

Załącznik do uchwały nr 453/20
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 1 kwietnia 2020 r.

Adresat
Stargardzka Agencja Rozwoju
Lokalnego Sp. z o.o.
ul. P.
xx-xxx S.

Sygnatura
WWRPO.VIII.3162.68.2019.ASz

DECYZJA

Nr WWRPO/2014-2020/9/W/2020 podjęta w dniu 1 kwietnia 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

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

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a) ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431 z późn. zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.), 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 2019 r., poz. 512 z późn. zm.) oraz art. 25 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Stargardzkiej Agencji Rozwoju Lokalnego Sp. z o.o., środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-00, zawartej w S. w dniu 14 czerwca 2018 r. na realizację projektu pn. „Wzmocnienie atrakcyjności inwestycyjnej Województwa Zachodniopomorskiego poprzez kompleksowe przygotowanie terenów Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie – etap I” w kwocie 302 367,94 zł (słownie: trzysta dwa tysiące trzysta sześćdziesiąt siedem złotych 94/100) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia 13 sierpnia 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej, na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 80 1020 4795 0000 9202 0319 6953, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu częściowy zwrot nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi, o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. 2018 r. poz. 1431 z późn. zm., dalej: ustawa wdrożeniowa) pełni funkcję instytucji zarządzającej do zadań, której należy m.in. prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów – w przypadku krajowego albo regionalnego programu operacyjnego; nakładanie korekt finansowych; odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm., dalej: ufp) albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań oraz decyzji o zapłacie odsetek, o których mowa odpowiednio w art. 207 ust. 9 i art. 189 ust. 3b ufp.

W dniu 14 czerwca 2018 r. Stargardzka Agencja Rozwoju Lokalnego Sp. z o.o. (zwana dalej Beneficjentem lub Stroną) zawarła z Zarządem Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (dalej: IZ RPO WZ) umowę o dofinansowanie nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-00 na realizację projektu pn. „Wzmocnienie atrakcyjności inwestycyjnej Województwa Zachodniopomorskiego poprzez kompleksowe przygotowanie terenów Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie – etap I” Oś Priorytetowa 1 „Gospodarka, Innowacje, Nowoczesne Technologie”, Działanie 1.11 „Tworzenie i rozbudowa infrastruktury na rzecz rozwoju gospodarczego w ramach Strategii ZIT dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte następujące aneksy do umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-01 z dnia 14 czerwca 2018 r. oraz nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-02 z dnia 10 sierpnia 2018 r.

W ramach przedmiotowej umowy nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-00 określone zostały szczegółowe zasady dofinansowania projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie, zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Natomiast Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasad optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, Regulaminem konkursu, wytycznymi oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie. Według § 15 ust. 1 umowy o dofinansowanie oraz art. 44 ust. 3 ufp, Beneficjent winien dokonywać wydatków w oparciu o ufp w zakresie wydatkowania środków publicznych, w szczególności w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku; w sposób umożliwiający terminową realizację projektu; w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Na mocy zapisów art. 9 ust. 2 pkt. 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 20 umowy o dofinansowanie, w dniach 5-6 sierpnia 2019 r. w siedzibie Beneficjenta oraz na miejscu realizacji projektu przeprowadzono kontrolę planową. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r. ze zm., dalej: rozporządzenie nr 1303/2013). Zespół kontrolujący dokonał weryfikacji prawidłowości przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa dróg wewnętrznych wraz z

instalacjami na terenie Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie” w ramach projektu pn. „Wzmocnienie atrakcyjności inwestycyjnej Województwa Zachodniopomorskiego poprzez kompleksowe przygotowanie terenów Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie – etap I”. IZ RPO WZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia ostatecznie stwierdziła naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., dalej pzp – podstawa prawna aktualna na dzień ogłoszenia o zamówieniu nr 542076-N-2018 z dnia 9 kwietnia 2018 r.) poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 z późn. zm., dalej: Rozporządzenie), IZ RPO WZ za powyższe naruszenie nałożyła korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 5% (Załącznik do ww. rozporządzenia, zwany dalej Taryfikatorem, poz. 19 „Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców”).

