



Załącznik do uchwały nr 1923/15
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 09 grudnia 2015 r.

Przedsiębiorstwo Komunikacji
Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o.
ul. Cieślaka 6A
78-400 Szczecinek

WWRPO.VIII.3162.8.2015.KM

DECYZJA Nr WWRPO/43/W/2015

podjęta w dniu 09 grudnia 2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,
Robert Grzywacz - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a, ust. 9 pkt 1 i ust. 12 a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm.), art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 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. 2a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r. poz. 1392 tekst jednolity) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 tekst jednolity ze zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta - Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku przy ul. Cieślaka 6A - o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 zawartej w Szczecinku w dniu 23.02.2013 r. na realizację projektu pn. „Wzmocnienie potencjału transportowego Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Szczecinku poprzez zakup nowych autobusów” w kwocie 227 753,02 zł (słownie: dwieście dwadzieścia siedem tysięcy siedemset pięćdziesiąt trzy złote 02/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych,

- utrzymuje się w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r. w całości.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, zwanej dalej: uzppr (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 - 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z Beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, 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 o finansach publicznych.

Beneficjent – Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Szczecinku Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku przy ul. Cieślaka 6A – w dniu 23.02.2013 r. zawarł z IZ RPO WZ, umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 na realizację projektu pn. „Wzmocnienie potencjału transportowego Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Szczecinku poprzez zakup nowych autobusów” Oś priorytetowa 2 „Rozwój infrastruktury transportowej i energetycznej”, Działanie 2.1 „Zintegrowany system transportowy województwa”, Poddziałanie 2.1.6 „Zintegrowany system transportu publicznego”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte dwa aneksy do umowy: nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-01 z dnia 22.08.2013 r. oraz nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-02 z dnia 10.03.2014 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy o dofinansowanie, IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast winien realizować projekt z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie). Ponadto Beneficjent obowiązany jest do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: pzp) w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie zarówno do niego jak i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Stosownie do zapisu § 11 ust. 10 umowy o dofinansowanie, w przypadku naruszenia przez Beneficjenta pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, zwane dalej: MIR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanym dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26.06.2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r. Uchwałą nr 205/13 z dnia 13.02.2013 r. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego zmieniono uchwałę nr 94/12, w związku z czym dotychczas obowiązujący dokument otrzymał nowe brzmienie, które z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych zostało uwzględnione w niniejszej sprawie.

W dniach 19-21.02.2014 r. IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji projektu pn. „Wzmocnienie potencjału transportowego Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Szczecinku poprzez zakup nowych autobusów”. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r. ze zm., zwanego dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006) spowodowane naruszeniami pzp w ramach postępowania pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych”, tj. naruszeniem:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pzp poprzez ustalenie dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert odnoszących się do warunków technicznych, tj. Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert określił cenę oraz warunki techniczne w proporcjach 70/30 (w ramach warunków

technicznych sprecyzowano kryteria, które rzutowały na wynik postępowania w efekcie w ramach przedmiotowego postępowania wpłynęła wyłącznie jedna oferta). Zamawiający w kryteriach oceny ofert odnoszących się do preferowanych warunków technicznych podał, iż punktowane będą jedynie: wysokość autobusu 3 200 mm – 3 400 mm – 10 pkt oraz moc silnika 210 KM – 250 KM – 10 pkt. Nadto w ramach pozostałych kryteriów maksymalną punktację określił dla pojazdów o parametrach: pojemność zbiornika paliwa – 100l – 130l – 10 pkt, długość całkowita – 8 400 mm – 8 500 mm – 4 pkt, szerokość całkowita – 2 300 mm – 2 400 mm – 3 pkt. Zamawiający nie uzasadnił dlaczego przyjął punktację, która preferuje pojazdy mieszczące się w określonych powyżej przedziałach parametrów. Jednocześnie w trakcie postępowania jeden z wykonawców (firma AUTOSAN) zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem odnośnie możliwości złożenia oferty dotyczącej dostawy autobusów o minimalnie innych parametrach. W odpowiedzi Zamawiający nie wyraził zgody na dostawę autobusów o wysokości mniejszej od wskazanej (różnica 255 mm), o dopuszczalnej masie całkowitej większej od wskazanej (różnica 900 kg) oraz o pojemności skokowej silnika mniejszej od wskazanej (różnica 1 338,4 cm³). Zamawiający w żaden racjonalny sposób nie uzasadnił dlaczego nie dopuścił innych parametrów niż określone w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 1 poz. 16 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu mogą brać udział jedynie podmioty prowadzące działalność gospodarczą w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, określając, iż o zamówienie mogą ubiegać się podmioty, które wykażą się należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej dwóch umów sprzedaży autobusów turystycznych o łącznej wartości nie mniejszej niż 50% wartości złożonej oferty (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, proporcjonalnie w stosunku rocznym do wskazanej ilości umów sprzedaży z zaokrągleniem w górę do pełnej liczby) oraz posiadające minimum 10 stacji diagnostycznych na terenie Polski. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25%, przy jednoczesnym wskazaniu możliwości obniżenia wysokości korekty do poziomu 10% lub 5% w zależności od wagi stwierdzonej nieprawidłowości (Tabela nr 1 poz. 16 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący, naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tj. Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia wskazując na konkretne dopuszczalne parametry w zakresie pojemności silnika, gabarytów, mocy, pojemności zbiornika paliwa, pojemności zbiornika na czynnik AdBlue, konstrukcji skrzyni biegów doprowadził do sytuacji, w której tylko jeden producent mógł zaoferować zrealizowanie dostawy. Nadto niedopuszczalnym było preferowanie rozwiązania opartego na wykorzystywaniu przez autobusy czynnika AdBlue, w ramach konieczności spełnienia normy Euro V, pomimo funkcjonowania alternatywnych sposobów osiągnięcia ww. normy (technologia EGR). Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 10% (Tabela nr 1 poz. 19 „Niejednoznaczny lub dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia”).

Już w tym miejscu warto wskazać, iż przez „nieprawidłowość” zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. 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 (zwana dalej: KE), jak i Trybunał Sprawiedliwości UE 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 nr 1083/2006), nawet jeżeli wywołuje ono jedynie możliwość powstania szkody w budżecie UE.

Pismem z dnia 11.08.2014 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia i zastrzeżenia do wyników czynności kontrolnych przeprowadzonych przez IZ RPO WZ w dniach 19-21.02.2014 r. Na skutek udzielonych

przez Beneficjenta wyjaśnień IZ RPO WZ odstąpiła (pismo z dnia 04.12.2014 r.) od stwierdzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp. W przypadku stwierdzonego przez IZ RPO WZ podczas czynności kontrolnych naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w ramach postępowania pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych”, do którego również Beneficjent odniósł się w piśmie z dnia 11.08.2014 r., podtrzymano ustalenie, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia, jednakże uznano, iż specyfika wskazanej nieprawidłowości umożliwia obniżenie poziomu korekty finansowej z 25% do 10%.

Pismem z dnia 15.01.2015 r., z uwagi na fakt, iż Beneficjent wykorzystał środki przekazane na realizację projektu z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanego dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 227 753,02 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: ufp) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, 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. Nadto Beneficjent został poinformowany, iż dodatkowo o kwotę 21 344,87 zł zostanie pomniejszona płatność końcowa przysługująca mu w ramach projektu.

W związku z tym, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu środków w wyznaczonym w w/w wezwaniu terminie, z dniem 03.02.2015 r. wszczęto z urzędu wobec Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00. Strona została również pouczona o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń. W piśmie z dnia 18.02.2015 r. Beneficjent oświadczył, że podtrzymuje w całości wyjaśnienia złożone w sprawie.

