

Załącznik do uchwały nr 1595/20  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 01 grudnia 2020 r.

Adresat  
**GIPO Sp. z o.o.**  
ul. B. W.  
(...) K.

Sygnatura  
WWRPO.VIII.3162.65.2019.AJ

## **DECYZJA**

### **Nr WWRPO/2014-2020/22/W/2020**

podjęta w dniu 01 grudnia 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego w osobach:

Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Olgiard Kustos - 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 2020 r. poz. 818 tekst jednolity), art. 207 ust. 1 pkt 2, art. 207 ust. 2a i art. 207 ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 1668 tekst jednolity)

#### **orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – GIPO Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. B. W. w K. – części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-00 zawartej w Koszalinie dnia 28 lutego 2018 r. na realizację projektu pn. „Podniesienie poziomu innowacyjności oraz konkurencyjności przedsiębiorstwa GIPO Sp. z o.o. poprzez inwestycję w rozbudowę zakładu produkcyjnego oraz nowatorskie rozwiązania produkcyjne” w łącznej kwocie 317 481,73 zł (słownie: trzysta siedemnaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt jeden złotych 73/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, w tym:

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 102 280,81 zł liczonych od dnia 03 stycznia 2020 r. (dzień następny po dniu pomniejszenia płatności) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej oraz kwotę odsetek stałych w wysokości 14 010,83 zł,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 26 517,00 zł liczonych od dnia 13 sierpnia 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 188 008,92 zł liczonych od dnia 13 sierpnia 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 675,00 zł liczonych od dnia 11 lutego 2019 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 80 1020 4795 0000 9202 0319 6953, w terminie 14 dni od daty doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie.

## 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. 2020 r. poz. 818 tekst jednolity, zwanej dalej: ustawą wdrożeniową) 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., zwanej 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 18 marca 2016 r. GIPO Sp. z o.o. (dalej jako Beneficjent, Strona lub Spółka) opublikowała pierwszą wersję wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Podniesienie poziomu innowacyjności oraz konkurencyjności przedsiębiorstwa GIPO Sp. z o.o. poprzez inwestycję w rozbudowę zakładu produkcyjnego oraz nowatorskie rozwiązania produkcyjne”. W ramach przedmiotowego projektu przewidziano:

- budowę hali produkcyjnej o powierzchni 921,0 m<sup>2</sup>,
- nabycie maszyn i urządzeń produkcyjnych do obróbki stali nierdzewnej,
- nabycie wyposażenia do laboratorium NDT oraz
- nabycie oprogramowania do konfiguracji podajników.

Nowa hala produkcyjna miała zostać wyposażona w linię technologiczną – zestaw urządzeń CNC do obróbki tej stali, w skład której wejda: – prasa krawędziowa CNC, – 2 frezarki CNC, – tokarka CNC, – automatyczna piła CNC, – 2 suwnice o udźwigu min. 3,2 t, – instalacja (kabina) do szkiełkowania (oczyszczania) stali nierdzewnej.

Dzięki projektowi GIPO Sp. z o.o. chciała usamodzielnic się w kwestii wykonywania badań nieniszczących (NDT). W tym celu miała zakupić w projekcie 2 urządzenia pomiarowe, które stanowiłyby wyposażenie laboratorium NDT. Dodatkowo w projekcie planowano zakupić specjalistyczne oprogramowanie do konfiguracji podajników, które miało zostać skomunikowane z systemem Solid Works, i pozwolić na wykonywanie kompletnych testów FAT oferowanych linii produkcyjnych, które prowadzone będą w nowej hali produkcyjnej.

W dniu 28 lutego 2018 r. pomiędzy GIPO Sp. z o.o. a Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym rolę Instytucji

Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanej dalej: IZ RPO WZ) została zawarta umowa o dofinansowanie nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-00 (procentowa wartość współfinansowania UE – 45%) na realizację projektu pn. „Podniesienie poziomu innowacyjności oraz konkurencyjności przedsiębiorstwa GIPO Sp. z o.o. poprzez inwestycję w rozbudowę zakładu produkcyjnego oraz nowatorskie rozwiązania produkcyjne” Oś Priorytetowa 1 „Gospodarka, Innowacje, Nowoczesne Technologie” Działanie 1.5 „Inwestycje przedsiębiorstw wspierające rozwój regionalnych specjalizacji oraz inteligentnych specjalizacji”. Dodatkowo Strona podpisała aneks do umowy o dofinansowanie, tj. nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-01 z dnia 28 lutego 2018 r.

Zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-00, 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 horyzontalnymi, oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 5 ust. 9 umowy o dofinansowanie).

Jak stanowi § 16 ust. 3 umowy o dofinansowanie, na Beneficjencie ciąży przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z procedurami określonymi w Zasadach w zakresie udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014-2020 (zwanymi dalej: Zasadami), stanowiących załącznik nr 5 do umowy (czyli Zasadach w wersji 1.0, zaś na mocy aneksu do umowy – Zasadach w wersji 6.0). Ponadto, zgodnie z § 30 ust. 1 umowy o dofinansowanie, w sprawach nieuregulowanych umową zastosowanie mają w szczególności odpowiednie przepisy prawa unijnego oraz prawa krajowego, wytyczne, a także obowiązujące odpowiednie reguły, zasady, postanowienia wynikające z Programu, Szczegółowego Opisu Osi Priorytetowych, wytycznych i informacji IZ RPO WZ, dostępnych na stronie internetowej Programu.