Ponadto stwierdzono naruszenie art. 95 ust 1 pzp, tj. Zamawiający nie zachował maksymalnego terminu publikacji ogłoszenia, który zgodnie z przepisami pzp wynosi 30 dni liczonych od dnia udzielenia zamówienia. Umowę z wykonawcą robót budowlanych nr 1/2018 zawarto w dniu 20 czerwca 2018 r., natomiast ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych dopiero w dniu 28 listopada 2018 r. IZ RPO WZ w protokole pokontrolnym zobowiązała Beneficjenta do złożenia wyjaśnień odnośnie zaistniałej sytuacji, inaczej wskazane naruszenie będzie skutkowało nałożeniem korekty finansowej.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r. przekazano Beneficjentowi dwa egzemplarze protokołu pokontrolnego, do którego Beneficjent pismem z dnia 13 września 2019 r. wniósł zastrzeżenia, uwagi i wyjaśnienia. Pismem z dnia 13 listopada 2019 r. IZ RPO WZ po analizie zastrzeżeń Beneficjenta, poinformowała o swoim stanowisku w sprawie, odstępując od stwierdzenia naruszenia w projekcie art. 95 ust. 1 pzp. Jednocześnie podtrzymano stwierdzenie przywołanego powyżej naruszenia art. 25 ust. 1 pzp, informując Beneficjenta o zakończeniu czynności kontrolnych.

W odpowiedzi na powyższe Beneficjent wniósł pismo z dnia 29 listopada 2019 r. (wpływ do IZ RPO WZ w dniu 4 grudnia 2019 r.), w którym kolejny raz przedstawił swoje stanowisko w sprawie, iż nie zgadza się z wynikami kontroli projektu.

W wyniku stwierdzonych nieprawidłowości, IZ RPO WZ pismem z dnia 6 grudnia 2019 r. (doręczonym w dniu 9 grudnia 2019 r.) wezwała Beneficjenta do zwrotu środków wysokości 302 367,94 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, w terminie 14 dni od otrzymania pisma. Jednocześnie poinformowano Beneficjenta, że pierwotnie zaakceptowana, wnioskowana kwota do wypłaty ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-004-02, zostanie pomniejszona o kwotę korekty finansowej w wysokości 13 058,60 zł nałożonej na wydatki, dla których dofinansowanie nie zostało jeszcze wypłacone. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 8 ufp w przypadku stwierdzenia, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Strona pismem z dnia 13 grudnia 2019 r. zwróciła się do IZ RPO WZ o rozpoznanie argumentacji zawartej w piśmie Beneficjenta datowanym na 29 listopada 2019 r., jednocześnie wnosząc o zmianę stanowiska IZ RPO WZ.

Pismem z dnia 20 grudnia 2019 r., w odpowiedzi na pismo Beneficjenta IZ RPO WZ wskazała, iż podtrzymuje stanowisko zawarte w protokole z kontroli projektu, a podniesiona argumentacja nie daje podstaw do zmiany ustaleń w zakresie stwierdzenia nieprawidłowości, co wiąże się z koniecznością nałożenia korekty finansowej w wysokości 5%. Ponadto poinformowano Beneficjenta mi.in., iż w sytuacji kiedy nie zwróci wymaganych środków w terminie wskazanym w ww. wezwaniu, wobec niego wszczęte zostanie z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków. W trakcie trwania postępowania administracyjnego Beneficjent będzie miał możliwość złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń, a także może zapoznać się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie. Podkreślono także, że do wszelkich złożonych przez Beneficjenta w trakcie postępowania administracyjnego wyjaśnień, organ odniesie się w treści rozstrzygnięcia kończącego postępowanie.

Beneficjent nie zwrócił wymaganych środków w terminie wskazanym w ww. wezwaniu, wobec czego w dniu 2 stycznia 2020 r. wobec Strony wszczęte zostało z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków.

IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 30 stycznia 2020 r. przedłużyła prowadzone postępowanie administracyjne do dnia 2 marca 2020 r. Pismem z dnia 28 lutego 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 t.j., dalej: kpa). Następnie ze względu na terminy przewidziane na zapoznanie się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 2 kwietnia 2020 r.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie, umowy o dofinansowanie wraz z aneksem, wynikami kontroli, wyjaśnieniami Beneficjenta) oraz pełnej analizy stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

Środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 9 ust. 2 pkt. 9 ustawy wdrożeniowej odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 ufp, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

- 1) wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- 2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,
- 3) pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości

– podlegają zwrotowi przez Beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Dodatkowo na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku wystąpienia ww. okoliczności beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, jeżeli nie zwróci ww. środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia upływu terminu, o którym mowa w art. 207 ust. 1 ufp (14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji). Okres wykluczenia kończy się z upływem 3 lat od daty dokonania zwrotu środków.

Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 184 ufp należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez Beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym Beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego i także składa się na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, należy uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 184 ufp o „innych procedurach” obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 207

ust. 1 pkt 2 ufp byłoby w ogóle wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, zwanego dalej: NSA, z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt II GSK 197/16). Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny (dalej: WSA) w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które Beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Również w literaturze zwrócono uwagę, iż pojęcie procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu powinno być rozumiane szeroko. Przykładowo jak wskazał Zbigniew Ofiarski w komentarzu „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, wyd. WKP 2019: „(...) inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków europejskich mogą wynikać nie tylko z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, lecz także mogą być kreowane przez specyficzne akty, stanowiące element umowy zawartej z Beneficjentem (...)”.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, IZ RPO WZ poniżej omówi stwierdzone naruszenie art. 25 ust. 1 pzp, również w kontekście wyjaśnień Beneficjenta wskazanych piśmie z dnia 29 listopada 2019 r. Mimo, że powyższe pismo wpłynęło do IZ RPO WZ w dniu 4 grudnia 2019 r., a zatem przed datą wszczęcia postępowania, tj. przed dniem 2 stycznia 2020 r., IZ RPO WZ uznała za zasadne ustosunkowanie się do podniesionych argumentów Strony.

W ramach kontroli planowej przeanalizowano dokumentację przetargową związaną z zadaniem pn. „Budowa dróg wewnętrznych wraz z instalacjami na terenie Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie” w ramach projektu pn. „Wzmocnienie atrakcyjności inwestycyjnej Województwa Zachodniopomorskiego poprzez kompleksowe przygotowanie terenów Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie – etap I” – ogłoszenie o zamówieniu nr 542076-N-2018 z dnia 9 kwietnia 2018 r. W wyniku przeprowadzonej oceny poprawności stosowania procedur pzp IZ RPO WZ stwierdziła, iż zgodnie z zapisami zawartymi w rozdziale VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, zamawiający żądał od oferentów złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt. 2 oraz 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126, dalej: Rozporządzenie ws. dokumentów), tj. m.in.:

1. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków,
2. zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ZUS) lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (dalej KRUS) albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,
3. odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 pzp.

Jednocześnie Zamawiający w rozdziale V pkt. 4 SIWZ wskazał, iż o zamówienie ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pzp. Zamawiający nie przewidział natomiast fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp, a mianowicie, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Mając na uwadze powyższe, Beneficjent żądając od oferentów dokumentów wskazanych w pkt 1-3 naruszył przywołany art. 25 ust. 1 pzp poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub

dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem miały one potwierdzać spełnienie przesłanek fakultatywnych wykluczenia, których on nie przewidział przygotowując dokumentację przetargową.

Beneficjent pismem z dnia 29 listopada 2019 r. wniósł szczegółowe wyjaśnienia odnośnie ww. zarzutu. Na wstępie Strona wskazała, że w przedmiotowej sprawie ewentualne naruszenie nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania – w szczególności, że w postępowaniu została złożona tylko 1 oferta, żaden z podmiotów nie wystąpił z wnioskiem o wydłużenie terminu, odstąpienie od przedkładania dodatkowych dokumentów, a w istocie sam obowiązek ich przedłożenia mógł zostać przez każdego potencjalnego wykonawcę spełniony bez żadnych przeszkód (uzyskanie dokumentów, o których mowa w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów nie nastręcza żadnych przeszkód i każdy zainteresowany podmiot może bez trudu takie dokumenty przedłożyć). Zamawiający podtrzymał, iż niesłuszne jest stanowisko IZ RPO WZ, zgodnie z którym żądanie zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek jest dopuszczalne wyłącznie, gdy zamawiający stosuje w prowadzonym postępowaniu fakultatywną przesłankę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt. 3 pzp, zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, oraz które zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Katalog dokumentów jakich może żądać zamawiający zawiera wspomniane Rozporządzenie ws. dokumentów. Dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wymienione są w § 5 ww. Rozporządzenia ws. dokumentów, a wśród dziesięciu wymienionych tam dokumentów aż cztery odnoszą się do niezalegania z opłacaniem podatków, opłat lub składek. Strona wskazała dalej, iż Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) w przywołanych przez IZ RPO WZ zaleceniach pokontrolnych wyrokach, odwołała się w nich do „brzmienia” przepisów pzp, porównując je z przepisami Rozporządzenia ws. dokumentów. Z całą pewnością „nawiązywaniem” do brzmienia przepisów pzp czy też ich „korespondowaniem”, zdaniem Beneficjenta, mieliśmy do czynienia przed nowelizacją pzp z 2016 r. W aktualnym stanie prawnym zbieżność brzmienia zachodzi pomiędzy § 5 pkt. 5 Rozporządzenia ws. dokumentów i art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp, na co z resztą słusznie wskazywała KIO. W żaden sposób nie rozwiązuje to jednak badanego problemu ponieważ ani pzp ani Rozporządzenie ws. dokumentów nie wykluczają sytuacji, w których jednej przesłance przypisany jest więcej niż jeden dokument lub jeden dokument został przypisany do jednej przesłanki. Beneficjent dalej wskazał, iż uważne porównanie odpowiednich przepisów prowadzi do wniosku, że w pewnym sensie treść § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów jest zbieżna z treścią art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp jak i art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp. W każdym z tych przepisów na co wskazuje Strona jest mowa o „porozumieniu w sprawie spłaty należności”. Z kolei wyrażenia „nie zalega z opłacaniem podatków” oraz „nie zalega z opłacaniem składek” wykazują większą zbieżność z art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp (w którym mowa o „zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek”) niż z art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp (w którym mowa o „naruszeniu obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek”). Co więcej jak zaznaczył Beneficjent sformułowanie zawarte w fakultatywnej przesłance wykluczenia, przynajmniej teoretycznie, jest szersze niż wymagana treść zaświadczenia z urzędu skarbowego, ZUS, KRUS, co mogłoby prowadzić do wniosku, że zaświadczenie o niezaleganiu nie obejmuje swym zakresem wszystkich przypadków „naruszenia obowiązków dotyczących płatności”. W opinii Strony dokumenty wymienione w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów nie uwzględniają przypadku dokonania płatności zaległych należności, który stanowi okoliczność istotną z punktu widzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia. Wreszcie analiza językowa nie powinna pominąć obecności w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, elementów, które nie występują w art. 24 pzp, mianowicie potwierdzenia, że wykonawca „uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu”. Beneficjent wskazał, iż wbrew stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) i KIO treść § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, ewidentnie wzorowana na wcześniejszym akcie prawnym nie przystaje do obecnego brzmienia art. 24 pzp. Dalej Strona wskazała, iż mimo to fakt, że zaświadczenie o zaleganiu nie może per se stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z danego postępowania, nie przesądza, że dokumenty określone w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, w tym postępowaniu są zbędne. Za niezbędny należy uznać