Pismem z dnia 25.03.2015 r. Beneficjent został poinformowany o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 oraz pouczony o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: kpa). Korzystając ze swoich uprawnień, w dniu 27.04.2015 r. Beneficjent zapoznał się z aktami sprawy, a nadto złożył pismo z wnioskiem o przedłużenie postępowania administracyjnego do dnia 31.05.2015 r. z uwagi na konieczność przeprowadzenia dodatkowych analiz przy udziale ekspertów z zakresu motoryzacji i pzp, celem ewentualnego złożenia wniosków dowodowych oraz końcowego stanowiska w sprawie. Pomimo złożonego wniosku, o którym mowa powyżej, Beneficjent nie złożył ekspertyzy, nie wniósł również o kolejne przedłużenie postępowania administracyjnego, a także nie podjął próby kontaktu z IZ RPO WZ.

W związku z powyższym po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, dnia 15.06.2015 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/25/W/2015 (doręczoną Beneficjentowi dnia 01.07.2015 r.) orzekającą zwrot od Beneficjenta środków otrzymanych w ramach umowy nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 z dnia 23.02.2013 r. na realizację projektu pn. „Wzmocnienie potencjału transportowego Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Szczecinku poprzez zakup nowych autobusów” w kwocie 227 753,02 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Następnie korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12a pkt 1 ufp, Beneficjent pismem z dnia 14.07.2015 r. (wpływ do Kancelarii Ogólnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego dnia 17.07.2015 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej w/w decyzją administracyjną, zarzucając organowi wydanie decyzji z naruszeniem:

- 1) przepisów postępowania, które to uchybienia mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj. naruszeniem art. 7 oraz art. 107 § 3 kpa poprzez niedokładne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy;
- 2) przepisów prawa materialnego tj:
 - art. 7 pzp poprzez niezasadne uznanie, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
 - art. 22 ust. 4 pzp poprzez niezasadne uznanie, że warunki udziału w postępowaniu zostały opisane przez Zamawiającego z naruszeniem zasady proporcjonalności,
 - art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp poprzez błędne zastosowanie w/w przepisu do przedmiotowego stanu faktycznego wskutek uznania, że wykorzystanie środków przeznaczonych na realizację projektu nastąpiło z naruszeniem procedur udzielania zamówień publicznych,

- art. 2 pkt 7 i art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006 poprzez niezasadne uznanie, że stwierdzone naruszenia stanowią nieprawidłowości w rozumieniu w/w przepisów.

Mając na uwadze przedstawione zarzuty, Beneficjent szczegółowo odnosząc się do decyzji administracyjnej Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r., obszernie uzasadnił swoje stanowisko, wnosząc o uchylenie w/w decyzji i umorzenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków.

Z uwagi na konieczność dokonania m.in. szczegółowej analizy zarzutów podniesionych w przedłożonym wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, IZ RPO WZ zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania w przedmiocie zwrotu środków. Nadto pismem z dnia 09.10.2015 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 kpa.

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 (w tym m.in. umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 z dnia 23.02.2013 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników czynności kontrolnych, a także wyjaśnień Beneficjenta) 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.

Na skutek ponownego rozpoznania sprawy IZ RPO WZ stwierdziła, iż w ramach postępowania pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu mogą brać udział jedynie podmioty posiadające zarejestrowaną działalność gospodarczą w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, określając, iż o zamówienie mogą ubiegać się podmioty, które wykazały się należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej dwóch umów sprzedaży autobusów turystycznych o łącznej wartości nie mniejszej niż 50% wartości złożonej oferty (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, proporcjonalnie w stosunku rocznym do wskazanej ilości umów sprzedaży z zaokrągleniem w górę do pełnej liczby).

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Wedle art. 22 ust. 4 pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać, iż Zamawiający konkretyzując warunki udziału w postępowaniu wskazane w art. 22 ust. 1 pzp, winien brać pod uwagę zasady wynikające z przywołanego art. 22 ust. 4 pzp. Kształtowanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może opierać się na wskaźnikach oceny innych niż „proporcjonalność i adekwatność do przedmiotu zamówienia”. Ustawodawca nie wprowadza bowiem żadnych dodatkowych mechanizmów ani nie określa szczególnych okoliczności, które umożliwiałyby kreowanie warunku udziału w postępowaniu z pominięciem w/w zasad czy też zastąpienie ich innymi wskaźnikami, przykładowo specyfiką rynku, która co prawda może być pomocna w konkretyzacji warunku jednakże nie może przesądzać o jego ostatecznym kształcie.

Przepis art. 22 ust. 4 pzp wyznacza dyrektywy dla Zamawiającego przy dokonywaniu opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, które mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 pzp), co oznacza, iż opis ten nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Podkreślenia wymaga zatem, iż Zamawiający powinien kierować się zawsze również podstawowymi zasadami wyrażonymi w pzp, w tym m.in. w art. 7 ust. 1 pzp.

Nadto warto dodać, iż zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), okres w jakim powinna nastąpić weryfikacja doświadczenia wykonawcy, a co z tym związane ocena jego predyspozycji do należytej realizacji zamówienia, to co do zasady ostatnie 3 lata przez upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to bierze się pod uwagę ten okres. Od powyższej reguły

nie przewidziano żadnych odstępstw, za wyjątkiem zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Mając na względzie powyższe uregulowania, należy wskazać, iż organ nie podziela stanowiska Beneficjenta przedstawionego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, sporządzony został w sposób precyzyjny i zgodny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Uzależnienie ilości zrealizowanych dostaw (powiązanych dodatkowo z ceną ofertową) od czasu w jakim prowadzona jest działalność, jak to uczynił w przedmiotowej sprawie Zamawiający, nie może znaleźć uzasadnienia jako działanie mające na celu realizację wspomnianych zasad, choć dla niektórych podmiotów warunek ten mógłby być korzystny, stwarzając możliwość wzięcia udziału w przetargu. Użyty przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” mechanizm, stawiał wykonawców działających krócej na rynku w znacznie korzystniejszej sytuacji (co do faktycznej ilości zrealizowanych zamówień) mimo, iż ustawodawca nie dopuszcza różnicowania wykonawców na żadnej płaszczyźnie (art. 7 ust. 1 pzp). Podkreślić należy, iż Zamawiający określając warunki nie może zapominać, iż mają być one jednakowe dla wszystkich uczestników tego postępowania.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyjaśnienia Beneficjenta zawarte we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy. Jak wskazał Beneficjent, sporny warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia należy interpretować w ten sposób, iż: „wykonawca prowadzący działalność poniżej 1,5 roku (czyli krócej niż połowę okresu trzyletniego) powinien wykazać się co najmniej jedną umową (zaokrąglenie w górę) o wartości – w tym przypadku – 25% ceny ofertowej, zaś wykonawca działający dłużej niż 1,5 roku, powinien wykazać się analogicznie doświadczeniem w postaci dwóch umów o wartości łącznej co najmniej 50% ceny ofertowej”. Zgodnie z powyższą interpretacją, wykonawca prowadzący działalność dłużej niż 1,5 roku musiał wykazać się jedną dostawą więcej od konkurencji, a nadto dostawy te (co najmniej 2) łącznie musiały być o 100% wyższe od wartości dostawy konkurencji, tj. opiewać na 50% wartości oferty. Jednakże należy podkreślić, iż warunek ten dotyczył tylko tych podmiotów, które prowadziły działalność dłużej niż 1,5 roku. W przypadku podmiotów prowadzących działalność krócej niż 1,5 roku, warunek ten był mniej restrykcyjny. Podmioty te mogły bowiem wykazać realizacją tylko jednej dostawy i to w dodatku o wartości 25% ceny ofertowej, nie zaś dwóch dostaw. Przy tak skonkretyzowanym warunku jak przedstawiono powyżej, część wykonawców posiadających takie samo doświadczenie np. mogących wykazać się wykonaniem jednej dostawy o wartości 25% (w ocenie organu powinno być 50%, o czym mowa w dalszej części niniejszej decyzji) ceny oferty, z uwagi na okres prowadzonej działalności byłaby traktowana mniej restrykcyjnie, a zatem odmiennie, co w ocenie IZ RPO WZ ma wpływ na zachwianie konkurencyjności oraz naruszenie zasady równości.