W myśl § 16 ust. 1 umowy o dofinansowanie oraz art. 44 ust. 3 ufp, Beneficjent przy wydatkowaniu środków publicznych powinien stosować się do przepisów ufp, w szczególności dokonywać wydatków:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku,
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację projektu,
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Celowość wydatków oznacza ich słuszność, niezbędność oraz związek z realizacją wykonywanego zadania publicznego. Pod pojęciem oszczędności należy rozumieć natomiast minimalizację wykorzystywanych zasobów przy czym istotne jest także, aby oszczędne wydatkowanie nie oznaczało obniżenia jakości działalności (komentarz do art. 44 ufp B. Kucia – Guściora (w:) Smoleń (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2014).

Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 17 umowy o dofinansowanie, w dniu 15-16 maja 2019 r. została przeprowadzona kontrola planowa projektu, z ustaleń której został sporządzony protokół pokontrolny. W toku czynności kontrolnych dokonano weryfikacji kwalifikowalności poniesionych wydatków oraz prawidłowości przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjności w ramach postępowań:

- 1) „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.” – dotyczy Zadania nr 2 Nabycie linii do obróbki stali nierdzewnej, wydatków:
  - nabycie prasy CNC – 9-osiowej (w dniu 02 maja 2018 r. przeprowadzono ponownie odrębne postępowanie na dostawę PRASY CNC 9-osiowej o nacisku 300 T dla GIPO Sp. z o.o.),
  - nabycie frezarki horyzontalnej CNC,
  - nabycie frezarki 5-osiowej CNC,
  - nabycie tokarki 3-osiowej CNC,
  - nabycie automatycznej piły taśmowej CNC,

- nabycie 2 suwnic o udźwigu 3,2 t,
- nabycie kabiny do szkiełkowania stali nierdzewnej,
- 2) „Dostawa urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o.” – dotyczy Zadania nr 3 Nabycie urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT, wydatków:
  - nabycie maszyny pomiarowej S. A.,
  - nabycie defektoskopu ultradźwiękowego,
- 3) „Dostawa i wdrożenie oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.) dla GIPO Sp. z o.o.” – dotyczy Zadania nr 4 Nabycie programu komputerowego do konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.), wydatku: nabycie programu komputerowego do konfiguracji podajników,
- 4) „Dostawa PRASY CNC 9-osiowej o nacisku 300 T dla GIPO Sp. z o.o.” (powtórzone postępowanie) – dotyczy Zadania nr 2 Nabycie linii do obróbki stali nierdzewnej, wydatku: nabycie prasy CNC – 9-osiowej,
- 5) „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T” – dotyczy Zadania nr 2 Nabycie linii do obróbki stali nierdzewnej, wydatku: nabycie 2 suwnic o udźwigu 3,2 t.

W odniesieniu do wszystkich ww. postępowań 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., zwany dalej: rozporządzenie nr 1303/2013) poprzez naruszenie Zasad. Warto już w tym miejscu wskazać, że przez nieprawidłowość zgodnie z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. rozumie się „(...) każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) poprzez obciążenie budżetu UE nieuzasadnionym wydatkiem”.

W piśmie z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent nie zgodził się z ustaleniami IZ RPO WZ wskazanymi w protokole pokontrolnym w postaci sformułowanych uwag i stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 nr 1303/2013. Następnie Beneficjent przedkładał jeszcze kilkakrotnie wyjaśnienia (np. pisma z dnia 29 października 2019 r. i dnia 31 października 2019 r.).

IZ RPO WZ mając na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta z dnia 29 października 2019 r. i dnia 31 października 2019 oraz zapisy Podrozdziału 3.4 pkt 22 c) Zasad odstąpiła od stwierdzenia nieprawidłowości w postępowaniu pn. „Dostawa PRASY CNC 9-osiowej o nacisku 300 T dla GIPO Sp. z o.o.” (poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia) i uznała za kwalifikowalny wydatek w wysokości 165 366,57 zł, o czym poinformowała Beneficjenta pismem z dnia 14 listopada 2019 r. kończącym czynności kontrolne.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami, IZ RPO WZ pismem z dnia 10 grudnia 2019 r. poinformowała Beneficjenta, iż za niekwalifikowalne uznano wydatki w kwocie 1 134 177,26 zł oraz wezwała Beneficjenta na podstawie art. 207 ust. 8 ufp do zwrotu środków w wysokości 510 379,76 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od otrzymania pisma lub wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności. Ponadto poinformowano, że w oparciu o wynik czynności kontrolnych pierwotnie zaakceptowana kwota do wypłaty ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-004-02 w wysokości 177 209,22 zł zostaje pomniejszona o kwotę 57 945,01 zł i wynosi 119 264,21 zł (która to kwota nie jest wystarczająca na pokrycie kwoty należnej do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych).