dokument zawierający informacje potrzebne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Treść dokumentu niezbędnego powinna odnosić się do wymagań stawianych wykonawcom w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem w sferze wymagań podmiotowych ma potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i brak podstaw do wykluczenia. Zdaniem Strony należy odwołać się do literalnego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp, który ustanawia przesłankę wykluczenia z postępowania – jest nią „prawomocna lub ostateczna” zaległość w opłacaniu podatków, opłat lub składek. Art. 25 ust. 1 pkt. 3 pzp uprawnia Zamawiającego do żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia nakazując wskazanie ich w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Dokumenty te zostały wyciszone w Rozporządzeniu ws. dokumentów wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 pzp. Zgodnie z § 5 pkt. 2 Rozporządzenia ws. dokumentów są nimi zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek. Przepisy Rozporządzenia ws. dokumentów i pzp są spójne w tym sensie, że prawodawca konsekwentnie wskazuje pożądaną „negatywną” treść dokumentów: skoro mają one potwierdzać „brak podstaw wykluczenia”, muszą zaświadczać, że wykonawca „nie zalega z opłacaniem” podatków i składek. Według Strony takich „negatywnych” zaświadczeń żądają zamawiający i takie najczęściej są składane przez wykonawców. W typowej sytuacji wykonawca składa zaświadczenie potwierdzające, że zalega z opłacaniem danin publicznych. Brak zaległości sprawia, że kwestia prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej staje się bezprzedmiotowa, zamawiający musi uznać zaś, że wykonawca wykazał brak podstaw wykluczenia – tych zarówno określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp jak i w art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp. Jak Beneficjent zaznaczył, zaświadczenia te potwierdzają także brak podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp, przy czym w ściśle określonych sytuacjach na wykonawcach będzie ciążył obowiązek wykazania, że mimo braku zaświadczenia o niezaleganiu, nie podlegają oni wykluczeniu z postępowania. Jedną z przyczyn błędnej interpretacji norm pzp jest w opinii Strony nieprzystawalność § 5 Rozporządzenia ws. dokumentów do art. 24 pzp, co uzasadnia potrzebę znowelizowania aktu wykonawczego oraz zmiany stanowiska IZ RPO WZ. Zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek, a więc potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem tych danin publicznych, potwierdzają brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Skoro brak zaległości dotyczy zaległości „nieprawomocnych” i „nieostatecznych”, to tym bardziej odnosi się do zaległości potwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Okoliczność potwierdzoną przez Naczelnika Urzędu Skarbowego lub właściwą jednostkę ZUS lub KRUS, odnosi się zatem do przesłanki fakultatywnej (dotyczącej jakiegokolwiek zaległości) oraz przesłanki obligatoryjnej (dotyczącej zaległości potwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną). Zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek zawiera więc informacje potrzebne do potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, jest to zatem dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 pzp. Ponadto Strona wskazała, iż stanowisko Prezesa UZP i KIO zdaje się odnosić do szczególnych sytuacji, w których wykonawca składa zaświadczenie o zaleganiu z opłacaniem podatków lub składek. Najczęściej jednak te zaświadczenia jednocześnie potwierdza uzyskanie zwolnienia, odroczenia lub rozłożenia na raty zaległych płatności, co znowu jest okolicznością istotną zarówno z perspektywy art. 24 ust. 5 pkt. 8 jak i art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp, ponieważ uniemożliwi wykluczenie wykonawcy z postępowania. Taki dokument zdaniem Beneficjenta trudno uznać za zbędny. Beneficjent podsumowując wniósł, iż należy uznać, że zaświadczenie, z którego treści wynika, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub składek, odnosi się w równym stopniu do okoliczności objętych fakultatywną i obligatoryjną przesłanką wykluczenia. W takiej sytuacji jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania we wskazanym wcześniej rozumieniu.