Należy podkreślić, iż w sytuacji, gdy wykonawcy posiadaliby takie samo doświadczenie tj. wykonali w okresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) jedną dostawę o wartości 25% ceny oferty, to przy takim opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jaki sformułował w niniejszej sprawie Zamawiający, wykonawca prowadzący działalność dłużej niż 1,5 roku byłby wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Nie wykazał się on bowiem dwoma dostawami o odpowiedniej wartości. Trzeba zaś pamiętać, iż nieuzupełnienie dokumentów jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli wykluczeniem z udziału w postępowaniu. Ponadto pzp stwarza podstawę do zatrzymania przez Zamawiającego wadium w przypadku nieprzedłożenia przez wykonawcę na wezwanie dokumentów (art. 46 ust. 4a pzp). Jednakże co istotne już konkurent wspomnianego powyżej wykonawcy prowadzący działalność krócej niż 1,5 roku spełniłby warunek udziału w postępowaniu wykazując się tylko jedną dostawą. Postępowania Zamawiającego, które doprowadziło do takiej sytuacji nie można uznać za prawidłowe. Przyjęte założenie świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców.

W tym miejscu warto również dodać, iż IZ RPO WZ nie neguje faktu, że mechanizm jakim posłużył się Zamawiający celem zweryfikowania posiadanej przez wykonawców wiedzy i doświadczenia, znany był wszystkim wykonawcom, na co zwrócono uwagę we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy. Tym niemniej opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mógł powodować trudności interpretacyjne, i w następstwie przyczynić się do rezygnacji z udziału w postępowaniu części zainteresowanych podmiotów. O trudnościach interpretacyjnych świadczy choćby fakt, iż sam Beneficjent w swych wyjaśnieniach z dnia 11.08.2014 r. przedstawił odmienną interpretację spornego postanowienia aniżeli uczynił to następnie we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy. Otóż w piśmie z dnia 11.08.2014 r. (wyjaśnienia do wyników czynności kontrolnych) Beneficjent wyjaśnił, iż: „(...) zgodnie z wprowadzoną w SIWZ proporcjonalnością w stosunku rocznym w zakresie zawartych umów, wykonawca: który prowadził działalność maksymalnie nie więcej niż 1,5 roku – powinien

wykazać się jedną umową, natomiast wykonawca, który prowadząc działalność dłużej niż 1,5 roku – powinien wykazać się dwiema dostawami. W obu przypadkach wykonawcy powinni wykazać się umowami sprzedaży autobusów turystycznych o wartości łącznej nie mniejszej niż 50% wartości złożonej oferty, proporcjonalność dotyczy bowiem ilości umów a nie ich wartości”. Z kolei we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent podał, iż proporcjonalność (określona w SIWZ w rozdziale VII ust. 1 pkt 2 ostatnie zdanie) „w stosunku rocznym do wskazanych wyżej ilości umów sprzedaży z zaokrągleniem w górę do pełnej liczby” dotyczy nie tylko ilości umów, ale także ich wartości (na co wskazywano już powyżej). Wykładnia językowa spornego postanowienia SIWZ prowadzi do wniosku, iż w/w mechanizm jakim posłużył się Zamawiający, miał odnosić się jedynie do ilości umów sprzedaży, a nie jak wskazuje Beneficjent we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy do wartości udzielonych zamówień. Tym niemniej jeszcze raz należy podkreślić, iż jak wynika z akt sprawy sam Beneficjent prezentuje dwa rozbieżne stanowiska związane z interpretacją warunku udziału w postępowaniu, co jedynie potwierdza, iż wątpliwości w tym zakresie mogli mieć również potencjalni wykonawcy, a sformułowanie przez organ zastrzeżeń odnośnie przejrzystości i klarowności opisanego warunku było uzasadnione. Wątpliwości interpretacyjne potencjalnych wykonawców, których nie można wobec powyższego wykluczyć, mogły przyczynić się do ich rezygnacji ze złożenia ofert, spośród których to ofert mogła znajdować się ta najkorzystniejsza cenowo. Niejednoznaczność zapisów SIWZ mogła zatem przyczynić się do powstania szkody w budżecie UE poprzez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego aniżeli mogłoby być to konieczne. Dodatkowo warto wskazać, iż w postępowaniu wpłynęła tylko 1 oferta.

We wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy Beneficjent wskazał, iż miał możliwość posłużenia się mechanizmem określającym w sposób pośredni wartość wymaganego doświadczenia. Strona podała, iż zgodnie z zasadą proporcjonalności i adekwatności postawionych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, warunki te powinny odzwierciedlać ustalone potrzeby w zakresie potencjału doświadczenia, potencjału kadrowego, technicznego, ekonomicznego, a także finansowego, których posiadanie będzie warunkowało pewne i niezakłócone wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Odnosząc powyższe do warunku związanego z wiedzą i doświadczeniem oraz analizowanego stanu faktycznego, Beneficjent wyjaśnił, iż dla zmaksymalizowania jego adekwatności konieczne było ustalenie, jaki poziom zaangażowania finansowego obciąża wykonawcę w związku z realizacją zamówienia o wymaganych parametrach. Oparcie się w tym zakresie tylko na szacunkowej wartości zamówienia i wskazanie w oparciu o tę wartość konkretnej kwoty wymaganego doświadczenia zawodowego jest w opinii Strony tylko jedną z możliwych form warunku. Jednakże w ocenie Zamawiającego w realiach przedmiotowego zamówienia spowodowałoby to, iż opis warunku w tym zakresie zapewniałby jedynie formalną, nie zaś rzeczywistą realizację postulatu równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ potencjalny wykonawca winien mieć od razu możliwość zweryfikowania czy spełnia, czy też nie, wymagania formalne związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Żeby zaś można było takiej weryfikacji dokonać to wymagana minimalna według Zamawiającego wartość dostaw niezbędna do wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, winna wynikać wprost z dokumentacji przetargowej. Istotnym jest bowiem, aby żaden wykonawca nie musiał ponosić dodatkowych kosztów (np. sporządzania kalkulacji cenowych), aby zweryfikować posiadane zasoby. Zgodnie z poglądami doktryny (A. Sołtyśńska: Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz 2006, s.287-288): „szybki, tani i skuteczny dostęp do informacji o potencjalnym zamówieniu jest jedną z podstawowych gwarancji jawności i przejrzystości systemu zamówień publicznych wspomagających efektywną realizację zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. Jego waga wynika z potrzeby zapewnienia równych szans wszystkim przedsiębiorcom już na samym początku postępowania”. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (zwana dalej: KIO) w wyroku z dnia 30.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1125/08) wskazała, iż: „po zapoznaniu się z treścią warunku postawionego przez Zamawiającego nie jest możliwe ustalenie, w sposób, który nie budziłby żadnych wątpliwości, czy dany wykonawca jest w stanie ów warunek spełnić, a tym samym, czy może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Nie można (...) zmuszać przedsiębiorców, aby na samym początku postępowania ponosili znaczne koszty w postaci konieczności przygotowania kosztorysu, który dopiero będzie stanowił dla nich konkretną informację o spełnieniu warunku, jaki postawił Zamawiający”. Za niedopuszczalne uznała KIO określenie warunku udziału w postępowaniu na zasadzie procentowej wartości do zaoferowanej przez wykonawców ceny ofertowej brutto, także w wyroku z dnia 19.02.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1839/10) czy w uchwale z dnia 07.08.2009 r. (sygn. akt KIO/KD 20/09).

