Uchwała Nr 2000/13 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego

Uchwała Nr 2000/13 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego

z dnia 03 grudnia 2013 r.

w sprawie podjęcia decyzji utrzymującej w całości w mocy decyzję administracyjną nr WWRPO/31/W/2013 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 12 sierpnia 2013 r. orzekającą zwrot części środków otrzymanych przez Beneficjenta, Miejski Zakład Komunikacji Sp. z o. o. w Koszalinie z siedzibą przy ul. Gnieźnieńskiej 9 w Koszalinie, w ramach umowynr UDA-RPZP.02.01.06-32-006/10-00 z dnia 5 lipca 2010 r. na realizację projektu pn. „Zakup autobusów".

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 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. t.j. ze zm.) w zw. z art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 3, art. 91 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 tekst jednolity, ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596. ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 t.j. ze. zm.)

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego uchwala, co następuje:

§ 1

1. Podejmuje się decyzję utrzymującą w całości w mocy decyzję administracyjną nr WWRPO/31/W/2013 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 12 sierpnia 2013 r. orzekającą zwrot części środków otrzymanych przez Beneficjenta, Miejski Zakład Komunikacji Sp. z o. o. w Koszalinie z siedzibą przy ul. Gnieźnieńskiej 9 w Koszalinie, w ramach umowy nr UDA-RPZP.02.01.06-32-006/10-00 z dnia 5 lipca 2010 r. na realizację projektu pn. „Zakup autobusów".
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 - Miejski Zakład Komunikacji Autobusowej w Koszalinie z siedzibą przy ul. Gnieźnieńskiej 9 w Koszalinie – w dniu 5 lipca 2010 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim, reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: u.z.p.p.r.) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-006/10-00 na realizację projektu pn. „Zakup autobusów".

IZ RPO WZ w dniach 10 września 2012 r. – 12 września 2012 r. przeprowadziła kontrolę doraźną ww. projektu. W toku przeprowadzonych czynności kontrolnych stwierdzono uchybienia w stosowaniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223 poz. 1655 t.j. ze zm., zwanej dalej: p.z.p.), w dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

I tak w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie dwóch autobusów niskopodłogowych" stwierdzono naruszenia:

- art. 91 ust. 3 p.z.p. - poprzez stosowanie kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (Zamawiający w rozdziale 13 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) w opisie kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wskazał, iż preferowane będą dwie marki autobusów (MAN, SCANIA) w celu unifikacji z posiadanym taborem, a także wskazał, iż preferowany będzie wykonawca, który ma umiejscowiony autoryzowany serwis na terenie Koszalina).
- art. 7 ust. 1 p.z.p. - poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców (Zamawiający zażądał, aby w autobusach jednostką napędową był silnik tego samego producenta co oferowany autobus, ponadto w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający zażądał, aby

wykonawcy wykazali się minimum czterema dostawami odpowiadającymi swoim zakresem i rodzajem przedmiotowi zamówienia, każda o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto, jak również Zamawiający nie dopuścił stosowania dodatków chemicznych w celu uzyskania normy Euro 5).

- art. 25 ust. 1 p.z.p. - poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania (Zamawiający żądał, aby w przypadku ubiegania się o udzielenia zamówienia wspólnie przez dwóch albo więcej wykonawców dokumenty wymienione w pkt 6 SIWZ tj. m.in.: oświadczenia wykonawców dotyczące art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 p.z.p. oraz polisa ubezpieczeniowa zostały złożone przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia). Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 5% .

- art. 29 ust. 3 p.z.p. – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych (Zamawiający opisał przedmiot zamówienia ze wskazaniem nazwy własnej, tj. opony MICHELIN).

Analogiczne naruszenia jak w przypadku ww. postępowania IZ RPO WZ stwierdziła także w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie ośmiu autobusów niskopodłogowych".

Pismem z dnia 20 listopada 2012 r. Beneficjent przekazał wyjaśnienia oraz uwagi, co do wyników przeprowadzonej kontroli.

Po dokonaniu szczegółowej analizy wyjaśnień przedstawionych przez Beneficjenta, IZ RPO WZ pismem z dnia 21 marca 2013 r., podtrzymała w całości swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie stwierdzonych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie dwóch autobusów niskopodłogowych" oraz pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie ośmiu autobusów niskopodłogowych" naruszeń art. 91 ust. 3 p.z.p., art. 25 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 3 p.z.p. szczegółowo je uzasadniając. Ponadto IZ RPO WZ utrzymała swoje stanowisko odnośnie stwierdzonego w ramach przedmiotowych postępowań naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. w zakresie żądania przez Zamawiającego, aby w autobusach jednostką napędową był silnik tego samego producenta co oferowany autobus, jak również w zakresie nie dopuszczenia przez Zamawiającego stosowania dodatków chemicznych w celu uzyskania normy Euro 5. Niemniej jednak IZ RPO WZ uznała za wystarczające wyjaśnienia Beneficjenta w zakresie dotyczącym naruszenia ww. art. poprzez żądanie od wykonawców, aby wykazali się minimum czterema dostawami odpowiadającymi swoim zakresem i rodzajem przedmiotowi zamówienia, każda o wartości co najmniej 1 500 000,00 zł brutto.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt i wykorzystał środki przekazane na ten cel z naruszeniem procedur obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwane dalej RPO WZ), IZ RPO WZ pismem z dnia 2 kwietnia 2013 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu nienależnie pobranych środków w łącznej kwocie 178 416,88 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków. Ponadto IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta, że w trakcie czynności kontrolnych stwierdzono również, iż wydatki objęte fakturami 038/12/B, 039/12/B, 040/12/B, 041/12/B, ujęte we wniosku o płatność końcową nr WNP-RPZP.02.01.06-32-006/10-13, zostały także poniesione z naruszeniem procedur, w związku z czym nałożono dodatkowo korektę finansową w wysokości 123 287,48 zł, o którą miała zostać pomniejszona płatność końcowa w projekcie.

W odpowiedzi na powyższe Beneficjent pismem z dnia 11 kwietnia 2013 r. wyraził zgodę na potrącenie z kwoty dofinansowania kwot 178 416,88 zł oraz 123 287,48 zł, a także odsetek jak dla zaległości podatkowych wyliczonych na dzień 19 grudnia 2012 r. w wysokości 38 630,00 zł, jednocześnie nie wyrażając zgody na potrącenie dalszych odsetek. W uzasadnieniu swojego stanowiska Beneficjent wskazał, iż w związku z podpisaniem aneksu nr UDA-RPZP.02.01.06-32-006/10-04 z dnia 19 grudnia 2012 r. do umowy o dofinansowanie, IZ RPO WZ zatrzymała kwotę 385 390,37 zł z końcowego wniosku o płatność. Wobec tego, zdaniem Beneficjenta, kluczowym jest ustalenie jaki charakter ma zatrzymanie przez IZ RPO WZ części płatności, tj. czy doszło do spełnienia świadczenia przez stronę, czy też do zabezpieczenia ewentualnych roszczeń IZ RPO WZ w trybie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz. 749 tekst jednolity ze zm.).

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień IZ RPO WZ pismem z dnia 13 maja 2013 r. poinformowała Beneficjenta, iż nie doszło do zatrzymania kwoty zobowiązania, a do wcześniejszej wypłaty środków z tytułu płatności końcowej, szczegółowo uzasadniając swoje stanowisko.