Odnosząc się do wyjaśnień Strony na samym początku, należy przywołać treść art. 25 ust. 1 pzp: „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”.

Z powyższego wynikają dwie normy. Pierwsza, zgodnie z którą uprawnieniem zamawiającego jest żądanie jedynie takich oświadczeń i dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a więc niczego ponad niezbędne minimum. Druga stanowiąca, że wskazanie (wykaz) owych oświadczeń i dokumentów powinno znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert w przypadku trybów, które nie są wszczynane w drodze ogłoszenia. Szczególnie istotna jest pierwsza norma. Wskazuje ona bowiem jednoznacznie na zakres uprawnień zamawiającego. To bowiem zamawiający formułuje wobec wykonawców wymagania w zakresie oświadczeń i dokumentów, których dostarczenia będzie żądać. Zakres owego uprawnienia jest limitowany koniecznością poprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenie lub dokument niezbędne do przeprowadzenia postępowania z kolei to takie, które potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ; tak KIO w uchwale z dnia 15 września 2016 r., sygn. akt KIO/KD 56/16). W wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, dalej: nowelizacja pzp z 2016 r.) diametralnej zmianie uległ katalog przesłanek wykluczenia. Obecnie można wyróżnić dwie kategorie przyczyn stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy:

- 1) obligatoryjne – określone w art. 24 ust. 1 pkt. 12–23 pzp dotyczące popełnienia określonych czynów zabronionych przez wykonawcę lub osoby działające w jego imieniu;
- 2) fakultatywne – określone w art. 24 ust. 5 pkt. 1–8 pzp, obejmujące:
 - upadłość lub likwidację,
 - poważne naruszenie obowiązków zawodowych (które podważa uczciwość wykonawcy, w szczególności jeśli skutkuje to nienależytym wykonaniem zamówienia),
 - istotne lub uporczywe braki w spełnieniu merytorycznych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy, co doprowadziło do rozwiązania umowy, odszkodowania, kary umownej lub innych poważnych sankcji,
 - karalność wykonawcy (będącego osobą fizyczną), członka organu zarządzającego lub nadzorczego za wykroczenia przeciwko prawom pracownika lub przeciwko środowisku – o ile wymierzono karę aresztu lub grzywny powyżej 3000 zł,
 - naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat i składek, przy czym zamawiający musi mieć możliwość wykazania tych okoliczności za pomocą stosownych środków dowodowych.

Wystąpienie przesłanki obligatoryjnej nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanki fakultatywne będą znajdowały natomiast zastosowanie, o ile zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 5 pzp zostaną przewidziane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji. Oznacza to, że od decyzji zamawiającego zależy, czy i które z przesłanek fakultatywnych zastosuje w danym postępowaniu. Jednocześnie, jeśli któraś z nich zostanie przewidziana, jej wystąpienie będzie w toku postępowania przekładać się na obowiązek wykluczenia. Fakultatywność danej przesłanki nie przejawia się jednak w możliwości odstąpienia od jej zastosowania, jeżeli zamawiający uprzednio ją przewidział. Innymi słowy zamawiający może, ale nie musi w konkretnym postępowaniu przewidzieć jedną z podstaw fakultatywnych, wymienionych w art. 24 ust. 5 pzp. Jeżeli jednak już daną podstawę przewidział, to powinien tę przesłankę, w tym konkretnym postępowaniu, zastosować. (tak Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany LEX/el 2019).