Beneficjent nie podzielił także zawartego w decyzji Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r. stwierdzenia, iż „(...) Zamawiający poprzez opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu nie może tworzyć mechanizmów pozwalających na kształtowanie treści warunku przez wykonawców. Przy takiej konstrukcji warunku, wykonawcy mogą w sposób zupełnie dowolny, zmienić czy też dostosować swoje możliwości realizacyjne (doświadczenie w celu uzyskania zamówienia publicznego) do wartości własnej oferty na którą to mają bezpośredni wpływ.” We wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wskazano, że „wykonawcy nie mogli w analizowanym stanie faktycznym w sposób swobodny kształtować warunku udziału w postępowaniu, skoro został on jednoznacznie opisany. Trudno z pewnością uznać za naganne takie kształtowanie poprzez obniżenie ceny oferty, na którą to możliwość zwraca uwagę organ, a które to działanie (minimalizacja ceny) stanowi przecież główny cel postępowania, a zatem przy założeniu racjonalnego działania wykonawców mogłoby mieć miejsce jedynie z korzyścią dla Zamawiającego”. Odnosząc się do powyższego należy przyznać Beneficjentowi rację w części dotyczącej korzyści Zamawiającego w przypadku obniżania ceny oferty. Niemniej jednak niedopuszczalnym jest, aby zastosowany przez Zamawiającego mechanizm mógł być wykorzystywany do samodzielnego kreowania warunku wartościowego jakim wykonawca będzie się wykazywał celem spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Mechanizm, o którym mowa – mając na względzie treść art. 7 ust. 1 pzp – winien być jednakowy dla wszystkich wykonawców. Tymczasem konstrukcja zastosowana przez Zamawiającego prowadziła w konsekwencji do naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji przez dopuszczenie możliwości manipulacji warunkiem udziału w postępowaniu przez wykonawców. Przyzwolenie na samodzielne formułowanie warunku w zakresie wartości zrealizowanego zamówienia przez każdego z potencjalnych wykonawców, stoi w sprzeczności z pzp, gdyż powoduje iż wykonawcy oceniani są w sposób odmienny. Dla każdego z wykonawców wspomniany warunek i ocena jego spełnienia będzie brzmiała inaczej, która to sytuacja nie może zostać zaakceptowana.

Tym samym po ponownym rozpoznaniu sprawy na skutek złożonego przez Beneficjenta wniosku z dnia 14.07.2015 r., IZ RPO WZ podtrzymała postawiony w decyzji administracyjnej Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r. zarzut naruszenia w postępowaniu pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w zakresie nieprawidłowego sformułowania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia. Działanie Beneficjenta mogło mieć wpływ na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, gdyż nie jest wykluczonym, iż część z nich po zapoznaniu się z treścią dokumentacji przetargowej i niejednoznacznym opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zrezygnowała ze złożenia swojej oferty, która mogłaby być ofertą korzystniejszą aniżeli oferta wybrana. Należy przyjąć, iż większa konkurencja w postępowaniu daje Zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, więc jej ograniczenie mogło przyczynić się do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE poprzez finansowanie wydatku, który wkład finansowany nie dopuścił się naruszenia pzp mógłby być niższy, a tym samym niższy byłby wkład finansowany z budżetu UE. Za możliwością wystąpienia szkody przemawia także fakt, iż w analizowanym postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta, o czym była już mowa powyżej. Zapewnienie większej konkurencyjności dawałoby szansę na wpływ większej ilości ofert, niewykluczone że w porównaniu z ofertą wybraną korzystniejszych dla Zamawiającego. Reasumując, działanie podmiotu gospodarczego prowadzące do naruszenia pzp spowodowało potencjalną szkodę w budżecie UE. Mając na uwadze powyższą analizę, należy podkreślić fakt wystąpienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a możliwością wystąpienia szkody w budżecie UE. Wszak gdyby Zamawiający nie określił dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu, mogłoby dojść do wyłonienia wykonawcy oferującego korzystniejszą cenę, a zatem wkład finansowy z budżetu UE byłby niższy.

Ponadto IZ RPO WZ ustaliła, iż w postępowaniu pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” w ramach warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeśli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, Zamawiający w rozdziale VII ust.1 pkt 1 SIWZ wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu mogą brać udział jedynie podmioty posiadające zarejestrowaną działalność gospodarczą w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, iż czynności wykonywane w ramach przedmiotowego zamówienia nie wymagają posiadania przez wykonawcę żadnych szczególnych uprawnień, np.: licencji, koncesji, zezwoleń, wpisów i innych wynikających z przepisów prawa. Zatem biorąc pod uwagę fakt, iż działalność gospodarcza miała być zarejestrowana w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia, po ponownej analizie materiału zgromadzonego w sprawie z uwzględnieniem zarzutów sformułowanych we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, IZ RPO WZ podtrzymuje twierdzenie, iż w/w postanowienie zawarte przez

Zamawiającego w rozdziale VII ust. 1 pkt 1 SIWZ stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 ust. 4 pzp.

Powyższy pogląd znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. I tak przykładowo zgodnie z uchwałą KIO z dnia 02.11.2010 r. (sygn. akt KIO/KD 78/10): „Żaden przepis ustawy pzp nie uzależnia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego od zarejestrowania działalności gospodarczej w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia. Bezpodstawne jest zatem ograniczenie kręgu podmiotów mogących brać udział w postępowaniu do wykonawców, którzy przez przystąpieniem do przetargu zarejestrowali działalność w zakresie obejmującym zamówienie, które będą realizować w przypadku wyboru ich oferty”. W tym miejscu warto dodać, iż wykonawcą – stosownie do brzmienia art. 2 pkt 11 pzp – może być osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Pzp nie determinuje zatem formy prowadzonej działalności w celu uzyskania zamówienia.

Warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania przez wykonawców zarejestrowanej działalności gospodarczej w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, mógł wpłynąć negatywnie na krąg potencjalnych wykonawców. Działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do ograniczenia dostępu do zamówienia podmiotom, które na dzień składania ofert nie posiadały działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, czy też na dzień składania ofert w ogóle nie posiadały zarejestrowanej działalności gospodarczej. Gdyby nie ustanowiony nieprawidłowo warunek nie jest wykluczonym, iż uzyskanoby więcej ofert, a także nie jest wykluczonym, iż wpłynęłaby oferta korzystniejsza cenowo. Ograniczenie konkurencyjności, o którym mowa mogło przyczynić się do powstania szkody w budżecie UE poprzez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego aniżeli mogłoby być to konieczne. Działanie Beneficjent prowadzące do naruszenia prawa było zatem związane z możliwością wystąpienia szkody w budżecie unijnym.

Warto dodać, iż IZ RPO WZ nie podważa wyводу Beneficjenta przeprowadzonego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wskazującego na przepisy prawa (ustawa o swobodzie działalności gospodarczej i Kodeks wykroczeń), które to prowadzą do wniosku, iż podmioty realizujące przedmiotowe zamówienie co do zasady muszą być przedsiębiorcami. Należy mieć jednak na uwadze, że powyższe dotyczy sytuacji, w której dany podmiot już uzyskał konkretne zamówienie. Istotnym zaś pozostaje fakt, iż na moment weryfikacji wykonawcy czyli na dzień składania ofert, nie musi być on przedsiębiorcą. Trzeba jednak pamiętać, że może się nim stać przed zawarciem umowy i wykonaniem dostawy.

We wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy Beneficjent podał także, iż jako Zamawiający nie żądał złożenia żadnych dokumentów potwierdzających spełnienie analizowanego wymogu. W tym miejscu należy wskazać, iż dokonanie konkretyzacji warunku stawianego wykonawcom, tj. żądanie posiadania zarejestrowanej działalności w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, wiązało się z weryfikacją wykonawców w powyższym zakresie (tj. posiadania przez nich uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności). Według art. 26 ust. 1 pzp Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Precyzując warunek udziału w postępowaniu, którego wartość szacunkowa jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, mając na uwadze dyspozycję art. 26 ust. 1 pzp, Zamawiający w przedmiotowej sprawie zobowiązany był zażądać dokumentów na potwierdzenie skonkretyzowanego warunku. Z uwagi na fakt, iż przedmiotowa działalność związana z zamówieniem nie jest regulowana żadnymi przepisami prawa, Beneficjent weryfikował skonkretyzowane uprawnienie na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego (zwanego dalej: KRS) lub Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (zwanej dalej: CEiDG), na co mogą wskazywać - w opinii organu - wyjaśnienia Beneficjenta z dnia 11.08.2014 r. We wspomnianym piśmie Beneficjent powołując się na znajomość zasad podejmowania działalności koncesyjnej regulowanej w Polsce uznał, że „jeśli wykonanie umowy wymaga odpowiednich uprawnień, a z założenia związane jest z prowadzoną działalnością gospodarczą, to prowadzenie takiej działalności wymagającej uprawnień będzie poświadczane stosownym rejestrem. (...) W odniesieniu do analizowanego przetargu, powyższe uregulowania oznaczają, że wykonawca prowadzący działalność gospodarczą powinien we wpisie rejestrowym posiadać stosowny do przedmiotu przetargu, jakim była dostawa autobusów, wpis o prowadzeniu takiej działalności”.

Należy zaznaczyć, iż każdy potencjalny wykonawca - analizując treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ - musiał mieć na uwadze konieczność spełnienia postawionego przez Zamawiającego wymogu, który był czytelny i niebudzący wątpliwości. Według bowiem treści art. 44 pzp wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli Zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.

Zdaniem Beneficjenta, jak podano we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, zważywszy na specyfikę i wartość zamówienia, w istocie wymóg dotyczący posiadania zarejestrowanej działalności gospodarczej w zakresie przedmiotu zamówienia pozostawał irrelevantny z punktu widzenia prawidłowej konkurencji. Wedle Beneficjenta, nie sposób bowiem przypuszczać, że zamówienie o którym mowa w analizowanym przypadku mogłoby zostać zrealizowane przez osobę fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej. Działanie takie, jak podała Strona, stałoby w jawnej sprzeczności z prawem oraz realiami rynku. W ocenie IZ RPO WZ, po ponownym rozpoznaniu sprawy, która znalazła też wyraz w decyzji administracyjnej Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r., Zamawiający formułując sporny warunek udziału w postępowaniu ograniczył dostęp do zamówienia niektórym podmiotom np. osobom fizycznym nieprowadzącym działalności gospodarczej. W tym miejscu należy ponownie podkreślić, iż ograniczenie możliwości złożenia oferty podmiotom nieposiadającym działalności gospodarczej czy też posiadającym działalność gospodarczą, ale w innym zakresie aniżeli przedmiot zamówienia, potencjalnie mogło mieć wpływ na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, zwłaszcza iż pozostaje ono niedopuszczalne na gruncie pzp. Nie można wykluczyć, iż wspomniane podmioty byłyby zainteresowane udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jednakże z uwagi na postanowienia SIWZ odstąpiły od złożenia oferty. Dodatkowo wskazać należy, iż w postępowaniu pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” wpłynęła tylko 1 oferta, co może świadczyć o tym, iż analizowane postanowienie SIWZ mogło mieć wpływ na ograniczenie kręgu wykonawców.

Reasumując, w ocenie organu określenie wymogu jaki postawił Zamawiający wykonawcom, żądając, aby posiadali zarejestrowaną działalność gospodarczą w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, nie można uznać za niezbędne do przeprowadzenia weryfikacji uprawnień wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazano działalność gospodarcza niezbędna do wykonania przedmiotu zamówienia nie jest działalnością co do której istnieje obowiązek uzyskania szczególnych uprawnień. Nie można wykluczyć sytuacji, iż wykonawca nieprowadzący działalności gospodarczej lub prowadzący działalność w innym zakresie, dokonałby stosownej rejestracji po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej i przed uzyskaniem zamówienia, jednak z uwagi na postanowienia SIWZ odstąpił od uczestnictwa w niniejszym przetargu. Z punktu widzenia przepisów pzp, w szczególności art. 2 pkt 11 pzp, nie jest istotne czy wykonawca prowadzi działalność, a także czy w przypadku jej prowadzenia odbywa się to w formie wymaganej przez Zamawiającego. Działanie Zamawiającego mogło zatem doprowadzić do naruszenia zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Gdyby nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego pzp nie jest wykluczonym, iż w postępowaniu wpłynęłoby więcej ofert spośród których mogłyby znaleźć się oferty korzystniejsze cenowo. Wyłonienie zaś wykonawcy oferującego korzystniejszą cenę, spowodowałoby iż wkład finansowy z budżetu UE na sfinansowanie wydatku byłby niższy. Reasumując, działanie podmiotu gospodarczego prowadzące do naruszenia pzp spowodowało potencjalną szkodę w budżecie UE. Tym samym nie można zgodzić się z Beneficjentem, iż postawiony przez niego, analizowany warunek udziału w postępowaniu nie mógł stanowić nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006.

Ponadto w decyzji administracyjnej Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r. wskazano, że zgodnie z rozdziałem I.5 SIWZ w zakresie postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu dodatkowo określono, iż o udział w realizacji zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający minimum 10 stacji obsługi serwisowej na terenie kraju przy dostawie polegającej na zakupie 7 sztuk autobusów, co było warunkiem nieadekwatnym, nadmiernym do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji mogło prowadzić do naruszenia zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo organ uznał, że nakaz posiadania stacji obsługi serwisowej na terenie kraju stanowił ograniczenie terytorialne niezajdujące uzasadnienia w specyfice zamówienia, prowadzące do dyskryminacji podmiotów funkcjonujących poza granicami. IZ RPO WZ podkreśliła także, że z punktu widzenia świadczenia usługi serwisowej istotnym jest np. czas reakcji, termin usunięcia awarii, jakość usługi, natomiast sam sposób wykonywania usługi uzależniony jest od możliwości organizacyjnych i technicznych wykonawcy.

We wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy Beneficjent zarzucił IZ RPO WZ, iż upatruje ona źródła warunku w postaci posiadania przez wykonawcę minimum 10 stacji obsługi serwisowej na terenie kraju w rozdziale I ust. 5 SIWZ. Tymczasem jak podał Beneficjent, należy mieć na względzie, iż rozdział ten dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a nie warunków udziału w postępowaniu. Jak podano, iż w rozdziale VII SIWZ w ust. 1 pkt 3 dotyczącym warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający nie dokonał opisu sposobu oceny spełniania w/w warunku. W istocie jest to zatem warunek przedmiotowy, a nie

podmiotowy w rozumieniu art. 22 ust. 1 pzp, co podważa istotę zarzutu sformułowanego w decyzji administracyjnej nr WWRPO/25/W/2015 i powołanie jako podstawy naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp nie znajduje podstaw faktycznych i prawnych. Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, że postanowienia związane z koniecznością funkcjonowania na terenie Polski m.in. 10 stacji obsługi serwisowej zostały ujęte zarówno w rozdziale I (opis przedmiotu zamówienia), jak i rozdziale VII SIWZ (wykaz oświadczeń lub dokumentów jaki mają dostarczyć wykonawcy). Co do stwierdzenia Beneficjenta, iż wspomniany wymóg nie może stanowi warunku podmiotowego w rozumieniu art. 22 ust. 1 pzp, lecz wymóg przedmiotowy, analizując treść SIWZ powyższe może w ocenie organu budzić wątpliwości, albowiem Beneficjent nie dokonał konkretyzacji warunku w rozdziale VII SIWZ (co miało miejsce przy warunku wiedzy i doświadczenia), a w rozdziale VIII SIWZ wskazując, iż jest to dokument składany w celu potwierdzenia spełnienia warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Tym samym może powstać wątpliwość jak należało kwalifikować w/w dokument.

Następnie Beneficjent we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy podkreślił, iż analiza dopuszczalności postawienia wymogu dotyczącego istnienia stacji obsługi serwisowej na terenie kraju powinna być dokonywana z uwzględnieniem realiów danego zamówienia. Brak jest podstaw do przyjmowania automatycznego założenia, że wymóg ten stanowi ograniczenie terytorialne. Beneficjent podał, iż wymóg ten był podyktowany przede wszystkim względami praktycznymi. Strona nie podzieliła zapatrywania organu, iż z punktu widzenia Zamawiającego istotny jest jedynie czas reakcji, termin usunięcia awarii i jakość świadczonej usługi, a nie sposób organizacji wykonywania usługi. Pojazdy jakimi są autobusy turystyczne ze względów bezpieczeństwa podróży muszą być poddawane regularnej kontroli serwisowej, a prawidłowość sprawowania owej kontroli może zapewnić wyłącznie autoryzowana stacja obsługi. Dostęp do odpowiedniej stacji obsługi serwisowej jest niezwykle istotny i ma bezpośredni wpływ na jakość i sposób eksploatacji pojazdów. Beneficjent zwrócił uwagę, iż okres gwarancyjny przewidziany w projekcie umowy wynosi jedynie 24 miesiące, a po jego upływie Beneficjent będzie zmuszony do korzystania z usług stacji zewnętrznych. W praktyce brak możliwości skorzystania ze stacji obsługi na terenie kraju, w zasadzie uniemożliwiłby zamierzone korzystanie z pojazdów, czyniąc zakup nieefektywnym. W ocenie Strony nie można też czynić zarzutu naruszenia konkurencji ze względu na liczbę wymaganych stacji, skoro przedmiotem zamówienia są autobusy wycieczkowe, a więc z założenia dalekobieżne, co uzasadnia konieczność posiadania odpowiedniego zaplecza technicznego w różnych miejscach. Zdaniem Beneficjenta jest to również nie bez znaczenia w kontekście odsprzedaży autobusów innemu podmiotowi. Zważywszy, że autobusy są pojazdami o stosunkowo długim okresie eksploatacji, zapewnienie odpowiedniego zaplecza serwisowego jest jednym z kluczowych elementów strategii przy tego rodzaju zamówieniach. Ponadto w praktyce liczba stacji serwisowych (w tym autoryzowanych) wszystkich marek wielokrotnie przewyższa ilość wymaganą przez Zamawiającego. Poddając analizie argumentację Beneficjenta uzasadniającą potrzebę określenia wymagań co do usługi serwisowej, IZ RPO WZ po ponownej analizie sprawy stwierdziła, iż wymóg w zakresie dostępu do 10 stacji serwisowych na terenie Polski jest uzasadniony charakterem zamówienia i względami praktycznymi. Za powyższym przemawia w szczególności argument techniczny (bezpieczeństwo podróży) oraz ekonomiczny (koszty serwisowania po upływie okresu gwarancyjnego). W tym zakresie organ przychyliła się do wyjaśnień Beneficjenta przedstawionych we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, a wskazanych powyżej.

W dalszej kolejności Beneficjent we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy podkreślił, iż w rozdziale I ust. 5 SIWZ mowa jest o funkcjonowaniu na terenie kraju stacji obsługi serwisowej danej marki (a zatem producenta lub stacji autoryzowanych), a nie o dysponowaniu w/w stacjami przez wykonawcę. W tym miejscu Beneficjent powołał się na orzecznictwo KIO, a mianowicie wyrok z dnia 05.05.2014 r. (sygn. akt KIO 765/14), 17.04.2013 r. (sygn. akt KIO 774/13) oraz 10.05.2012 r. (sygn. akt KIO/KD 45/12). Zwrócono też uwagę, że Zamawiający nie postawił wymogu w postaci dysponowania stacją w określonej odległości od jego siedziby, co jest często spotykaną praktyką, lecz pozostawił w tym względzie dowolność. Po zapoznaniu się z przedstawionym przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy orzecznictwem organ uznał, iż można zaobserwować zmiany w dotychczasowej linii orzeczniczej co do postawionego przez Zamawiającego wymagania, które przemawiają na korzyść Beneficjenta. IZ RPO WZ uznała, iż jeśli sporny wymóg pozwala na osiągnięcie optymalnych warunków realizacji zamówienia z punktu widzenia ekonomicznego i celowościowego (jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu) to można go uznać za dopuszczalny i niemający wpływu na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców.

Zatem z uwagi na nieprecyzyjne postanowienia SIWZ, a także argumentację przedstawioną we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy (wymóg, aby autobusy, zgodnie z marką – a nie wykonawca – posiadały na terenie Polski min. 10 stacji obsługi serwisowej, a także obowiązek załączenia do oferty dokumentów potwierdzających ich funkcjonowanie na terenie Polski – bez odnoszenia się do obowiązku wykazywania się tym potencjałem jako zasobem tego wykonawcy) IZ RPO WZ odstąpiła

od stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta w ramach postępowania pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie wymogu dot. stacji obsługi serwisowej na terenie Polski. Należy jednak podkreślić, iż powyższe – biorąc pod uwagę inne stwierdzone przez organ naruszenia opisane powyżej - nie wpływa na wysokość ustalonej i nałożonej przez organ w ramach w/w postępowania przetargowego korekty finansowej.

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, iż poprzez naruszenie pzp Beneficjent naruszył procedury. Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9. Zaś na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp, w przypadku braku zwrotu środków w terminie określonym wydaną decyzją, Beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymywania środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Okres wykluczenia kończy się z upływem trzech lat liczonych od dnia dokonania zwrotu tych środków (art. 207 ust. 5 ufp).

Należy wyjaśnić, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie (m.in. obligujące Beneficjenta do przestrzegania zapisów pzp), Wytycznych dla Wnioskodawców, Uszczegółowienia RPO WZ. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur, na podstawie których wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzanej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (zob. art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. Umowa ta określa warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane (art. 30 ust. 1 i 2 uzppr). Umowa jest zatem elementem projektu. W związku z powyższym, niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi.

Naruszenie przez Beneficjenta procedur w przedmiotowej sprawie poprzez niedochowanie zapisów pzp, jak już wskazywano, doprowadziło do wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE, a zatem zaistniał związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a szkodą. Innymi słowy poprzez działanie podmiotu gospodarczego doszło do naruszenia prawa wspólnotowego (należy zaznaczyć, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego), które mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionych wydatków z budżetu ogólnego. A zatem organ wziął pod uwagę wszystkie elementy składające się na definicję „nieprawidłowości” (zgodnie z art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006), których wystąpienie skutkuje nałożeniem korekty finansowej (według art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006). Wykrycie naruszenia i uznanie go za nieprawidłowość przez IZ RPO WZ – której przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów – rodzi po stronie IZ RPO WZ obowiązek nałożenia korekty finansowej, co też w niniejszej sprawie uczyniono.

IZ RPO WZ nie podziela zdania Beneficjenta wyrażonego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż organ nie dokonał wnikliwej oceny czy stwierdzone w sprawie naruszenia stanowiły nieprawidłowość w rozumieniu rozporządzenia nr 1083/2006. W ocenie IZ RPO WZ – wbrew twierdzeniu Strony – w dostateczny sposób wykazano element powstania szkody w budżecie UE poprzez poniesienie nieuzasadnionych wydatków. Organ wskazał również na powiązanie pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a szkodą potencjalną.