W dniu 30 grudnia 2019 r. wpłynęły na rachunek bankowy organu środki zwrócone przez GIPO Sp. z o.o. w wysokości (...) zł, która to kwota została rozliczona proporcjonalnie zgodnie z art. 55 § 2

ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. 2020 r. poz. 1325 tekst jednolity ze zm.) na: należność główną (...) zł oraz odsetki (...) zł (nr wniosku o płatność, którego dotyczy zwrot – zaliczka została udzielona na podstawie wniosku nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-001-01). Poza tym Beneficjent wyraził zgodę na pomniejszenie środków w wysokości 119 264,21 zł (wpływ pisma do Kancelarii Ogólnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego dnia 02 stycznia 2020 r.), które rozliczono: na należność główną – 104 895,24 zł, na odsetki – 14 368,97 zł. Tym samym do zwrotu w ramach wniosku nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-001-01 pozostała należność główna w wysokości 102 280,80 zł wraz z odsetkami zmiennymi liczonymi od dnia 03 stycznia 2020 r. (dzień następny po dniu pomniejszenia płatności) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej oraz kwota odsetek stałych w wysokości 14 010,83 zł. Łączna kwota pozostała do zwrotu wynosi 317 481,72 zł należności głównej wraz z odsetkami zmiennymi jak dla zaległości podatkowych oraz odsetki stałe w wysokości 14 010,83 zł.

W związku z brakiem dokonania całościowego zwrotu w wyznaczonym w wezwaniu terminie, w dniu 31 grudnia 2019 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu ww. środków. Jednocześnie Beneficjenta poinformowano o przysługującym mu prawie do czynnego udziału w postępowaniu, w tym przeglądania akt sprawy, uzyskania wyjaśnień, składania wniosków dowodowych.

Pismem z dnia 16 stycznia 2020 r. Beneficjent zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień i zgłoszenia wniosków dowodowych do dnia 14 lutego 2020 r.

IZ RPO WZ, uwzględniając ww. wniosek Beneficjenta, postanowieniem z dnia 30 stycznia 2020 r. przedłużyła postępowanie administracyjne.

Pismem z dnia 14 lutego 2020 r. pełnomocnik Beneficjenta przedstawił dowody z dokumentów w postaci:

- 1) Wyciągu z rocznika statystycznego przemysłu zawierającego dane dotyczące produkcji obrabiarek do metalu i suwnic,
- 2) Informacji od firmy P. P. z dnia 28 stycznia 2020 r. dotyczącej poziomu sprzedaży,
- 3) Informacji od K. Sz. z firmy C. K. Dż. P. z dnia 29 stycznia 2020 r. dotyczącej poziomu sprzedaży,
- 4) Informacji od firmy K. z dnia 29 stycznia 2020 r. dotyczącej poziomu sprzedaży,
- 5) Informacji od E. Sp. z o.o. z dnia 29 stycznia 2020 r. dotyczącej poziomu sprzedaży,
- 6) Maila z firmy D. s.c. z dnia 14 maja 2018 r. wskazującego przyczyny wycofania oferty na defektoskop,
- 7) Maila od K. Sz. z C. K. Dż. P. z dnia 28 stycznia 2020 r. wskazującego przyczyny zwiększenia kosztów transportu (dotyczy suwnicy).

Z uwagi na analizę pisma Beneficjenta z dnia 14 lutego 2020 r., postanowieniem z dnia 27 lutego 2020 r. organ przedłużył postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków.

Następnie pismem z dnia 04 marca 2020 r. uzupełniając ww. wniosek Beneficjent dostał dodatkowe dokumenty, a mianowicie:

- 1) Opinię od P. P.-U.-H. „AR” A. R. z dnia 20 listopada 2015 r.,
- 2) Opinię od E. Sp. z o.o. z dnia 22 grudnia 2015 r.,
- 3) Opinię od firmy UT M. R. M. z dnia 18 maja 2017 r.,
- 4) Opinię od K. P.Sp. z o.o. z dnia 30 października 2017 r.,

dotyczące doświadczenia wykazanego przez firmę O. P. Sp. z o.o. dowodzące, w jego opinii, iż spółka Olympus Polska posiadała wymagane doświadczenie.

Postanowieniem z dnia 25 marca 2020 r. organ dopuścił przeprowadzenie dowodów z dokumentów, o których mowa w piśmie Beneficjenta z dnia 14 lutego 2020 r. i 04 marca 2020 r., gdyż dotyczą one stwierdzonych w toku czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach 15-16 maja 2019 r. nieprawidłowości. Innymi słowy mają związek z przeprowadzoną przez Beneficjenta procedurą wyboru wykonawcy w związku z realizowanym projektem pn. „Podniesienie poziomu innowacyjności oraz konkurencyjności przedsiębiorstwa GIPO Sp. z o.o. poprzez inwestycję w rozbudowę zakładu produkcyjnego oraz nowatorskie rozwiązania produkcyjne”.

Postanowieniem z dnia 25 marca 2020 r. przedłużono prowadzone postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków do dnia 04 maja 2020 r., z uwagi na analizę całokształtu zebranego w sprawie materiału, w tym pisma Beneficjenta 14 lutego 2020 r. (uzupełnionego pismem z dnia 04 marca 2020 r.) zawierającego wniosek o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, który został uwzględniony postanowieniem organu z dnia 25 marca 2020 r.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o nowych terminach na załatwienie sprawy wynikających z art. 19 ustawy z dnia 03 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694, zwanej dalej: Specustawa wdrożeniowa) oraz prawach Strony w związku z wystąpieniem COVID-19, tj. treści art. 20 ust. 1-2 ww. ustawy, art. 15zss i art. 15zsszzn ustawy z dnia 02 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.). Organ zwrócił się z prośbą o informację, czy Beneficjent chce skorzystać ze wskazanych powyżej uprawnień przewidzianych w postępowaniach administracyjnych przez ustawodawcę w związku z sytuacją wystąpienia COVID-19.

Pismem z dnia 08 maja 2020 r. Beneficjent złożył na podstawie art. 20 ust. 1 ustawy o COVID do IZ RPO WZ wniosek o zawieszenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu na okres trzech miesięcy. W ocenie Strony wystąpiły przesłanki z art. 19 ww. ustawy. Ponadto Strona wskazała, iż w interesie Spółki jest, aby ograniczone zostały odsetki, które ewentualnie Spółka będzie zobowiązana zapłacić w razie niekorzystnego rozstrzygnięcia sprawy.

Następnie pismem z dnia 21 maja 2020 r. wobec wejścia w życie ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz.875, zwanej dalej: ustawą zmieniającą) IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta, iż art. 15zss ustawy z dnia 02 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, został uchylony. Ponadto wskazano, iż zgodnie z art. 68 ust. 6 i 7 ustawy zmieniającej terminy w postępowaniach, o których mowa w art. 15zss ustawy zmienianej w art. 46, których bieg nie rozpoczął się lub uległ zawieszeniu na podstawie art. 15zss tej ustawy, rozpoczynają bieg lub będą dalej po upływie 7 dni od dnia wejścia w życie ustawy. Tym samym terminy procesowe w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie zwrotu środków rozpoczną swój bieg bez względu na obowiązujący stan epidemii ogłoszony z powodu COVID-19.

Postanowieniem z dnia 21 maja 2020 r. IZ RPO WZ zawiesiła na wniosek złożony przez GIPO Sp. z o.o. na okres trzech miesięcy, licząc od dnia wydania postanowienia, postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu wobec ww. w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.05.00-32-0077/16-00 na realizację projektu pn. „Podniesienie poziomu innowacyjności oraz konkurencyjności przedsiębiorstwa GIPO Sp. z o.o. poprzez inwestycję w rozbudowę zakładu produkcyjnego oraz nowatorskie rozwiązania produkcyjne”.

Po upływie ww. okresu trzech miesięcy IZ RPO WZ podjęła z dniem 24 sierpnia 2020 r. przedmiotowe postępowanie administracyjne.

Ponadto pismem z dnia 10 września 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 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: kpa). Postanowieniem z dnia 19 listopada 2020 r. przedłużono prowadzone postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków do dnia 23 grudnia 2020 r., z uwagi na konieczność spełnienia wymogów formalnych wskazanych w kpa.

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, wyników kontroli, korespondencji z Beneficjentem, wniosków dowodowych) oraz pełną analizę 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 wskazane na wstępie zadania należące do IZ RPO WZ, podjęte zostały 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.

Na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku gdy Beneficjent nie zwróci 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. Okres wykluczenia kończy się z upływem 3 lat od daty dokonania zwrotu środków.

Pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są także postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ. Tym samym Beneficjent podpisując umowę o dofinansowanie zobowiązał się do ich przestrzegania i postępowania zgodnie z ich literą. W tym miejscu nadmienić należy ponadto, iż zasady konkursu określone w regulaminie są jednakowe dla wszystkich i nie mogą być zmieniane dla potrzeb poszczególnych Beneficjentów, a każdy przystępując do konkursu godzi się na te zasady (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – zwanego dalej: WSA - w Opolu z dnia 03 października 2017 r., sygn. akt II SA/Op 282/17). Co więcej zaznaczyć należy, iż przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację obowiązujących Zasad oraz innych norm wynikających z dokumentacji konkursowej oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest bowiem obowiązkiem a podmioty, w opinii których uregulowania wynikające z przywołanych dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne, nie muszą składać wniosków aplikacyjnych, czy podpisywać umowy o dofinansowanie. Jak wskazał 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. Korzystanie ze środków publicznych zawsze wiąże się z wyższymi wymaganiami co do ich wydatkowania, które winno być przeprowadzone w sposób celowy i oszczędny. Dlatego też niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o których mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 12 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.

Analizując postępowanie pn. „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.” IZ RPO WZ stwierdziła określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powyższe stanowi nieprawidłowość, zgodnie

z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (Dz.U. z 2018, poz. 971, t.j., dalej jako Rozporządzenie w sprawie korekt finansowych) wraz z załącznikiem – Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych (w brzmieniu nadanym mu Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającym rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia Dz. U z 2017, poz. 615, zwanym dalej Załącznik do Rozporządzenia), określoną w poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia.

W postępowaniu na dostawę maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o., Zamawiający wskazał, że oferent powinien posiadać doświadczenie w realizacji co najmniej pięciu podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty. Potwierdzenie spełnienia warunków należało udokumentować i potwierdzić stosownymi referencjami zgodnie z załącznikiem nr 1 do formularza oferty. Warto nadmienić, że przedmiot zamówienia obejmował zakup po jednej sztuce siedmiu urządzeń nietożsamyh rodzajowo (prasa CNC 9-osiowa o nacisku 300 T, frezarka horyzontalna CNC, frezarka 5-osiowa CNC, tokarka 3-osiowa CNC, automatyczna piła taśmowa CNC, suwnica o udźwigu 3,2 t, kabina do szkiełkowania stali nierdzewnej), przy dopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych. IZ RPO WZ uznała tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu za nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym zawężający konkurencję.

W wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2019 r. Beneficjent podał, że Spółka miała bardzo krótki okres na realizację projektu i musiała ograniczyć ryzyko opóźnień w dostawach oraz zawarcia umów z niesprawdzonymi dostawcami. Jednocześnie wskazano, że warunek posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej pięciu podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, nie był nadmierny uwzględniając całość przedmiotu zamówienia, czyli siedem maszyn. Takie ustalenie warunków nie miało w ocenie Beneficjenta na celu eliminowania z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców, ani stworzenie określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

Beneficjent dodał w piśmie z dnia 04 października 2019 r. m.in., że Zamawiający ma prawo określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, a opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie musi zapewniać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu, potencjalnemu wykonawcy. Przez „doświadczenie” którego wykazanie miał zapewnić postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu należy rozumieć potwierdzone w praktyce posiadanie powtarzalnych umiejętności, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Podanie okresu ostatnich trzech lat jako decydującego o tym, czy dany oferent spełnia warunek, odpowiada zasadom przyjętym dla zamówień publicznych. Beneficjent chciał wyeliminować oferentów, którzy nie będą dawać rękojmi należytego wykonania zamówienia. Jak podkreślono, pomimo ustanowienia przedmiotowego warunku wpłynęło trzynaście ofert na wszystkie części zamówienia i żadna z części nie została bez oferty. Wobec wpływu po kilka ofert na poszczególne zadania, zapewniono w ocenie Beneficjenta realny poziom konkurencji między oferentami. Zdaniem Beneficjenta waga hipotetycznej „nieprawidłowości” jest nieznaczna i winno to skutkować tym, żeby chociaż ewentualna stawka korekty finansowej została obniżona do 5%.

W piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent zarzucił organowi, iż błędne logicznie oraz merytorycznie nieuzasadnione jest twierdzenie organu, iż skoro część oferentów nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, to zastosowano warunek niewspółmierny do realizowanego zamówienia oraz zawężono konkurencję. Relacja między tymi zjawiskami może być co najwyżej odwrotna. Poza tym powodów dla których ofert jest mało lub oferenci nie spełniają warunków udziału w postępowaniu jest wiele i niekoniecznie muszą one wynikać ze zbyt restrykcyjnych warunków (a np. z braku zainteresowania, braku chęci konkurowania ceną). W związku z postawionym Beneficjentowi zarzutem ograniczenia konkurencyjności zarzucono organowi, że nie podjął on nawet próby

wykazania, że na rynku nie ma firm (lub jest ich mało), które dokonują np. pięć dostaw rocznie. IZ RPO WZ nie wskazała też jaka według niej liczba ofert nie byłaby mała. Zdaniem Spółki sformułowany wymóg nie był nadmiernie surowy. Zamawianych było siedem różnych urządzeń, a oferent musiał wykazać sprzedaż tylko pięciu urządzeń rocznie, a zatem nie musiał wykazać sprzedaży nawet jednego urządzenia danego rodzaju, o ile sprzedał odpowiednią liczbę urządzeń innego rodzaju. Nie bez znaczenia jest też kategoria urządzeń. Duża część z nich to typowe urządzenia, powszechnie występujące w firmach zajmujących się obróbką metalu, a niektóre z tych urządzeń w ogóle w bardzo wielu przeróżnych firmach. Przykładowo podano, że typowe są tokarki czy frezarki (stosowane są nie tylko przy obróbce metali, ale np. drewna też). Suwnice są wykorzystywane prawie w każdym zakładzie, w którym ma się do czynienia z ciężkimi przedmiotami. Na potrzeby wykazania doświadczenia oferent nie musiał udowodnić, że realizowane przez niego dostawy prezentowały równie wysoki poziom innowacyjności jak wymagany przez GIPO Sp. z o.o. Według wiedzy Beneficjenta, typowy podmiot zajmujący się sprzedażą urządzeń takich jakie miała kupić GIPO Sp. z o.o. sprzedaje rocznie zdecydowanie więcej niż pięć urządzeń. Oczekiwanie zaś, że taki poziom sprzedaży będzie dotyczył kolejnych trzech lat jest uzasadnione tym, że Spółka chciała mieć do czynienia z oferentami obecnymi na rynku od wystarczająco długiego czasu, a zatem dającymi wystarczający stopień pewności, że są to podmioty stabilne, zdolne wykonać także obowiązki gwarancyjne. Beneficjent zwrócił uwagę, że nie ma łatwo dostępnych danych pozwalających na stwierdzenie, np. ile i jakich urządzeń sprzedaje średnio przeciętna firma na rynku polskim, więc organizator postępowania po części bazuje na swoim rozeznanii na rynku, czy intuicji. Oceniając to czy oczekiwania GIPO Sp. z o.o. względem doświadczenia oferentów były adekwatne do sytuacji, posiłkowo można według Beneficjenta bazować na danych statystycznych dotyczących produkcji. Zgodnie z Rocznikiem Statystycznym Przemysłu z 2018 r. (którego wydruk stanowi załącznik do pisma z dnia 14 lutego 2020 r.): 1) produkcja obrabiarek do metalu w Polsce idzie rocznie w tysiące sztuk, a obrabiarek do metalu ze sterowaniem numerycznym (CNC) w setki sztuk (np. 667 w roku 2006 r.), 2) produkcja suwnic również liczona jest w tysiącach sztuk rocznie (4,2 tys. w 2017 r.). GIPO Sp. z o.o. poprosiła również kilka podmiotów o podanie informacji o poziomie ich sprzedaży w ostatnich latach i tak przedstawiła:

- 1) Informację od firmy P. P. z dnia 28 stycznia 2020 r. – z której wynika, iż w latach 2013-2018 firma P. P. sprzedała 6 szt. maszyn w typie B. C. P., dla różnych gabarytów obrabianego materiału. W roku 2019 – 3 sztuki powyższych maszyn. Ogólnie w latach 2013-2018 firma sprzedała na rynku polskim ponad 450 szt. przecinarek taśmowych B.-m. różnego typu i modelu.
- 2) Informację od K. Sz. z firmy C. K. Dź. P. z dnia 29 stycznia 2020 r. – który w odpowiedzi na zapytanie „Ile podobnych zamówień (suwnica 3,2 T zrealizowała firma w latach 2013-2018?” podał, że ok. 15 szt.
- 3) Informację od firmy K. z dnia 29 stycznia 2020 r. – która w odpowiedzi za zapytanie jak wiele maszyn takich jak prasa, frezarka 5-osiowa, piła taśmowa, 3-osiowa tokarka zostało sprzedanych w latach 2013-2018 podała, że wiele.
- 4) Informację od E. Sp. z o.o. z dnia 29 stycznia 2020 r. – która w odpowiedzi na zapytanie ile podobnych zamówień (ilość realizacji na poszczególne typy maszyn) dla maszyn CNC (prasa, frezarka 5 osiowa, piła taśmowa) firma zrealizowała w latach 2013-2018, odpowiedziała, że centrów obróbczych i pras krawędziowych sprzedała kilkadziesiąt przez te lata, przecinarek ponad 100.

Podane powyżej liczby w pełni uzasadniają, w ocenie Beneficjenta, postawione w postępowaniu wymogi. Poza tym wskazano, że umożliwienie składania ofert częściowych było ułatwieniem dla oferentów, a nie utrudnieniem.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż jak określono w Podrozdziale 3.4 pkt 8 Zasad, warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Aby zapewnić realizację zamówienia przez podmiot dający rękojmię jego należytego

wykonania należy określić minimalne warunki pozwalające na ocenę zdolności podmiotu do realizacji zamówienia. W tym zakresie weryfikacja podmiotu może odbywać się na płaszczyźnie:

- kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
- sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- zdolności technicznej lub zawodowej.

Opisanie ww. warunków w sposób precyzyjny pozwoli na weryfikację podmiotów na tym samym polu działania, co w konsekwencji umożliwi wyłonienie i wybór wykonawcy najkorzystniejszego spośród tych, którzy spełniają warunki, a tym samym będą zdolni do wykonania zamówienia. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Każdy warunek powinien mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych wykonawców i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający musi mieć pewność, że nie doprowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania wykonawców, którzy są zdolni do realizacji zamówienia.

Nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyrażenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do zamówienia. Formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego doświadczenie, personel, zasoby techniczne, finansowe itd. oraz powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwej realizacji umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność przejawiać się powinna przy tym w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia.

Jak stwierdził organ w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie zwrotu środków, dzieląc ustalenia dokonane w toku czynności kontrolnych, w analizowanym postępowaniu dopuszczono możliwość składania ofert częściowych, co oznacza, że każdy z oferentów musiał prowadzić działalność od minimum 3 lat i musiał wykazać minimum 15 dostaw łącznie w tym czasie, po 5 rocznie, mimo że przedmiot zamówienia obejmował tylko 1 urządzenie/maszynę. Warto w tym miejscu nadmienić, iż w odpowiedzi na zapytanie ofertowe wpłynęły na poszczególne części zamówienia oferty: jedna dla każdego z urządzeń – w przypadku frezarki horyzontalnej, suwnicy 3,2 T i kabiny do szkiełkowania. Dla pozostałych urządzeń, tj. prasy CNC, frezarki 5-osiowej, tokarki 3 - osiowej i automatycznej piły taśmowej liczba ofert kształtowała się odpowiednio: 4, 5, 3 i 3, przy czym nie wszystkie z ofert spełniły warunek udziału w postępowaniu. Ponadto niektórzy z potencjalnych dostawców złożyli oferty na więcej niż 1 urządzenie, co oznacza, że byli poniekąd w uprzywilejowanej pozycji, z uwagi na to, iż ze względu na szerszy asortyment produkowanych urządzeń łatwiej mogli wykazać realizację tak wygórowanej liczby dostaw w okresie ostatnich 3 lat.

Mając na uwadze zarzuty i wyjaśnienia Beneficjenta, należy dodać, że IZ RPO WZ uznaje przedstawione przez Beneficjenta pismem z dnia 14 lutego 2020 r. opisane powyżej dokumenty za wiarygodne, tym niemniej zwraca uwagę, iż przedłożone dane statystyczne dotyczą produkcji wybranych urządzeń, nie zaś ich dostaw. Łączna liczba wyprodukowanych w Polsce urządzeń w danym roku nie musi odzwierciedlać liczby dostaw, a taki warunek postawił Zamawiający – realizacja co najmniej 5 podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich 3 lat kalendarzowych. A już z całą pewnością nie odzwierciedla liczby urządzeń dostarczanych przez pojedyncze podmioty. Dane mają charakter bardzo ogólny, a podane liczby rozkładają się na dużą liczbę podmiotów, u których nawet rozmiar produkcji (nie wspominając już o dostawach) mógł różnie się prezentować. Nie można na tej

podstawie stwierdzić, że postawiony przez Zamawiającego warunek odnośnie doświadczenia był proporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei co do przedstawionych przez Beneficjenta pismem z dnia 14 lutego 2020 r. danych (pochodzących z informacji mailowych i oświadczeń) dotyczących poziomu sprzedaży odnoszących się do pojedynczych podmiotów, wskazania wymaga, iż:

- Z oświadczenia firmy P. P. z dnia 28 stycznia 2020 r. wynika, iż w latach 2013-2018 sprzedała ona 6 szt. maszyn w typie B. C. P., dla różnych gabarytów obrabianego materiału, a w roku 2019 – 3 sztuki powyższych maszyn. Należy mieć na uwadze, że z powyższego nie wynika wyraźnie, iż każdego roku w latach 2013-2018 firma sprzedała po 6 szt. wspomnianych maszyn, a raczej że łącznie w tych latach sprzedano 6 szt. maszyn, a należy mieć na względzie że zgodnie z postawionym przez Zamawiającego warunkiem oferent musiał wykazać realizację 5 podobnych zamówień rocznie w okresie 3 lat, zatem realizacja nawet 15 podobnych zamówień w ciągu jednego roku nie spełniałaby tego warunku. Poza tym w 2019 r. ww. firma sprzedała tylko 3 szt. maszyn, a zatem mniej niż 5 rocznie. W oświadczeniu z dnia 28 stycznia 2020 r. P. P. podała także, że ogólnie w latach 2013-2018 sprzedała na rynku polskim ponad 450 szt. przecinarek taśmowych B.-m. różnego typu i modelu. Powyższa informacja również wskazuje na łączną sprzedaż w okresie 2013-2018, nie zaś na sprzedaż w poszczególnych latach, co jest istotne w kontekście postawionego przez Zamawiającego warunku doświadczenia.
- Z informacji od K. Sz. z firmy C. K. Dż. P. z dnia 29 stycznia 2020 r. – który w odpowiedzi na zapytanie „Ile podobnych zamówień (suwnica 3,2 T zrealizowała firma w latach 2013-2018?” podał, że ok. 15 szt – również nie wynika, aby firma zrealizowała każdego roku w okresie 2013-2018 co najmniej 5 podobnych zamówień, podana liczba 15 szt. wskazuje w ocenie organu na cały okres 2013-2018, w trakcie którego każdego roku realizacja zamówień mogła być na innym poziomie (również spadającym poniżej 5 zamówień rocznie).
- Z informacji od firmy K. z dnia 29 stycznia 2020 r. – która w odpowiedzi za zapytanie jak wiele maszyn takich jak prasa, frezarka 5-osiowa, piła taśmowa, 3-osiowa tokarka zostało sprzedanych w latach 2013-2018 podała, że wiele – nie wynika ile maszyn sprzedawano w każdym roku pomiędzy 2013-2018; informacja zdaniem organu dotyczy łącznego okresu 2013-2018, a określenie „wiele” jest niedookreślonym.
- Z informacji od E. Sp. z o.o. z dnia 29 stycznia 2020 r. – która w odpowiedzi na zapytanie ile podobnych zamówień (ilość realizacji na poszczególne typy maszyn) dla maszyn CNC (prasa, frezarka 5 osiowa, piła taśmowa) firma zrealizowała w latach 2013-2018, odpowiedziała, że centrów obróbczych i pras krawędziowych sprzedała kilkadziesiąt przez te lata, przecinarek ponad 100 – także nie wynika wedle IZ RPO WZ jaka była liczba realizacji każdego roku, która to informacja mogłaby mieć znaczenie z punktu widzenia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta, iż zamawiane urządzenia są typowymi występującymi i sprzedawanymi powszechnie w wielu firmach, a także iż oferent nie musiał wykazać, że realizowane przez niego dostawy prezentowały równie wysoki poziom innowacyjności jak wymagany przez GIPO Sp. z o.o., tym bardziej niezrozumiałym jest w ocenie organu postawienie wymogu wykazania się doświadczeniem w realizacji 5 zamówień rocznie przez okres 3 lat. Wydaje się, że przy takiej powszechności na jaką wskazuje Strona dążenie do wchodzenia w relacje handlowe z podmiotami, które są na rynku wystarczająco długo, gdyż tylko takie dają wystarczający stopień pewności co do ich stabilności, nie powinno mieć miejsca.