W odniesieniu do powyższego, Zamawiający w rozdziale V pkt. 4 SIWZ wskazał, iż o zamówienie ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pzp. Powyższa przesłanka jest przesłanką obligatoryjną. Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp, tj. że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności

podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp (Zamawiający może z postępowania wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności). Ustawodawca w § 5 pkt. 5 Rozporządzenia ws. dokumentów wprowadził możliwość weryfikacji podstawy wykluczenia poprzez wymaganie przez Zamawiającego przedłożenia oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności. Treść § 5 Rozporządzenia ws. dokumentów określa zamknięty katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez Zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych określonych w art. 24 ust. 1 pzp, jak i fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 pzp. W § 5 Rozporządzenia ws. dokumentów określono, iż „zamawiający może żądać następujących dokumentów”, co oznacza zakaz żądania przez Zamawiającego od wykonawców dokumentów innych niż wyszczególnione w tym przepisie w celu potwierdzenia przez wykonawców braku konkretnych przesłanek wykluczenia. W przedmiotowej sprawie natomiast Zamawiający w rozdziale VI SIWZ pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, żądał od oferentów złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, tj. m.in.: zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 pzp. Mając zatem na uwadze literalne brzmienie ww. przepisów, do którego z resztą odniosła się Strona w swoich wyjaśnieniach, zastosowanie przez Zamawiającego przesłanki obligatoryjnej wykluczenia z postępowania, żądanie od wykonawcy w rozdziale VI SIWZ dokumentów określonych w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, przy jednoczesnym braku przewidzenia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp IZ RPO WZ uznała za pozbawione podstawy prawnej. Powyższe wynika wprost z przywołanych przepisów, nie jest to jedynie kwestia odmiennej interpretacji. IZ RPO WZ nie przychyliła się do złożonych wyjaśnień przedstawionych w tym zakresie przez Beneficjenta, iż należy uznać, że zaświadczenie, z którego treści wynika, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub składek, odnosi się w równym stopniu do okoliczności objętych fakultatywną i obligatoryjną przesłanką wykluczenia, a w takiej sytuacji jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania we wskazanym wcześniej rozumieniu. Żądanie przez Zamawiającego wskazanych powyżej dokumentów, których treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 pzp, z uwagi na żądanie dokumentu dodatkowego i zbędnego do przeprowadzenia postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Beneficjent naruszył przywołany art. 25 ust. 1 pzp poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że w zakresie wskazanego zarzutu dotyczącego wymaganych w postępowaniu dokumentów dotyczących wykonawcy istnieje dość jednolite stanowisko KIO. I tak zgodnie z uchwałą KIO z 31 stycznia 2018 r. (Sygn. akt KIO/KIU 3/18) na mocy art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z naruszeniem tego

przepisu mamy zatem do czynienia w sytuacji, w której Zamawiający żąda od wykonawców oświadczeń lub dokumentów w zakresie przekraczającym granice określone przez ustawodawcę w treści przepisu art. 25 ust. 1 pzp, tj. gdy żądane oświadczenia lub dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast potwierdzeniem braku podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp, jest oświadczenie tego wykonawcy. W konsekwencji inny dokument żądany na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia na podstawie tej przesłanki nie jest dokumentem niezbędnym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pzp. Z przepisów rozporządzenia nie wynika bowiem, iż dokumenty, o których mowa w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, mogą być również (obok oświadczenia) wymagane na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp. Ponadto KIO w uchwale z dnia 15 grudnia 2017 r. (Sygn. akt KIO/KU 66/17) wskazała, że żądanie przez zamawiającego od wykonawcy dokumentów określonych w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy jednoczesnym braku przewidzenia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp należy uznać za pozbawione podstawy prawnej. Natomiast treść § 5 Rozporządzenia ws. dokumentów wskazuje zamknięty katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych określonych w art. 24 ust. 1 pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 pzp. W § 5 Rozporządzenia ws. dokumentów określono, iż „zamawiający może żądać następujących dokumentów”, co oznacza zakaz żądania przez zamawiającego od wykonawców dokumentów innych niż wyszczególnione w tym przepisie w celu potwierdzenia przez wykonawców braku konkretnych przesłanek wykluczenia. Jednocześnie przepis § 5 rozporządzenia, w stosunku do tych z dokumentów, w których opisie ustawodawca nie zamieścił wskazania konkretnej przesłanki wykluczenia, nie uprawnia zamawiającego do żądania tego rodzaju dokumentów w celu potwierdzenia braku innych przesłanek wykluczenia niż zamawiający jest w stanie stwierdzić w oparciu o informacje zawarte w treści tych dokumentów. Żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 pzp, z uwagi na żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania. Jedyne dokument przewidziany w Rozporządzeniu ws. dokumentów pozwalający zamawiającemu na dokonanie weryfikacji wykonawcy pod kątem przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp (i tylko tej przesłanki) został wskazany w § 5 pkt 5 Rozporządzenia ws. dokumentów, którego treść wyraźnie koresponduje z art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp. Inne niż wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp naruszenie obowiązku dotyczącego płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne może być przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, o ile zamawiający wyraźnie ją wyartykułuje w dokumentacji przetargowej - jako przesłankę fakultatywną, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp. Nie ma również podstaw łączenia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp z fakultatywną przesłanką z art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp. Zamawiający chcąc ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom będącym w następującej sytuacji (zaległości niepotwierdzonych wyrokiem sądu lub z braku ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne) - jest uprawniony do ustanowienia w SIWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp. Dopiero w przypadku zastosowania ww. przesłanki fakultatywnej zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców środków dowodowych, którymi na gruncie obecnie obowiązującego prawa są dokumenty, określone w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia. Brak przesłanki fakultatywnej z art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp powoduje, że dane zawarte w formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia odnośnie podstaw związanych z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp. Przepis § 5 pkt. 5 Rozporządzenia ws. dokumentów nie jest to norma dyspozytywna, która pozwalałaby zamawiającym na jej modyfikację w ogłoszeniu o zamówieniu, lub też w SIWZ (tak KIO w uchwale z dnia 20 kwietnia 2017 r., Sygn. akt KIO/KU 11/17).