W tym miejscu należy przypomnieć, iż 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 którą składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Wskazać należy, iż poddane w niniejszej decyzji szczegółowej analizie warunki postawione przez Zamawiającego wykonawcom, mogły w rzeczywistości zniechęcić wykonawców do udziału w ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu. Działanie Beneficjenta polegające na

braku określenia konkretnej wartości dostaw referencyjnych doprowadziło do sytuacji, w której dla każdego z potencjalnych wykonawców żądanie to mogło mieć różne znaczenie i być odczytywane w różny sposób. W szczególności określenie warunku na zasadzie procentowej wartości do zaoferowanej przez wykonawców ceny ofertowej brutto, mogło spowodować, że dla każdego z wykonawców warunek miał różną wysokość, tym samym doświadczenie wykonawców nie byłoby porównywalne. A zatem opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie był czytelny i precyzyjny. Nawet wykładnia postanowienia rozdziału VII ust. 1 pkt 2 SIWZ dokonana przez Beneficjenta jest niespójna (jak już wskazywano w toku wyjaśnień przedstawiono dwa odmienne sposoby rozumienia przedmiotowego warunku), co jedynie potwierdza brak jednoznaczności i precyzji podczas kształtowania warunku. Przedmiotowy opis godzi w przejrzystość postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co powoduje powstanie potencjalnej szkody w budżecie UE. Trybunał Sprawiedliwości UE 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 UE oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję”, co potwierdza również orzecznictwo sądów krajowych. Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej: NSA) w wyroku z dnia 20.01.2015 r. (sygn. akt II GSK 1745/13) wskazał, że „organy orzekające o zwrocie nie muszą zatem ustalać konkretnej wielkości szkody. W większości przypadków takie ustalenie w ogóle nie byłoby możliwe, co nie oznacza, jak wyżej to już zauważono, że w sprawach takich nie zachodzą nieprawidłowości implikujące zwrot dofinansowania”, nadto w wyroku z dnia 19.03.2015 r. (sygn. akt II GSK 392/14) zauważył, że „nie może budzić wątpliwości, że szkoda (...) nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie”. Również potencjalnie mogło mieć wpływ na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców działanie Beneficjenta polegające na ograniczeniu możliwości złożenia oferty przez podmioty nieposiadające działalności gospodarczej lub podmioty posiadające działalność gospodarczą jednakże w innym zakresie aniżeli przedmiot zamówienia. Dodatkowo podkreślić warto, iż w postępowaniu pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” wpłynęła tylko jedna oferta, co może również świadczyć o tym, że postawione wykonawcom warunki udziału w postępowaniu mogły mieć wpływ na ograniczenie kręgu wykonawców, a tym samym zasadnym jest stwierdzenie wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Należy dodać, iż umowa sprzedaży nowych autobusów turystycznych z dnia 29.04.2013 r. opiewała na kwotę 3 934 339,50 zł brutto. Gdyby Beneficjent precyzyjnie, w sposób prawidłowy sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz odnoszący się do posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, nie jest wykluczonym, iż w postępowaniu wpłynęłoby więcej ofert spośród których mogłyby znaleźć się oferty korzystniejsze cenowo. Innymi słowy, w przypadku prawidłowego zastosowania przez Beneficjenta pzp mogło pojawić się więcej potencjalnych wykonawców, którzy złożyliby ofertę korzystniejszą niż ta, która ostatecznie została wybrana, a tym samym budżet UE poniósłby niższe wydatki. Trzeba mieć na uwadze, że większa konkurencja w postępowaniu daje Zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty. Ograniczenie konkurencji np. poprzez niewłaściwe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu (jak w niniejszej sprawie) mogące powodować wpływ mniejszej ilości ofert, może przyczynić się do powstania szkody potencjalnej w budżecie unijnym. Tym samym nie można podzielić opinii Beneficjenta sformułowanej we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż wydana dnia 15.06.2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego decyzja administracyjna nr WWRPO/25/W/2015 stanowi wyraz nadmiernego formalizmu. Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych zasadach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Środki publiczne przeznaczone na wykonanie projektów realizowanych w ramach programów finansowanych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami. Finansowanie wydatków poniesionych niezgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami może przyczyniać się do powstania szkody w budżecie unijnym, jak w niniejszej sprawie, co skutkuje nałożeniem korekty finansowej w związku ze stwierdzonymi naruszeniami.

Mając na uwadze rodzaj naruszeń stwierdzonych przez organ, po ponownym rozpoznaniu sprawy IZ RPO WZ uznała, iż właściwym pozostaje zastosowanie w analizowanym przypadku obniżonej korekty finansowej na poziomie 10% jak przyjęto w decyzji administracyjnej nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r. Należy przypomnieć, iż w przypadku naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp Taryfikator (Tabela nr 1 poz. 16 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”) przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty

finansowej na poziomie 25%, przy jednoczesnym wskazaniu możliwości obniżenia wysokości korekty do poziomu 10% lub 5% w zależności od wagi stwierdzonej nieprawidłowości. Ponadto w rozwinięciu powyższego Taryfikator wskazuje, iż zgodnie z wynikami audytów KE i Europejskiego Trybunału Obrachunkowego (zwanego dalej: ETO) korekta 5% znajduje zastosowanie w odniesieniu do nieprawidłowości polegających na postawieniu wymogu posiadania sprzętu na etapie składania oferty, ograniczenia podwykonawstwa, wymagania doświadczenia lub uprawnień. Zestawienie wyników audytów KE i ETO precyzujące powyższe wyjątki zostało opublikowane na stronie internetowej www.funduszeuropejskie.gov.pl w dokumencie pn. „Korekty finansowe związane z naruszeniami pzp. Audyty KE i ETO”. Mając na uwadze przedstawiony powyżej zapis Taryfikatora (na który Beneficjent powołał się również we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy) należy wskazać, iż IZ RPO WZ nie polemizuje z faktem, że wskazane powyżej przypadki są tymi, które stwarzają możliwość obniżenia korekty finansowej do poziomu 5%, jednakże trzeba podkreślić, iż zapis ten nie oznacza, iż w każdym postępowaniu, w którym wystąpił jeden ze stwierdzonych przypadków organ jest zobligowany do obniżenia stawki do minimalnego poziomu. Należy pamiętać, iż obniżenie korekty jest każdorazowo rozpatrywane indywidualnie w odniesieniu do konkretnego zamówienia i decyzje w tym zakresie podejmuje ostatecznie IZ RPO WZ po uprzedniej ocenie wagi nieprawidłowości. Ponadto warto zauważyć, iż wyjątki dające możliwość obniżenia korekty finansowej do poziomu 5% zostały doprecyzowane w dokumencie pn. „Korekty finansowe związane z naruszeniami pzp. Audyty KE i ETO”, który nie odnosi się bezpośrednio do sytuacji analogicznej do tej w jakiej znalazł się Beneficjent. W analizowanej sprawie IZ RPO WZ mając na względzie wagę stwierdzonej nieprawidłowości uznała, że niezasadnym będzie zastosowanie najniższej możliwej stawki korekty finansowej w tym przypadku, tj. stawki 5%. Jednakże ze względu na specyfikę wykazanej nieprawidłowości za właściwe uznano obniżenie korekty finansowej do poziomu 10%. Nie może umykać uwadze, że naruszenie pzp w analizowanym zakresie było bezsporne. Działanie Beneficjenta w toku niniejszego postępowania doprowadziło do naruszenia podstawowej zasady rządzącej systemem zamówień publicznych tj. konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, i jak wykazano możliwym był wpływ tego naruszenia na wynik prowadzonego przez Beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia. Powaga naruszenia jakiego dopuścił się Beneficjent nie pozwala na zastosowanie minimalnej stawki korekty finansowej na poziomie 5%. Beneficjent ograniczył możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym większej liczby wykonawców, którzy mogliby złożyć ofertę korzystniejszą niż ta, która została ostatecznie wybrana. Należy mieć na uwadze, iż w analizowanym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden podmiot, co też może świadczyć o tym, że analizowane postanowienia SIWZ mogły mieć wpływ na ograniczenie kręgu wykonawców.

Wymaga również wskazania, iż IZ RPO WZ stwierdziła ostatecznie wystąpienie jednego naruszenia, a mianowicie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp. Na skutek złożonych przez Beneficjenta wyjaśnień do wyników czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach 19-21.02.2014 r. odstąpiono od stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp. Mając na uwadze powyższe, maksymalna stawka korekty finansowej tj. 25% nie byłaby, w ocenie IZ RPO WZ, adekwatna.

Reasumując, IZ RPO WZ uznała za zasadne ustalenie i nałożenie, przy wykorzystaniu metody wskaźnikowej - korekty finansowej na poziomie 10%.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. Do jej zastosowania konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez Beneficjenta lub grożącej na skutek zachowania Beneficjenta. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, stosuje się metodę wskaźnikową pozwalającą na obniżenie wydatku o kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Niewątpliwie w analizowanej sprawie wysokość powstałej szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby to wkład UE, dlatego posłużono się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej. Nie sposób wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy zachowaniu zasad konkurencyjności. Należy pamiętać, iż naruszenie przez Beneficjenta przepisów pzp polegało na ograniczeniu możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym

większej ilości oferentów (którzy mogliby złożyć korzystniejsze oferty niż ta, która została wybrana w postępowaniu), a nie na wybraniu przez Zamawiającego wykonawcy, który zaproponował mniej korzystne warunki.

Warto jeszcze dodać, iż jak wskazał NSA w wyroku z dnia 08.05.2014 r. (sygn. akt II GSK 249/13) nałożenie korekt finansowych jest rezultatem postanowień umownych, które Beneficjent przyjął podpisując umowę, a ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest w przypadku umowy o dofinansowanie obowiązek przestrzegania przepisów ustawy pzp. NSA pokreślił, iż nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania. Taryfikator przewiduje nałożenie na Beneficjenta odpowiednich korekt finansowych w przypadku stwierdzenia naruszenia przez niego procedur udzielania zamówień publicznych wspólnotowych lub/i przepisów ustawy pzp, przy czym Beneficjent podpisując umowę wyraża zgodę na zastosowanie przez Instytucję Zarządzającą zaleceń określonych przez MIR. Wytoczne, co do zasady nie stanowią źródła prawa, lecz w stosunkach między stronami umowy, stają się warunkami umowy poprzez stosowne zapisy w umowach.

Mając na uwadze powyższe rozważania, bezzasadnym jest argument Beneficjenta zawarty we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy dotyczący tego, iż korekta finansowa została nałożona bezpodstawnie, gdyż zdaniem Beneficjenta IZ RPO WZ nie wykazała wystąpienia nieprawidłowości, głównie poprzez niewskazanie na istnienie choćby potencjalnej szkody dla budżetu UE. Należy podkreślić, iż IZ RPO WZ obliczając kwotę do zwrotu miała na względzie wagę i charakter nieprawidłowości, co zostało uwypuklone w przedmiotowej decyzji administracyjnej.

Reasumując, w wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono i nałożono korektę finansową w ramach postępowania pn. „Przetarg nieograniczony na zakup nowych autobusów turystycznych” w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp. Poczynione na etapie czynności kontrolnych wstępne ustalenie administracyjne zostało potwierdzone w toku postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków. Wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (10%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (83,0699998137%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy z dnia 29.04.2013 r.

W związku z powyższym, łączna wartość środków wykorzystanych przez Beneficjenta z naruszeniem procedur wynosi 249 097,89 zł, przy czym kwota 21 344,87 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, gdzie 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 Beneficjentowi określa umowa o dofinansowanie, według której 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 odpowiednie kwoty. Podsumowując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej odnoszącą się do wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 227 753,02 zł (249 097,89 zł – 21 344,87 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

W odniesieniu do wniosku Beneficjenta o uchylenie zaskarżonej decyzji administracyjnej i umorzenie postępowania administracyjnego, należy wskazać, iż od decyzji wydanej na podstawie art. 207 ust. 1 ufp nie służy Stronie odwołanie, lecz Strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do IZ RPO WZ z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Organ rozpatrujący wniosek, jest zobowiązany do przeprowadzenia powtórnego postępowania w celu rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, gdyż do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Z uwagi na fakt, że przepisy ufp nie wskazują trybu postępowania dotyczącego ponownego rozpatrzenia sprawy, na podstawie odesłania zawartego w art. 67 ufp, do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych w ufp stosuje się przepisy kpa i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 poz. 613 tekst jednolity ze zm.). Zgodnie zatem z art. 138 § 1 kpa organ odwoławczy po przeprowadzeniu ponownego rozpoznania sprawy wydaje decyzję, w której: utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję, uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy, albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, bądź też umarza postępowanie odwoławcze. Przywołany przepis wskazuje rodzaje rozstrzygnięć jakie mogą zostać podjęte przez organ wymieniając m.in. decyzję o uchyleniu zaskarżonej decyzji i umorzeniu postępowania, nie określa jednak przesłanek wydania decyzji o

uchyleniu zaskarżonej decyzji i umorzeniu postępowania, o co we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wnosił Beneficjent, w związku z czym w doktrynie przyjęto, że w tym zakresie zastosowanie ma przepis art. 105 kpa. A zatem decyzja taka może zostać wydana przez organ wówczas, gdy postępowanie stało się bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej, co do istoty (wyrok NSA z dnia 24.01.2012 r., sygn. akt II OSK 2104/10). Umorzenie jako środek ostateczny, niweczący dotychczasowe wyniki postępowania stosować należy, gdy osiągnięcie celu postępowania administracyjnego staje się bezzasadne z uwagi na okoliczności stanowiące trwałą i nieusuwalną przeszkodę do jego kontynuowania. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, wskazania wymaga, iż przedmiotem postępowania zakończonym decyzją administracyjną nr WWRPO/25/W/2015 z dnia 15.06.2015 r. było określenie kwoty wymaganej do zwrotu z uwagi na stwierdzoną wobec Beneficjenta nieprawidłowość wykrytą przez IZ RPO WZ w związku z wykorzystaniem środków przekazanych Beneficjentowi na mocy umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 z naruszeniem procedur. Podczas postępowania administracyjnego w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy, IZ RPO WZ powtórnie przeanalizowała cały dotychczas zgromadzony materiał dowodowy, co doprowadziło do ustalenia, iż przedmiot postępowania nadal istnieje, a Beneficjent jest zobowiązany do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części i umorzenia postępowania, w związku z czym wniosek Beneficjenta w tym przedmiocie zawarty we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy uznaje za bezzasadny i niezasługujący na uwzględnienie.

Kierując się powyższym oraz mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyniki czynności kontrolnych, wyjaśnienia Beneficjenta, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, IZ RPO WZ utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję z dnia 15.06.2015 r. nr WWRPO/25/W/2015 orzekającą zwrot od Beneficjenta części środków, które otrzymał na podstawie umowy nr UDA-RPZP.02.01.06-32-001/12-00 z dnia 23.02.2013 r. na realizację projektu pn. „Wzmocnienie potencjału transportowego Przedsiębiorstwa komunikacji Samochodowej w Szczecinku poprzez zakup nowych autobusów”.

Pouczenie

Od niniejszej decyzji przysługuje wniesienie skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, ul. Staromłyńska 10 w terminie 30 dni od daty jej doręczenia za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) Michał Bala, Radca Prawny
Kancelaria Prawna Pieróg&Partnerzy
Ul. Wspólna 50 lok. 6
00-684 Warszawa
- 2) a/a