Z uwagi na upływ terminu wskazanego w wezwaniu i wyrażenie przez Beneficjenta zgody jedynie na potrącenie kwoty należności głównej wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych liczonymi do dnia 19 grudnia 2012 r., z dniem 22 kwietnia 2013 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków pozostających do zwrotu na rzecz IZ RPO WZ z tytułu płatności otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-006/10-00.

W trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego do IZ RPO WZ wpłynęło pismo Dyrektora Departamentu Ochrony Interesów Finansowych Unii Europejskiej w Ministerstwie Finansów informujące, iż Komisja Europejska, po analizie rocznego sprawozdania audytowego oraz rocznej opinii z audytu za 2012 rok, uznała iż za naruszenia, których dopuścił się Beneficjent należy zastosować korektę finansową na poziomie 25% (dot. niezgodności z prawem kryterium oceny oraz dyskryminującej definicji przedmiotu umowy). Audytorzy Komisji wskazali, że najniższa możliwa stawka korekty finansowej zaproponowana przez Instytucję Audytową (5%) jest nieproporcjonalna do powagi naruszenia.

Pismem z dnia 8 lipca 2013 r., IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta, iż za wykryte w wyniku przeprowadzonej kontroli naruszenia nałożona zostaje łączna korekta finansowa w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (zamiast pierwotnie ustalonej na poziomie 5%). Jednocześnie IZ RPO WZ wezwała beneficjenta do zwrotu środków wydatkowanych z naruszeniem procedur w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.Kwotę do odzyskania ustalono w wysokości 1 508 521,84 zł, z czego Beneficjent zobowiązany został do zwrotu kwoty 1 122 931,47 zł, zaś kwota w wysokości 385 590,37 zł pomniejszy płatność końcową w projekcie (na które to pomniejszenie nie jest wymagana zgoda Beneficjenta). IZ RPO WZ wskazała, iż w związku ze stwierdzeniem, że wydatki objęte fakturami nr: 038/12/B, 039/12/B, 040/12/B, 041/12/B, ujęte we wniosku o płatność końcową nr WNP-RPZP.02.01.06-32-006/10-13, także zostały poniesione z naruszeniem p.z.p., nałożono korektę finansową w wysokości 616 437,40 zł (w oparciu o wskaźnik na poziomie 25%). W związku z faktem, że z wniosku o płatność końcową nie można potrącić ww. kwoty w pełnej wysokości (z uwagi na niewystarczającą ilość środków), jedynie kwota w wysokości 385 590,37 zł pomniejszy płatność końcową w projekcie (pozostała kwota, tj. 230 847,03 zł została ujęta w kwocie 1 122 931,47 zł, do zwrotu której został wezwany Beneficjent).

W dniu 12 sierpnia 2013 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję nr WWRPO/31/W/2013 orzekającą zwrot od Beneficjenta Miejskiego Zakładu Komunikacji Autobusowej w Koszalinie z siedzibą przy ul. Gnieźnieńskiej 9 w Koszalinie, części środków otrzymanych w ramach RPO WZ, na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-006/10-00 na realizację projektu pn. „Zakup autobusów".

Beneficjent pismem z dnia 29 sierpnia 2013 r. wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy rozstrzygniętej przedmiotową decyzją.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, Beneficjent zarzucił IZ RPO WZ wydanie decyzji z naruszeniem:

- art. 207 ust. 2, 9 i 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885. t.j. ze zm., zwana dalej u.f.p.) poprzez błędne uznanie, iż po złożeniu oświadczenia woli w oparciu o art. 207 ust. 8 u.f.p., możliwe jest nałożenie dodatkowej korekty;

- art. 207 ust. 10 u.f.p. poprzez błędną wykładnię normy prawnej, iż złożenie oświadczenia woli o zgodzie na potrącenie nie kończy postępowania w sprawie zwrotu środków, a roszczenie IZ RPO WZ nie wygasa;

- art. 61 § 1 i 4 w zw. z art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 t.j. ze.

zm., zwany dalej k.p.a.) poprzez wydanie decyzji administracyjnej w sprawie, która nie była przedmiotem postępowania administracyjnego, albowiem postępowania zostało wszczęte w przedmiocie zwrotu odsetek od dnia 20 grudnia 2012 r., a nie w przedmiocie zwrotu środków finansowych;

- art. 9 k.p.a. poprzez nie zawarcie w piśmie z dnia 8 lipca 2013 r. wzywającym do zwrotu środków w wymiarze 25% podstawy prawnej, natomiast obowiązkiem organu jest informowanie strony o okolicznościach faktycznych i prawnych;
- art. 184 u.f.p. w zw. z art. 91 ust. 3 p.z.p. poprzez błędne uznanie, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przedmiotowego artykułu;
- art. 184 u.f.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez błędne uznanie, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przedmiotowego artykułu;
- art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (zwanego dalej rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006) poprzez uznanie, iż wskazane w decyzji naruszenia stanowią kwalifikowany przypadek naruszenia ustawy p.z.p. i uzasadniają nałożenie korekty;
- art. 62 ust. 1 lit d ppkt. (I) rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 w zw. z art. 35 lit. d u.z.p.p.r. poprzez przyjęcie – wbrew opinii Instytucji Audytowej, iż za wskazane naruszenia konieczne jest nałożenie korekty w wysokości 25%;
- art. 165 p.z.p. oraz art. 60 lit. b rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 poprzez przekroczenie kompetencji związanych z ustaleniem czy w ramach przeprowadzonego postepowania przetargowego doszło do naruszenia ustawy p.z.p. albowiem jedynym organem krajowym właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych;
- art. 26 ust. 1 pkt 15 a u.z.p.p.r. poprzez błędne przyjęcie, iż nałożenie korekty finansowej w oparciu o Taryfikator jest dopuszczalne, albowiem Taryfikator nie może stanowić samoistnej podstawy prawnej do dokonywania korekt;
- art. 105 k.p.a. poprzez jego niezastosowanie;
- art. 481 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny(Dz.U.z 1964 r., nr 16, poz.93 ze zm., zwanej dalej k.c.) poprze błędne uznanie, iż skoro doszło do wcześniejszej wypłaty środków to strona pozostawała w opóźnieniu;

wnosząc o uchylenie przedmiotowej decyzji oraz umorzenie postepowania administracyjnego jako bezprzedmiotowego. Ponadto Beneficjent wniósł o przeprowadzenie dowodów z załączonych dokumentów.

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.

Jednym z zarzutów, na których Beneficjent oparł wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, jest zarzut braku podstaw do nałożenia korekty finansowej w oparciu o wskaźnik na poziomie 25%, z uwagi na fakt, iż w opinii Beneficjenta postępowanie w sprawie nałożenia korekty z chwilą wyrażenia zgody na potrącenie kwoty należności głównej odpowiadającej 5% zostało zakończone.

IZ RPO WZ nie podziela stanowiska Beneficjenta. Dla wyjaśnienia, organ wskazuje, iż w myśl art. 207 ust. 8 u.f.p., w przypadku stwierdzenia okoliczności, o których mowa w ust. 1, instytucja, która podpisała umowę z Beneficjentem wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. W analizowanej sprawie z uwagi na wystąpienie przesłanki, o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p., pismem z dnia 2 kwietnia 2013 r., Beneficjent został wezwany do zwrotu środków. Z uwagi na niezwrócenie całej kwoty podlegającej zwrotowi (Beneficjent nie wyraził zgody na potrącenie kwoty odsetek liczonych od dnia 20 grudnia 2012 r.), IZ RPO WZ zobowiązana była wszcząć postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu pozostałej kwoty. Podkreślić należy, iż w myśl art. 207 ust. 9 u.f.p. po bezskutecznym upływie terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, Instytucja Zarządzająca wydaje decyzję, w której określa kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków. Z tego przepisu wynika, iż w decyzji wydawanej w trybie art. 207 u.f.p. organ nie tylko zobowiązuje Beneficjenta do zwrotu, ale właśnie określa kwotę przypadającą do zwrotu – a w tym wypadku kwotę korekty. Obowiązek nakładania korekt w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami w projektach wynika wprawdzie z art. 98 Rozporządzenia 1083/2006, jednak przepis ten należy odczytywać łącznie z art. 27 lit b Rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, który wyjaśnia definicję „wstępnego ustalenia administracyjnego lub sądowego". Według przywołanego przepisu wstępnym ustaleniem administracyjnym jest wstępna ocena pisemna wykonana przez właściwy podmiot administracyjny lub sądowy stwierdzająca, na podstawie konkretnych faktów, istnienie nieprawidłowości, bez uszczerbku dla możliwości późniejszego skorygowania lub wycofania wniosku dotyczącego istnienia nieprawidłowości w następstwie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania administracyjnego lub sądowego. Powyższe oznacza, że IZ RPO WZ powinna wskazać Beneficjentowi wysokość korekty finansowej w informacji pokontrolnej, a następnie w wezwaniu do zwrotu, co stanowi wstępne ustalenie administracyjne. Natomiast w związku z tym, że ustawodawca polski ustanowił tryb zwrotu środków wykorzystanych niezgodnie z przeznaczeniem w u.f.p. to wstępne ustalenie administracyjne poczynione przez IZ RPO WZ podlega następnie kontroli w trakcie postępowania administracyjnego prowadzonego w trybie art. 207 u.f.p. i kontroli sądowej (tak również WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyr. z dn. 29.05.2013r., II SA/Go 122/13). Zatem analiza powyższych przepisów prowadzi do wniosku, iż w ramach postępowania administracyjnego prowadzonego w trybie art. 207 u.f.p., IZ RPO WZ ma możliwość odmiennego, od wskazanego w wezwaniu do zwrotu, określenia kwoty podlegającej zwrotowi. Jak bowiem wskazał ustawodawca, organ dysponuje uprawnieniem do skorygowania (czy nawet cofnięcia) wniosku dotyczącego istnienia nieprawidłowości w następstwie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania administracyjnego.

W analizowanej sprawie, właśnie w trakcie kontroli wstępnego ustalenia administracyjnego, tj. podczas prowadzonego postępowania administracyjnego, IZ RPO WZ ustaliła, iż zaproponowana stawka korekty finansowej (tj. w oparciu o wskaźnik na poziomie 5 %) jest nieproporcjonalna do powagi, liczby, charakteru naruszeń, w związku z czym podjęła decyzję o nałożeniu korekty finansowej w oparciu o wskaźnik na poziomie 25 %. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ zobowiązana była do korekty ww. wstępnego ustalenia administracyjnego. Mając na względzie brzmienie art. 207 ust. 8 u.f.p. jak również fakt, iż organy administracji publicznej są obowiązane do należytego i wyczerpującego informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego, IZ RPO WZ pismem z dnia 8 lipca 2013 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wyższej wysokości. Podkreślić należy, iż wbrew opinii Beneficjenta, analizowany przepis art. 207 u.f.p. nie wyłącza możliwości ponownego wezwania Beneficjenta do zwrotu środków już po wszczęciu postępowania administracyjnego w tym przedmiocie. Niewątpliwie natomiast, ustanawia wymóg doręczenia Beneficjentowi wezwania do zwrotu środków w zakreślonym wyżej terminie jeszcze przed wydaniem decyzji określającej przypadającą do zwrotu kwotę, termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków. IZ RPO WZ zaznacza, iż sprzecznym z przepisami prawa byłoby ponowne wysyłanie zawiadomienia o wszczęciu postępowania administracyjnego, albowiem za niedopuszczalną należy uznać sytuację, aby toczyły się równocześnie dwa postępowania administracyjne dotyczące tych samych naruszeń. Niedopuszczalnym byłoby także umorzenie przedmiotowego postępowania i wszczęcie kolejnego.

Z uwagi na przedstawione w niniejszej decyzji rozważania bezpodstawnym jest wskazany przez Beneficjenta zarzut naruszenia art. 105 k.p.a.

poprzez jego niezastosowanie, albowiem analiza przepisów prawa jak również stanu faktycznego sprawy, prowadzi do wniosku, iż IZ RPO WZ miała pełne prawo do wydania skarżonej decyzji.

IZ RPO WZ wyjaśnia także, iż analiza przepisów Rozporządzenia Rady 1086/2006 oraz przepisów u.f.p., prowadzi do wniosku, iż bez znaczenia pozostaje fakt, iż IZ RPO WZ w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania administracyjnego z dnia 24 kwietnia 2013 r. wskazała, iż postępowanie administracyjne zostało wszczęte w przedmiocie zwrotu pozostałych odsetek (tj. od dnia 20 grudnia 2012 r.), albowiem ww. zawiadomienie oparte było na wstępnym ustaleniu administracyjnym. Analiza sprawy, doprowadziła do konieczności zmiany wysokości kwoty dochodzonego zwrotu. Z uwagi na powyższe, IZ RPO WZ pismem z dnia 8 lipca 2013 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wyższej wysokości w ramach toczącego się postępowania, szczegółowo informując Beneficjenta o przyczynie podjętych działań. Zatem ww. pismo informowało Stronę o przyczynach zmiany zakresu prowadzonego postępowania, jak również wypełniało dyspozycję art. 207 u.f.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 k.p.a. oraz art. 9 k.p.a. poprzez nie wskazanie przez IZ RPO WZ w oparciu o jakie przepisy działała wzywając Beneficjenta do zwrotu wyższej kwoty, IZ RPO WZ podkreśla, iż powyższe nie miało wpływu na wynik sprawy. W piśmie z dnia 8 lipca 2013 r., organ poinformował Stronę o przyczynie podjętych działań. Co więcej wskazać należy, iż IZ RPO WZ w ramach całego postępowania, umożliwiła Beneficjentowi realizację uprawnień procesowych określonych przepisami k.p.a., polegających na podejmowaniu czynności mających wpływ na ustalenie stanu faktycznego i prawnego sprawy administracyjnej, informując go o wszczęciu postępowania, zapewniając mu możliwość wypowiedzenia się oraz zgłoszenia żądań i wniosków dowodowych (również po otrzymaniu drugiego wezwania do zwrotu z dnia 8 lipca 2013 r.) przed wydaniem decyzji oraz w trakcie postępowania. Od początku postępowania strona aktywnie podejmowała obronę swoich praw, kierując do organu pisma wyjaśniające oraz wnioski, a także uczestnicząc w spotkaniach w siedzibie organu. Nadto dnia 12 lipca 2013 r. Beneficjent skorzystał z prawa do przejrzenia akt sprawy, zapoznając się wnikliwie ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Zatem należy podkreślić, iż IZ RPO WZ poprzez swoje działanie bądź zaniechanie nie doprowadziła do ograniczenia prawa strony do podejmowania czynności procesowych mających wpływ na ustalenie stanu faktycznego i prawnego sprawy administracyjnej, jak również w pełnym zakresie zrealizowała obowiązek informowania strony o którym mowa w art. 9 k.p.a. Ponadto w piśmie z dnia 19 lipca 2013 r. Strona przedłożyła wyjaśnienia, co do prowadzonego postępowania podejmując tym samym obronę swoich praw. Zatem IZ RPO WZ nie podziela stanowiska Beneficjenta, iż fakt rzekomego nie poinformowania strony o zmianie zakresu prowadzonego postępowania (z czym organ się nie zgadza z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej) uniemożliwiło jej podejmowanie czynności procesowych mających wpływ na ustalenie stanu faktycznego i prawnego sprawy administracyjnej. IZ RPO WZ mając na względzie fakt, iż organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy, wnikliwie zapoznała się z pismami Beneficjenta, analizując zasadności podniesionych w nim zarzutów, a następnie na podstawie całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wydała decyzję nr WWRPO/31/W/2013.

Mając powyższe na uwadze, nie należy się także zgodzić z zarzutem Beneficjenta, iż wyjaśnienie przez organ wątpliwości wskazanych w piśmie Beneficjenta z dnia 19 lipca 2013 r. co do zastosowanej przez IZ RPO WZ procedury dopiero w decyzji administracyjnej należy uznać za spóźnione, a tym samym niezgodne z prawem. Organ potraktował powyższe pismo jako kolejne wyjaśnienia w sprawie, które wziął pod uwagę podczas wydawania decyzji administracyjnej. Wskazać należy, iż organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej (art. 104 § 1 k.p.a.). Bezcelowym byłoby odnoszenie się do poszczególnych zarzutów w trakcie prowadzonego postępowania. To w decyzji administracyjnej organ wskazuje fakty, które uznał za udowodnione, dowody, na których się oparł, a także przyczyny, z powodu których innym dowodom odmówił mocy dowodowej oraz wyjaśnia podstawę prawną decyzji z przytoczeniem przepisów, które zadecydowały o treści decyzji.

Ponadto IZ RPO WZ nie podziela stanowiska Strony, iż postępowanie w sprawie nałożenia korekty z chwilą wyrażenia zgody na potrącenie kwoty należności głównej odpowiadającej 5% zostało zakończone, bowiem zobowiązanie wygasło. Z uwagi na konieczność dokonania korekty wstępnego ustalenia administracyjnego, IZ RPO WZ była zobligowana przepisami prawa do ponownego wezwania Beneficjenta do zwrotu. Zatem nie należy się zgodzić z opinią Beneficjenta, iż postępowanie zostało zakończone.

Podsumowując powyższe wskazać należy, iż IZ RPO WZ była uprawniona do zmiany wysokości korekty w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego. Nie należy zatem zgodzić się ze stanowiskiem Beneficjenta, iż wydano decyzję administracyjną w sprawie, która nie była przedmiotem postępowania administracyjnego.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy IZ RPO WZ poniżej wskazuje co następuje.

W ramach postępowań pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie dwóch autobusów niskopodłogowych" oraz pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie ośmiu autobusów niskopodłogowych" stwierdzono naruszenia art. 91 ust. 3 p.z.p. poprzez stosowanie kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, albowiem Zamawiający w rozdziale 13 SIWZ w opisie kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wskazał, iż preferowane będą dwie marki autobusów (MAN, SCANIA) w celu unifikacji z posiadanym taborem, a także wskazał, iż preferowany będzie wykonawca, który ma umiejscowiony autoryzowany serwis na terenie Koszalina. We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent zaznaczył, iż preferowanie oznaczonych marek oznacza preferowanie określonych produktów, które z punktu widzenia Zamawiającego zarządzającego dużą flotą autobusową było wyjątkowo istotne. W opinii Beneficjenta IZ RPO WZ błędnie oceniła zapisy dotyczące kryteriów, albowiem nie wzięła pod uwagę celu, któremu miały one służyć. Beneficjent wyjaśnia, iż wprowadzenie powyższego kryterium nie było w żaden sposób związane z oceną potencjalnego wykonawcy, ale było związane z koniecznością unifikacji taboru. Strona wskazywała, iż z punktu widzenia ekonomiki zarządzania przedsiębiorstwem unifikacja taboru ma podstawowe znaczenie, albowiem przekłada się na zakres ekonomiczno-organizacyjnej obsługi taboru. Beneficjent stoi na stanowisku, iż zastosowane kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia, bowiem przy ustalaniu kryteriów nie były brane pod uwagę właściwości podmiotowe potencjalnych wykonawców, ale określone ich produkty związane z konkretnymi celami Zamawiającego. Nie należy zgodzić się z przytoczoną powyżej argumentacją Beneficjenta. Dla wyjaśnienia w pierwszej kolejności IZ RPO WZ wskazuje, iż najkorzystniejsza oferta jest rozumiana przez p.z.p. jako oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną (por. art. 2 pkt. 5 p.z.p.). Z ustawy wynika więc, że zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji, czy w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako jedyne kryterium oceny ofert będzie stosowane kryterium ceny, czy też oprócz ceny będą brane pod uwagę także inne kryteria oceny ofert. Przykładowe wyliczenie kryteriów zostało zamieszczone w przepisie art. 91 ust. 2 p.z.p., w myśl którego kryteriami mogą być cena albo cena i inne odnoszące się do przedmiotu zamówienia kryteria: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, koszty eksploatacji, serwis, itp. Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jednak z uwagi na konieczność zapewnienia, aby odnosiły się one do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p., w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r. (C-448/01)8 Europejski Trybunał Sprawiedliwości stanął na stanowisku, iż przyjęte kryteria (oceny) powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania. Należy zauważyć, że chociaż Zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak nie mogą one być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Co do zasady, inne niż cena kryteria oceny ofert generalnie nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a zwłaszcza jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 p.z.p.). Oznacza to, że Zamawiający nie może formułować takich kryteriów oceny ofert, które w istocie odnoszą się do podmiotowej oceny wykonawców. W tym zakresie bowiem mamy zatem do czynienia z ograniczeniem swobody Zamawiającego co do możliwości swobodnego kształtowania i określania kryteriów oceny ofert. Taką właściwością podmiotową danego wykonawcy jest niewątpliwie określenie nazwy własnej (marki) produktu, który wykonawca ten oferuje. W analizowanej sprawie w ramach drugiego, obok ceny, kryterium oceny ofert (właściwości techniczno - eksploatacyjne - unifikacja z użytkowanym przez Zamawiającego taborem nowej generacji z 100% niską podłogą - ranga kryterium - 25%) Zamawiający przewidział 40 punktów (na 100 możliwych do uzyskania w ramach podkryterium) dla wykonawcy, który zaoferuje pojazd marki MAN lub

SCANIA będący w posiadaniu Zamawiającego i 0 punktów dla wykonawcy, który nie zaoferuje pojazdu o wskazanej marce. Powyższe budzi zastrzeżenia zarówno z punktu widzenia właściwego ukształtowania kryterium oceny ofert, jak i z uwagi na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyjaśnienia Beneficjenta, iż zastosowane kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia, bowiem przy ustalaniu kryteriów nie były brane pod uwagę właściwości podmiotowe potencjalnych wykonawców, ale określone ich produkty związane z konkretnymi celami Zamawiającego uznać należy za niewystarczające dla uzasadnienia faworyzowania określonej marki w ramach znaczącego kryterium oceny ofert. IZ RPO WZ ponownie podkreśla (o czym już była mowa w decyzji nr WWRPO/31/W/2013), iż unifikacja taboru Zamawiającego jest ważnym czynnikiem zapewniającym prawidłowe funkcjonowanie przedsiębiorstwa przewozowego. Jednakże zasadniczym celem przeprowadzonego postępowania na dostawę autobusów było zasilenie taboru nowymi pojazdami o określonych parametrach jezdnych i technicznych. Kwestia wieloletniego doświadczenia Zamawiającego w obsłudze autobusów marki MAN i SCANIA oraz kryteria ekonomiczne (jak podał Beneficjent w wyjaśnieniach tabor składający się z mniejszej różnorodności marek jest łatwiejszy i tańszy w obsłudze) nie stanowią wystarczającej podstawy dla faworyzowania tych marek w ramach kryterium oceny ofert. Przyznawanie przez Zamawiającego dodatkowej ilości punktów za zaoferowanie przez wykonawcę pojazdu konkretnej marki (MAN, SCANIA) nie może być zaakceptowane, gdyż może prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu wykraczającym ponad potrzeby Zamawiającego. Ponadto odnosząc się do dołączonego przez Beneficjenta hipotetycznego zestawienia na okoliczność, iż firmy inne niż SCANIA i MAN mogły konkurować z tymi firmami i wygrać przetarg, IZ RPO WZ wskazuje, iż jak sam Beneficjent zaznaczył, jest to jedynie zestawienie hipotetyczne. Beneficjent nie jest w stanie w chwili obecnej przewidzieć, czy w przypadku złożenia ofertę przez inną firmę (niż MAN czy SCANIA), to ich oferta nie zostałaby odrzucona.

W tym miejscu należy dodać, iż w ramach kryterium oceny ofert (warunki gwarancji i serwisu - umiejscowienie autoryzowanego serwisu danej marki - ranga kryterium - 10%) Zamawiający przewidział dodatkowo maksymalnie 10 punktów dla wykonawcy, który zaoferuje serwis na terenie miasta Koszalin oraz 0 punktów dla wykonawcy, który zaoferuje serwis poza miastem Koszalin. Organ podkreśla, iż za niedopuszczalne uznaje się posługiwanie się kryterium oceny ofert odnoszącym się w zasadzie do odległości siedziby wykonawcy (jego punktu serwisowego) od np. siedziby Zamawiającego. W tym bowiem przypadku kryterium zostaje oderwane od przedmiotu zamówienia i dotyczy bezpośrednio podmiotowych właściwości wykonawcy. Ilość punktów serwisowych oraz odległość pomiędzy nimi a siedzibą Zamawiającego (miejscem lokalizacji przedmiotu objętego usługą serwisową) nie musi przekładać się na szybkość reakcji serwisu lub jego dostępność dla Zamawiającego. Wykonawca może bowiem zorganizować swoją działalność w przedmiocie serwisu w taki sposób, iż zapewni wymaganą przez zamawiającego jego dostępność oraz czas reakcji, niezależnie od tego nawet, czy posiada jakikolwiek punkt serwisowy, nie mówiąc już o tym, w jakiej ilości i gdzie te punkty się znajdują. W konsekwencji, wykonawca mający punkt serwisowy położony w mniejszej odległości od siedziby Zamawiającego nie musi wcale zapewnić większej dostępności i szybszego czasu reakcji serwisu od wykonawcy zlokalizowanego lub posiadającego punkt serwisowy w dalszej odległości (np. 20 km od Koszalina). Decydujące znaczenie ma więc właściwa organizacja swej działalności przez wykonawcę. Tak więc, oparte o błędne założenie jest konstruowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do serwisu, a dotyczącego odległości punktu serwisowego od siedziby Zamawiającego. W związku z powyższym, posługiwanie się kryterium odległości serwisu od siedziby Zamawiającego przy ocenie ofert nie służy celowi wyboru oferty najkorzystniejszej. Może natomiast powodować przypadkowe faworyzowanie albo dyskryminowanie wykonawców w oparciu o nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia wymaganie. Przyznanie przez Zamawiającego znaczenia kryterium 10% i ilości punktów – 10 jest nieadekwatne do wskazanych przez Zamawiającego w wyjaśnieniach korzyści ekonomicznych, jakie zamierzał osiągnąć preferując wskazane marki autobusów.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyznawanie przez Zamawiającego dodatkowej ilości punktów za zaoferowanie przez wykonawcę pojazdu konkretnej marki (MAN, SCANIA) jak również fakt preferowania wykonawców, którzy mają umiejscowiony autoryzowany serwis na terenie Koszalina, nie zasługuje na uwzględnienie z punktu widzenia uzasadnionych interesów Zamawiającego oraz może prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu wykraczającym ponad potrzeby Zamawiającego.

W ramach postępowań pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie dwóch autobusów niskopodłogowych” oraz pn. „Dostawa dla MZK Spółki z o.o. w Koszalinie ośmiu autobusów niskopodłogowych” stwierdzono naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców. Zamawiający zażądał, aby w autobusach jednostką napędową był silnik tego samego producenta co oferowany autobus, ponadto Zamawiający nie dopuścił stosowania dodatków chemicznych w celu uzyskania normy Euro 5. Odnosząc się do powyższych nieprawidłowości, Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zarzucił IZ RPO WZ naruszenie art. 184 u.f.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez błędne uznanie, iż doszło do naruszenia przedmiotowego przepisu, wskazując, iż w innych przetargach mających miejsce w Polsce w badanym roku, uzyskiwane ceny autobusów były wyższe mimo, że nie został postawiony warunek, by silnik był tego samego producenta co pojazd. W ocenie Beneficjenta powyższy zapis przełożył się na uzyskaną cenę albowiem firmom zależy na sprzedaży swoich silników, a zakup silników od innych producentów może potencjalnie podnieść koszty zakupów. Zdaniem Strony analiza rynku wskazuje, iż powyższy zapis nie ma wpływu dla konkurencji, gdyż na rynku jest odpowiednia ilość marek proponujących silnik i autobus tego samego producenta jak i firm, które nie proponują takich rozwiązań.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż nieuzasadniona preferencja polegająca na udzieleniu dodatkowych punktów dostawcy autobusów, będącemu jednocześnie producentem silnika narusza zasadę uczciwej konkurencji godząc w sporą grupę wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia polegającego na dostawie autobusów, a nie będących producentami silników. Wskazać należy, iż warunku, aby "oferowany autobus posiadał silnik tego samego producenta co marka autobusu” nie spełnią tacy znani producenci autobusów, jak: SOLARIS BUS & COACH, AUTOSAN czy NEOPLAN, zatem ww. zostali już na wstępie pozbawieni realnej możliwości konkurowania o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Element autobusu jakim jest silnik jest na tyle specyficznym i zaawansowanym technologicznie komponentem, ze jego produkcją z powodzeniem zajmują się podmioty, które specjalizują się w takiej działalności. Zjawiskiem powszechnym w motoryzacji jest produkcja przez niezależny podmiot silników na potrzeby pojazdów osobowych, autobusów, samolotów itp. Niektórzy z producentów silników są rzeczywiście jednocześnie producentami całych pojazdów przy czym zależy to wyłącznie od strategii rynkowej i polityki kosztowej producenta. W żadnej zaś mierze nie można uznać jakiejkolwiek wyższości technologicznej autobusu dostarczanego przez producenta będącego jednocześnie producentem silników. Stosowanie zespołów napędowych różnych producentów nie może i nie ma wpływu na jakość końcową produktów. Montowanie przez producenta autobusów silnika własnej marki nie powoduje, że pojazd produkowany przez takiego producenta jest pojazdem o lepszej jakości niż pojazdy tych producentów, którzy stosują silniki innej marki.

Ponadto w opinii IZ RPO WZ nie można całkowicie zakazać stosowania dodatków chemicznych w celu uzyskania normy Euro 5. Jak słusznie wskazano w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - przykłady i zastosowanie”, właściwym postępowaniem Zamawiającego, nie naruszającym zasad uczciwej konkurencji, winno być takie zastosowanie kryteriów oceny ofert w którym oceniany byłby sposób uzyskania normy emisji spalin Euro 5 (na przykład bez dodatków chemicznych i związanych z tym czynności obsługowych - 15 punktów, natomiast z zastosowaniem dodatków chemicznych i związanych z tym czynnościami obsługowymi - 0 punktów). W przeprowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, stawiając powyższy warunek, Zamawiający w sposób istotny ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, tym samym utrudnił uczciwą konkurencję.

IZ RPO WZ wskazuje, iż art. 7 ust. 1 p.z.p. statuuje fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania tej zasady na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego wyrazem jest jej rozwinięcie w dalszych przepisach ustawy w art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1, 3 i 4 oraz art. 90. Zamawiający obowiązany jest przestrzegać nie tylko powołane przepisy, ale także przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 j.t. ze zm.)

W przeprowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego doszło również do naruszenia przez Beneficjenta art. 25 ust.1 p.z.p., z

uwagi na żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający żądał, aby w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia wspólnie przez dwóch lub więcej wykonawców dokumenty wymienione w punkcie 6 SWIZ (tj. m. in.: oświadczenia wykonawców dotyczące art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 pzp oraz opłaconą polisę ubezpieczeniową) muszą złożyć wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, (o czym była mowa w decyzji nr WWRPO/31/W/2013) iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszyscy członkowie konsorcjum, czy też wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, co do zasady winni przedłożyć dokumenty potwierdzające, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 p.z.p. Podobnie sytuacja wygląda, gdy rzecz dotyczy dokumentów wskazanych w rozporządzeniu PRM, które każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum winien przedłożyć Zamawiającemu. Odmiennie natomiast niż w przypadkach wskazanych powyżej, wygląda sytuacja w przypadku art. 22 p.z.p., który nakłada obowiązek przedłożenia niezbędnych i wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, a dotyczących m.in.: dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, gdyż dokumenty te członkowie konsorcjum składają łącznie (np. każdy z nich może złożyć jeden z wymaganych dokumentów lub wszystkie dokumenty może złożyć jeden z konsorcjantów itp.). Kumulacji w ramach konsorcjum podlegać będzie również potencjał finansowy i ekonomiczny, o którym wspomina art. 22 ust. 1 pkt 4 p.z.p., z tym wszakże zastrzeżeniem, iż zasada ta nie dotyczy elementów, które są integralną częścią konsorcjanta, a tym samym nie mogą dotyczyć innych członków konsorcjum (np. sprawozdanie finansowe, raport finansowy). Wobec powyższego, żądanie przez Zamawiającego, zgodnie z którym dokumenty wymienione w punkcie 6 SIWZ (m.in.: oświadczenia wykonawców dotyczące art. 22 ust. 1 pkt. 1, 2, 3, 4 p.z.p. oraz polisa ubezpieczeniowa) muszą złożyć wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj., należy uznać za naruszające przepis art. 25 ust. 1 p.z.p.

W przeprowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Beneficjent dopuścił się także naruszenia art. 29 ust. 3 p.z.p., opisując przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia ze wskazaniem nazwy własnej, tj.: opony MICHELIN. W ocenie IZ RPO WZ, nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający w przeprowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego posłużył się odpowiednimi, oczekiwanymi parametrami opon lub chociażby wskazał na akceptowalność produktów równoważnych, a nieIZ RPO WZ wskazuje, iż Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy nie wskazał żadnych zarzutów dotyczących stwierdzonych przez IZ RPO WZ w ramach przedmiotowych postępowań naruszeń art. 25 ust. 1 p.z.p. oraz 29 ust. 3 p.z.p, godząc się z ustaleniami IZ RPO WZ poczynionymi w tym zakresie.

Kolejnym zarzutem, na którym Beneficjent oparł wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, jest zarzut braku uprawnienia do ustalania na gruncie prawa krajowego, czy przy realizacji projektu doszło do naruszenia ustawy p.z.p. Beneficjent przytaczając wyrok WSA w Poznaniu (sygn. akt I SA/Po 861/11) wskazał, iż IZ RPO WZ winna otrzymać jeszcze przed wszczęciem postępowania administracyjnego stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, (zwanego dalej Prezesem UZP) albowiem w opinii Strony tylko ustalenia Prezesa UZP byłoby dla IZ RPO WZ wiążące.

Z powyższym nie należy się zgodzić. Dla wyjaśnienia IZ RPO WZ zaznacza, iż Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 reguluje wprawdzie procedury odzyskiwania środków wypłaconych z funduszy unijnych, w tym korekty finansowe do których dokonywania zobowiązane są państwa członkowskie, jednak wskazane wyżej rozporządzenie wprowadza przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego na poziomie prawa unijnego, zobowiązując państwa członkowskie do przyjęcia odpowiednich środków gwarantujących właściwe funkcjonowanie ich systemów zarządzania i kontroli, bowiem za sposoby i kontrolę wykorzystania środków powinny w pierwszym rzędzie odpowiadać państwa członkowskie. Nakazuje również określić zobowiązania państw członkowskich odnośnie do systemów zarządzania i kontroli, poświadczania wydatków oraz zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości i naruszeń prawa Wspólnoty, w celu zagwarantowania wydajnej i prawidłowej realizacji programów operacyjnych. Z uwagi na to postawy i tryb działania organów krajowych w zakresie wykrywania nieprawidłowości, ustalania i nakładania korekt należy szukać w przepisach prawa krajowego, albowiem rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 takich postanowień nie zawiera. Tymi przepisami są właśnie przepisy u.z.p.p.r. (art. 26 ust. 1 pkt 14, 15, 15a) i u.f.p. (art. 207). W myśl art. 26 ust. 1 pkt 14 u.z.p.p.r. do zadań instytucji zarządzającej należy w szczególności prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów. Wskazać należy, iż kontrola realizacji projektów jest jednym z podstawowych narzędzi IZ RPO WZ służących do wykrywania nieprawidłowości. Ponadto do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a u.z.p.p.r. ustalanie i nakładanie korekt finansowych, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach u.f.p. Zatem jak wynika z ww. przepisów prawa, instytucja zarządzająca programem operacyjnym została wyposażona w kompetencje i zobowiązana przez ustawodawcę do podejmowania szeregu czynności faktycznych i prawnych zmierzających do kontrolowania, stwierdzania zaistnienia nieprawidłowości w wydatkowaniu funduszy unijnych, i w konsekwencji sprawnego i skutecznego odzyskiwania wydatkowanych nienależycie środków wydatkowanych z budżetu Unii. Należy przytoczyć tu wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt VIII SA/Wa 917/12), w którym sąd stwierdził, iż Zarząd Województwa był w pełni uprawniony do kontroli realizacji projektu przez Beneficjenta i dokonania w jej ramach oceny, czy zostały naruszone przepisy w tym przepisy p.z.p., uzasadniające ewentualne dochodzenie zwrotu dofinansowania. Powyższą interpretację potwierdza także stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w uzasadnieniu do wyroku z dnia 13 czerwca 2012 r. II GSK 180/12. W wyroku tym NSA uznał, iż instytucja zarządzająca nie musi wnioskować o przeprowadzenie kontroli doraźnej przez Prezesa UZP, choć może z pomocy tych organów administracji korzystać, o ile uzna to za potrzebne. Instytucja zarządzająca jest uprawniona i zobowiązana samodzielnie przeprowadzić kontrolę realizacji programu operacyjnego, w tym kontrolę realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów (art. 26 ust. 1 pkt 14 u.z.p.p.r.) oraz ustalać i nakładać korekty finansowe, o których mowa jest w art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 (art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r.).