IZ RPO WZ powoływała się już na wypracowane w powyższym zakresie stanowisko KIO, po zakończeniu czynności kontrolnych, wskazując iż IZ RPO WZ w sposób tożsamy interpretuje przywołane przepisy. Beneficjent natomiast wskazał, iż wbrew stanowisku Prezesa UZP i KIO treść § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, ewidentnie wzorowana na wcześniejszym akcie prawnym nie przystaje do obecnego brzmienia art. 24 pzp. Ponadto zdaniem Strony z przyczyn błędnej interpretacji norm pzp nieprzystawalność § 5 Rozporządzenia ws. dokumentów do art. 24 pzp, uzasadnia potrzebę nowelizowania aktu wykonawczego oraz zmiany stanowiska IZ RPO WZ. Organ nie przychyliła się do przywołanych wyjaśnień Strony. Beneficjent przedstawia zbyt daleko idące wnioski, gdyż gdyby nowelizacja pzp z 22 czerwca 2016 r. miała doprowadzić do zmiany zapisów aktów wykonawczych i ich aktualizacji, to ustawodawca by tego dokonał. Skoro treść przywołanych zapisów Rozporządzenia ws. dokumentów nie została zaktualizowana, należy przestrzegać ich w takim kształcie w jakim obowiązują od dnia wejścia ich w życie. Beneficjent nie jest uprawniony do dokonywania własnych, odrębnych interpretacji zapisów ww. Rozporządzenia, natomiast jest zobowiązany do przestrzegania obowiązujących przepisów prawa. IZ RPO WZ wskazuje, iż Zamawiającego obowiązywał zakaz żądania od wykonawców dokumentów innych niż wyszczególnionych w § 5 Rozporządzenia ws. dokumentów w celu potwierdzenia przez wykonawców braku konkretnych przesłanek wykluczenia. Skoro Zamawiający zastosował w SIWZ jedynie przesłankę wykluczenia obligatoryjną to nie może żądać od wykonawcy dokumentów, których treść wychodzi poza zakres potwierdzenia spełnienia tego warunku.

Podsumowując powyższe, IZ RPO WZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Budowa dróg wewnętrznych wraz z instalacjami na terenie Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie” w ramach projektu pn. „Wzmocnienie atrakcyjności inwestycyjnej Województwa Zachodniopomorskiego poprzez kompleksowe przygotowanie terenów Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie – etap I” stwierdziła naruszenie art. 25 ust. 1 pzp poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, iż w związku z niezastosowaniem zapisów pzp Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości indywidualnej, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Wskazać należy, iż do stwierdzenia przywołanej nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet UE poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Warunkiem nałożenia korekty finansowej i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości ustaliła, iż Beneficjent swoim działaniem doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych mu w ramach RPO WZ 2014 – 2020 niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 25 ust. 1 pzp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wskazanej normy prawnej, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób prawidłowy mógłby być niższy. Powyższe mogło doprowadzić do sytuacji, w której działania podjęte w trakcie udzielania zamówienia spowodowały wyeliminowanie potencjalnego wykonawcy zamówienia oferującego zrealizowanie jego przedmiotu po cenie niższej od zaferowanej przez wybrany podmiot mimo, iż Beneficjent wskazywał, że ostatecznie została złożona jedna oferta w postępowaniu. Nie jest wykluczona sytuacja, że gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone prawidłowo (żądanie przez Zamawiającego jedynie niezbędnych dokumentów) to pojawiliby się potencjalni oferenci, którzy mogliby złożyć oferty korzystniejsze od tej ostatecznie wybranej. W tym miejscu stwierdzić należy ponadto, iż zgodnie ze

stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju ujętym w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ), a wypracowanym na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanym dalej TSUE) z dnia 14 lipca 2014 r. w sprawie C-406/14, właściwa miejscowo instytucja zarządzająca, wbrew dotychczasowej praktyce polegającej na uwidacznianiu negatywnych skutków finansowych (choćby potencjalnych) dla budżetu UE, winna obecnie wykazywać jedynie, że nie można wykluczyć, że naruszenie prawa miało wpływ na budżet, a ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych spoczywa na beneficjencie. Powyższa wykładnia nieprawidłowości znajduje swoje odzwierciedlenie również w wyroku TSUE z dnia 6 grudnia 2017 r. wydanym w sprawie C-408/16. Na marginesie wskazania wymaga, iż przywołane wyroki odnoszą się do definicji nieprawidłowości zawartej w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. U. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm.), który to akt normatywny obowiązywał w czasie trwania poprzedniej perspektywy finansowej, tj. na lata 2007 – 2013. Jednakże w rozporządzeniu nr 1303/2013 pojęcie nieprawidłowości zdefiniowane jest niemalże identycznie co pozwala przyjąć, że przywołana wyżej wykładnia dokonana przez TSUE nie ulegnie zmianie w obecnej perspektywie finansowej.

Mając na uwadze wszystko powyższe, za ww. naruszenie przepisów pzp, zastosowano korektę finansową na poziomie 5% (poz. 19 Tabeli Taryfikatora pn. „Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców”). Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 6 marca 2019 r. sygn. akt I GSK 839/18, przyjmuje się, że „wysokość szkody jest ujęta w poszczególnych pozycjach Taryfikatora, w którym poszczególnym, zindywidualizowanym naruszeniem przypisana jest wysokość korekty. Wysokość tej korekty jest ustalana w Taryfikatorze relatywnie do szkody powodowanej przez naruszenia”. IZ RPO WZ przeanalizowała możliwość obniżenia wysokości korekty, co doprowadziło do uznania, iż za wskazane naruszenie zastosowano jedyny wskaźnik przewidziany Taryfikatorem za wskazane naruszenie, tj. 5%. Porównując do innych naruszeń i sankcji finansowych wynikających z Taryfikatora, 5% jest najniższym wskaźnikiem korekty finansowej przewidzianym w Rozporządzeniu. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obniżenie wartości korekty finansowej oblicza się według wzoru: $Wk = W\% \times Wkw \times Wś$, gdzie Wk to wartość korekty finansowej, Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia, $Wś$ – procentowa wartość współfinansowania UE, $W\%$ – stawka procentowa. Po dokonaniu stosownych wyliczeń w oparciu o przywołany wyżej wzór wartość korekty finansowej wyniosła 315 426,54 zł ($7\,421\,800,50 \times 5\% \times 84,9999997200\%$) z czego kwota 13 058,60 zł zostanie pomniejszona z wniosku o płatność końcową. Wskazana powyżej kwota 13 058,60 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową (nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-004-02), dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków wymienionemu określa Umowa, zgodnie z którą jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o kwoty ustalonej korekty. Decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 302 367,94 zł ($315\,426,54 \text{ zł} - 13\,058,60 \text{ zł}$) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia ich przekazania.

Konkludując, mając na uwadze niewypełnienie postanowień umowy oraz pzp, zaistniała konieczność odzyskania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania

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

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

Pouczenie

Od niniejszej decyzji nie służy odwołanie, jednakże Strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z siedzibą w Szczecinie przy ul. Korsarzy 34, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

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

Zgodnie z art. 52 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2012 r. Prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (Dz. U z 2019 r. poz. 2325 t.j. ze zm.) jeżeli stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 1 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000,00 zł i nie więcej niż 100 000,00 zł (§ 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku gdy beneficjent nie zwrócił środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia upływu terminu, o którym mowa w art. 207 ust.1 ufp zostaje on wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, z zastrzeżeniem art. 207 ust. 7 ufp.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Zanonimizowała Aurelia Szyszłowska na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych.