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 w celu ustalenia charakteru i wagi nieprawidłowości (naruszenia prawa), natomiast korektę wkłada się w oparciu o wskazane w decyzji przepisy ufp oraz uzppr. Materialnoprawną podstawą ustalenia wysokości korekty stanowią zapisy Taryfikatora, który wprowadzając nie został włączony w system źródeł powszechnie obowiązującego prawa, jednak strony na mocy porozumienia umownego włączyły go do stosowania w ramach stosunku umownego. Beneficjent ubiegając się o dofinansowanie znał zasady i warunki jego przyznania i związane z tym konsekwencje prawne i zgodził się na stosowanie Taryfikatora podpisując umowę o dofinansowanie projektu. Treść zawartej umowy o dofinansowanie projektu, zmieniana aneksami, wskazuje, że skarżący umową tą poddał się w szczególności kontroli w zakresie prawidłowości realizacji projektu, obowiązkowi zwrotu dofinansowania

wykorzystanego niezgodnie z przeznaczeniem bez zachowania obowiązujących procedur lub pobranego w sposób nienależyty lub w nadmiernej wysokości. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego nadto przyjął ww. dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” (tzw. Taryfikator) w dniu 26.07.2010 r. uchwałą nr 1295/10 oraz jego aktualizację (Aneks nr 1) uchwałą nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r.

Mając na uwadze powyższe, kwestionowanie posłużenia się przez IZ RPO WZ Taryfikatorem przy wymierzaniu korekt finansowych jest zatem bezzasadne, bowiem obowiązek zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem pzp wynika wprost z umowy o dofinansowanie. IZ RPO WZ jest natomiast zobowiązana do odzyskania tych środków na mocy art. 207 ufp. Skoro w niniejszej sprawie stwierdzono naruszenie reguł wydatkowania środków poprzez naruszenie przepisów pzp, organ miał podstawy do wydania decyzji w trybie art. 207 ust. 1 ufp.

W związku z tym, iż Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy nie podnosi kwestii dotyczących pozostałych naruszeń, nie wnosząc przy tym nowych dowodów i wyjaśnień w sprawie, IZ RPO WZ nadmienia, iż podtrzymuje w całości stwierdzenie pozostałych naruszeń pzp oraz umowy o dofinansowanie ustalonych w trakcie czynności kontrolnych oraz w decyzji administracyjnej nr WWRPO/30/W/2013 z dnia 12.08.2013 r., gdzie wyczerpująco uzasadniono ustalenia IZ RPO WZ

Stosując zapisy Taryfikatora zastosowano korektę finansową odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- postępowania pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 0511Z Rusko – Malechowo” (naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 pzp, art. 29 ust. 2 pzp oraz art. 144 ust. 1 pzp) wobec umowy nr 80/09 z dnia 10.11.2009 r. nałożono łączną korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 5%, tj. 100 254,64 zł,
- postępowania pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad inwestycją pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo”” (naruszenie art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 25 ust. 1 pzp) wobec umowy nr 82/09 z dnia 18.11.2009 r. nałożono łączną korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 5%, tj. 797,40 zł,
- postępowania pn. „Roboty dodatkowe dotyczące przebudowy drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” (naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp) wobec umowy nr 73/10 z dnia 30.07.2010 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25%, tj. 46 073,63 zł

Ponadto w ramach dwóch postępowań tj. „Roboty dodatkowe zgodnie z protokołem konieczności z dnia 10.09.2010 r.” oraz pn. „Roboty dodatkowe niemożliwe wcześniej do przewidzenia przy realizacji inwestycji pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo” Beneficjent dopuścił się naruszenia § 9 ust. 5 umowy o dofinansowanie. Z uwagi na wykorzystanie środków z naruszeniem procedur, IZ RPO WZ uznała w całości poniesione wydatki za niekwalifikowalne. I tak w ramach:

- umowy nr 83/10 z dnia 24.09.2010 r. uznano za niekwalifikowalne wydatki w kwocie 54 656,48 zł. W związku z powyższym kwota do zwrotu wynosi 22 145,83 zł,
- umowy nr 120/10 z dnia 24.11.2010 r. uznano za niekwalifikowalne wydatki w kwocie 34 391,27 zł. W związku z powyższym kwota do zwrotu wynosi 13 934,73 zł.

Wobec ww. ustaleń, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, została przez IZ RPO WZ obliczona w wysokości: 147 125,67 zł, zaś kwotę do zwrotu w związku z uznaniem wydatków za niekwalifikowalne ustalono w wysokości 36 080,56 zł (łączna wartość 183 206,23 zł.). Powyższe kwoty zawierają należność główną wymaganą do zwrotu, tj. w przypadku korekty finansowej kwota w wysokości: 139 447,16 zł, zaś w przypadku wydatków niekwalifikowalnych kwotę w wysokości: 22 145,83 zł (łącznie wysokość 161 592,99 zł., które należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz środków, o które zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. w przypadku korekty finansowej kwota w wysokości: 7 678, 51 zł, zaś w przypadku wydatków niekwalifikowalnych kwotę w wysokości: 13 934,73 zł (łączna wartość 21 613,24 zł.).

Kwota 21 613,24 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone, natomiast decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. kwoty 161 592,99 zł wraz z odsetkami.

Mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie IZ RPO WZ utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję z dnia 12.08.2013 r. nr WWRPO/30/W/2013 nakazującą Beneficjentowi zwrot środków, które otrzymał na podstawie umowy nr UDA-RPZP.02.01.02-32-054/09-00 z dnia 29.08.2009 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0511Z Rusko-Malechowo”.

Plik:



[1]369.5 KB03-12-2013 decyzja administracyjna [1]

Informacje o stronie

Wprowadził(a)

Anna Jończyk

(3 grudnia 2013 13:15)

Opublikował(a)

Agata Tomczak-Mróz

(3 grudnia 2013 14:05)

Liczba odsłon

220

Adres URL źródła: <https://www.bip.wzp.pl/artikul/uchwala-nr-195313-zarzadu-wojewodztwa-zachodniopomorskiego>

Odnośniki:

[1] <https://www.bip.wzp.pl/sites/bip.wzp.pl/files/articles/article/40461/Powiat%20Slawie%27nski%20II.doc>