Z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej, nie należy zgodzić się ze wskazanym przez Beneficjenta zarzutem naruszenia art. 165 p.z.p. w zw. z art. 60 lit. b Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent zarzucił także IZ RPO WZ naruszenie art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 poprzez uznanie, iż wskazane w decyzji naruszenia stanowią kwalifikowalny przypadek naruszenia p.z.p. i uzasadniają nałożenie korekty. Beneficjent wskazał, iż w uzasadnieniu skarżonej decyzji brak jest informacji jaka kwota byłaby potencjalną szkodą i czy faktycznie mamy do czynienia z możliwością wystąpienia nawet potencjalnej szkody. Strona wskazała, iż z analizy przedłożonych dokumentów wynika, iż zamawiający udzielający zamówienia płacili wyższe kwoty, niż cena uzyskana przez MZK Sp. z o.o. w Koszalinie mimo, iż nie posiadali spornych zapisów. Powyższe w opinii Beneficjenta oznacza, iż brak jest podstaw do przyjęcia, iż powstał nawet hipotetycznie nieuzasadniony wydatek czy szkoda.

Odnosząc się do powyższego IZ RPO WZ zaznacza, iż stosownie do brzmienia art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 „nieprawidłowość" została zdefiniowana jako: jakiekolwiek 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. Szkoda w budżecie UE określona została na dwa sposoby, jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, oraz szkoda potencjalna, na która składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Zgodnie z powyższym, do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i 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. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-199/03 dotyczącej zaskarżonej przez Irlandię decyzji Komisji C(2003) 99 z dnia 27 lutego 2003 r. podkreślił, iż „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". Ponadto Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 21 grudnia 2003 r. stwierdził, iż „fundusze strukturalne nie

mogą być wykorzystane do finansowania działań podejmowanych z naruszeniem dyrektywy 92/50 (odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi), naruszenie przez beneficjenta subwencji z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, 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." Podobne stanowisko jak prezentują także polskie sądy administracyjne, w tym m. in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w wyroku z dnia 25.04.2013 r. (Sygn. akt I SA/Ol 150/13), podkreślił iż „(…) do przyjęcia, że doszło do istotnego naruszenia przepisów regulujących realizację dofinansowywanego projektu nie jest zatem konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego, lecz możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, co wynika z cyt. wyżej art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Wystarczającą przesłanką naliczenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia prawa zamówień publicznych, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych. Przy takim rozumieniu analizowanej kwestii nie ma więc podstaw do stawiania IZ wymogu wyliczania szkody i oceniania rozmiaru skutków stwierdzonej nieprawidłowości". Potwierdził to również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 29.07.2013 r. (Sygn. akt III SA/Gl 763/13) orzekając iż w konsekwencji, nie jest wymagane wystąpienie konkretnej szkody finansowej i udowodnienie jej wystąpienia, zaś wystarczającym jest wykazanie naruszenia prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych.

Beneficjent przez 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 zamówienia. 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 szkody, bowiem poniósł wydatki, które przy ich zachowaniu mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Uchybienie przepisom p.z.p. mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych części firm. Każdy potencjalny oferent, który spełnia warunki postawione przez Beneficjenta ma prawo przystąpić do postępowania. Rynek podmiotów, które mogłyby być zdolne do wykonania zamówienia jest szeroki, zaś sytuacja, w której podmiot nie złożył oferty ze względu na sposób sformułowania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, zawarty warunek aby w autobusach jednostką napędową był silnik tego samego producenta co oferowany autobus, nie dopuszczając stosowania dodatków chemicznych w celu uzyskania normy Euro 5, opisując przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych czy poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, jest wysoce prawdopodobna. Wykazanie rzeczywistej szkody jest jednak w przedmiotowej sprawie niemożliwe, gdyż naruszenie przez Beneficjenta przepisów p.z.p. 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. Szkoda w budżecie ogólnym Unii Europejskiej mogła więc wystąpić w związku z wydatkowaniem większych kwot na realizację ofert wybranych niż byłoby to konieczne gdyby wybrano którąś z potencjalnych ofert, ekonomicznie korzystniejszych. IZ RPO WZ ponownie zaznacza, iż postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w Zielonej Górze (z którego to postępowania Beneficjent załączył protokół, jak również wskazał zestawienie ofert) nie stanowi przedmiotu kontroli IZ RPO WZ. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ nie będzie się odnosić do sposobu przeprowadzonego przez tamtejszy Miejski Zakład Komunikacji postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Niemniej jednak należy wskazać, iż niemiarodajnym wydaje się porównywanie postępowań o udzielenie zamówień publicznych w Koszalinie i Zielonej Górze, bowiem wiele czynników mogło wpłynąć na składane w ramach ww. postępowań ofert.

Beneficjent zarzucił także IZ RPO WZ naruszenie art. 62 ust. 1 lit d ppkt. (I) rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 w zw. z art. 35 lit. d u.z.p.p.r. poprzez przyjęcie wbrew opinii Instytucji Audytowej, iż za wskazane naruszenia konieczne jest nałożenie korekty w wysokości 25%. W ocenie Beneficjenta na gruncie prawa krajowego procedura została wyczerpana, a tym samym strona była zobowiązana do zwrotu jedynie 5% korekty. W opinii Beneficjenta ustalenie Komisji Europejskiej nie są wiążące dla Państwa Polskiego, albowiem w tym zakresie powinno mieć zastosowanie prawo krajowe. Dalej Strona zaznaczyła, iż jeżeli Instytucja Audytowa uznała, iż korekta winna zostać nałożona na poziomie 5% to Beneficjent jest zobowiązany do zwrotu jedynie tej kwoty. Ponadto w ocenie Beneficjenta w przypadku uznania przez Komisję Europejską, iż korekta jest za niska, w spór z Komisją Europejską wchodzi Państwo Polskie, a nie Beneficjent.

Dla wyjaśnienia IZ RPO WZ zaznacza, iż podziela stanowisko Strony, dotyczące ewentualnego sporu z Komisją Europejską w powyższym zakresie. Art. 98 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 dotyczący nakładania korekt finansowych, nie dotyczy bezpośrednio stosunku prawnego łączącego beneficjenta i instytucji podpisującej z nim umowę o dofinansowanie projektu. W swej treści przepis ten reguluje dokonywanie korekt finansowych w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami pojedynczymi bądź systemowymi w relacji państwo członkowskie – Komisja Europejska (zwana dalej KE) i polega na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Korekta finansowa w tym znaczeniu nie może być utożsamiana z „korektą dofinansowania" dokonywaną przez odpowiednią instytucję będącą stroną umowy, opartą na podstawie jej postanowień, w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających dokonanie korekty, która powinna być ekwiwalentem korekty dokonywanej w relacji państwo członkowskie – KE.

Niemniej jednak IZ RPO WZ wskazuje, iż, wbrew opinii Beneficjenta, nie jest ona związana ustaleniami Instytucji Audytowej. IZ RPO WZ na mocy przepisów prawa (art. 26 ust. 1 pkt 14, 15 i 15a u.z.p.p.r.) została wyposażona w kompetencje i zobowiązana przez ustawodawcę do podejmowania szeregu czynności faktycznych i prawnych zmierzających do kontrolowania, stwierdzania zaistnienia nieprawidłowości w wydatkowaniu funduszy unijnych, i w konsekwencji sprawnego i skutecznego odzyskiwania wydatkowanych nienależycie środków wydatkowanych z budżetu Unii. Zatem IZ RPO WZ samodzielnie ustala wysokość korekty finansowej działając w oparciu o stan faktyczny i prawny sprawy. Wskazać należy, iż w analizowanej sprawie IZ RPO WZ pierwotnie uznała za właściwe zastosowanie korekty finansowej na poziomie 5%, jednakże w toku prowadzonego postępowania administracyjnego doszła do wniosku, iż zaproponowana stawka korekty finansowej jest nieproporcjonalna do powagi, liczby, charakteru naruszeń, w związku z czym podjęła decyzję o nałożeniu korekty finansowej w maksymalnej wysokości zalecanej przez Taryfikator. Okolicznością dodatkową, choć nie mającą jakiegokolwiek wpływu na rozstrzygnięcie IZ RPO WZ w przedmiocie wysokości zastosowanej korekty finansowej jest natomiast to, że dokonana przez IZ RPO WZ ocena nieprawidłowości, których dopuścił się Beneficjent była zbieżna z ustaleniami przekazanymi

IZ RPO WZ pismem z dnia 31 maja 2013 r. przez Dyrektora Departamentu Ochrony Interesów Finansowych Unii Europejskiej w Ministerstwie Finansów informującym, iż Komisja Europejska, po analizie rocznego sprawozdania audytowego oraz rocznej opinii z audytu za 2012 rok, uznała iż za naruszenia, których dopuścił się Beneficjent należy zastosować korektę finansową na poziomie 25% (dot. niezgodności z prawem kryterium oceny oraz dyskryminującej definicji przedmiotu umowy). Z uwagi na powyższe nie sposób się zgodzić z Beneficjentem, iż IZ RPO WZ dopuściła się naruszenia art. 62 ust. 1 lit d ppkt. (I) rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 w zw. z art. 35 lit. d u.z.p.p.r.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu wskazanego we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy tj. naruszenia art. 26 ust. 1 pkt 15 a u.z.p.p.r. poprzez błędne przyjęcie, iż nałożenie korekty finansowej w oparciu o Taryfikator jest dopuszczalne, albowiem Taryfikator nie może stanowić samoistnej podstawy prawnej do dokonywania korekt, IZ RPO WZ wyjaśnia co następuje. W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż w analizowanej sprawie postępowanie w sprawie zwrotu dofinansowania zostało wszczęte w związku z wynikiem kontroli przeprowadzonej w dniach 10 września 2012 r. – 12 września 2012 r. IZ RPO WZ ustaliła wówczas, że w trakcie realizacji projektu objętego dofinansowaniem w ramach RPO Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w stosowaniu przepisów p.z.p. Stosownie do wyniku tych ustaleń IZ RPO WZ zobowiązana była następnie podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu Unii Europejskiej, bowiem zaistniała przesłanka określona w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Mając powyższe na uwadze wskazuje się, że podstawą do wydania decyzji nie był Taryfikator, lecz przepis - art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Natomiast materialnoprawną podstawą ustalenia wysokości korekty stanowią zapisy Taryfikatora, który wprawdzie nie został włączony w system źródeł powszechnie obowiązującego prawa, jednak strony na mocy porozumienia umownego (§ 11 ust. 7 umowy) 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 nienależny lub w nadmiernej wysokości. Przyjęcie odmiennego poglądu (zanegowanie zapisów Taryfikatora) prowadziłoby bowiem do tego, iż mimo, że istnieje przepis prawa materialnego dający podstawę do ustalenia i nałożenia korekty finansowej, to rozstrzygnięcie tej sprawy w drodze jednostronnej decyzji organu nie byłoby możliwe, gdyż przepisy prawa materialnego nie określają wysokości tej korekty. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że racjonalny ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 13 marca 2013 r., sygn. akt I SA/Gd 131/12).

Odnoszą się do ostatniego zarzutu strony tj. naruszenia art. 481 k.c. poprze błędne uznanie, iż skoro doszło do wcześniejszej wypłaty środków to Strona pozostawała w opóźnieniu, IZ RPO WZ ponownie podkreśla, o czym była mowa w decyzji nr WWRPO/31/W/2013 oraz w piśmie z dnia 13 maja 2013 r., iż w przedmiotowej sprawie nie doszło do ustanowienia zabezpieczenia zobowiązania w trybie art. 33 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, który ma odpowiednie zastosowanie do spraw dotyczących należności z tytułu zwrotu środków dofinansowania. Zgodnie z przepisem art. 33 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, zobowiązanie podatkowe przed terminem płatności może być zabezpieczone na majątku podatnika (…), jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że nie zostanie ono wykonane, a w szczególności gdy podatnik trwale nie uiszcza wymagalnych zobowiązań o charakterze publicznoprawnym lub dokonuje czynności polegających na zbywaniu majątku, które mogą utrudnić lub udaremnić egzekucję. Dokonanie zabezpieczenia wymaga zatem od organu wskazania konkretnej przesłanki, z której wynikać ma uzasadniona obawa, że zobowiązanie nie zostanie wykonane.

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

Ponownie wskazać należy, iż szczegółowo opisane naruszenia, których dopuścił się Beneficjent w stosowaniu p.z.p., mogły wyeliminować potencjalnych wykonawców z zamówień. 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.

Kierując się powyższym, mając na uwadze cały dotychczas zgromadzony materiał dowodowy zasadnym jest utrzymanie w mocy przedmiotowej decyzji.

Plik:

[1]516.5 KB09-12-2013 decyzja administracyjna [1]

Informacje o stronie

Wprowadził(a)
Anna Jończyk
(9 grudnia 2013 11:08)
Opublikował(a)
Agata Tomczak-Mróz
(19 grudnia 2013 16:11)
Liczba odsłon
342

Adres URL źródła: https://www.bip.wzp.pl/artykul/uchwala-nr-200013-zarzadu-wojewodztwa-zachodniopomorskiego

Odnośniki:
[1] https://www.bip.wzp.pl/sites/bip.wzp.pl/files/articles/article/40528/wersja%20ostateczna%20MZK.doc