Z uwagi na powyższe, w opinii IZ RPO WZ, nieudowodnionym pozostało, iż żądanie posiadania przez oferentów doświadczenia w realizacji co najmniej pięciu podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich 3 lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty, było proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

IZ RPO WZ poddała stwierdzone naruszenie analizie pod kątem wystąpienia nieprawidłowości i ustaliła, iż Beneficjent swoimi działaniami doprowadził do wykorzystania środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Zasadach stanowiących załącznik do

umowy oraz niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając potencjalnie 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 mógłby być niższy gdyby Beneficjent prawidłowo sformułował warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc gdyby nie został on określony nadmiernie i nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zapisami poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia IZ RPO WZ nałożyła zatem w związku z powyższym korektę finansową w wysokości 25%, uznając iż naruszenie konkurencyjności nie pozwala na obniżenie podstawowej 25% stawki do 10% czy 5%. Gdyby bowiem został prawidłowo sformułowany warunek udziału w postępowaniu nie jest wykluczonym, że wpłynęłoby więcej ofert. Nie zostałyby wówczas wyeliminowana z udziału w postępowaniu część wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i mogących zaproponować korzystniejsze ekonomicznie oferty. Trzeba pamiętać, iż nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy ponadto, iż zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju zawartym w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ), a wypracowanym na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego 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, może obecnie poprzestać jedynie na wykazaniu, że nie można wykluczyć, że naruszenie prawa miało wpływ na budżet, a ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych spoczywa na Beneficjencie. Przy czym organ w tym miejscu wyjaśnia, że przywołane powyżej pismo jest swoistego rodzaju zbiorem wskazówek i wytycznych skierowanych przez Ministerstwo do Instytucji Zarządzających dotyczących stosowania regulacji prawnych w zakresie nakładania korekt finansowych w związku z wykryciem nieprawidłowości w zakresie wykorzystania środków unijnych.

Powyższa wykładnia nieprawidłowości znajduje swoje odzwierciedlenie również w wyroku TSUE z dnia 06 grudnia 2017 r. wydanym w sprawie C-408/16. Na marginesie nadmienić należy, 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 jest aktualna w obecnej perspektywie finansowej.

Poza tym IZ RPO WZ weryfikując prawidłowość przeprowadzenia postępowania pn. „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.” stwierdziła, że z uwagi na faktyczną zmianę terminów realizacji umów doszło do niedotrzymania zarówno warunków umowy, jak i zapytania ofertowego. Najbliższą do wspomnianej nieprawidłowości stanowi ta wymieniona w poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia (niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji).

Jak wynika z treści zapytania ofertowego z dnia 21 lutego 2018 r., termin dostawy nastąpić miał do dnia 31 lipca 2018 r., a instalacja i uruchomienie do dnia 15 sierpnia 2018 r. Jednakże terminy te nie zostały zachowane, co dotyczy:

- Frezarki horyzontalnej CNC, gdzie termin dostawy ustalono do dnia 17 sierpnia 2018 r.,
- Frezarki 5-osiowej CNC, Tokarki 3-osiowej CNC, gdzie termin dostawy ustalono do dnia 01 sierpnia 2018 r.,
- Suwnicy o udźwigu 3,2T, gdzie termin dostawy ustalono do dnia 15 sierpnia 2018 r.

Dodatkowo warto zaznaczyć, że nastąpiły dalsze przesunięcia terminu realizacji zamówień określonych umownie, tj.:

- dla Frezarki horyzontalnej CNC (termin dostawy w dniu 17 sierpnia 2018 r.); przedstawiono protokół instalacji z dnia 28 sierpnia 2018 r. oraz protokół wykonania testów u producenta w dniach 24-27 lipca 2018 r.,
- dla Frezarki 5-osiowej CNC, Tokarki 3-osiowej CNC (termin dostawy w dniu 01 sierpnia 2018 r.); przedstawiono protokół odbioru z dnia 21 sierpnia 2018 r. oraz końcowy protokół z dnia 28 sierpnia 2018 r.,
- dla Automatycznej piły taśmowej CNC (termin dostawy do dnia 31 lipca 2018 r.); przedstawiono protokół odbioru z dnia 24 sierpnia 2018 r.,
- dla Suwnicy o udźwigu 3,2T (termin dostawy do dnia 15 sierpnia 2018 r.); przedstawiono protokół odbioru z dnia 28 sierpnia 2018 r.,
- dla Kabiny do szkiełkowania stali nierdzewnej (termin wykonania, dostawy i montażu do dnia 15 sierpnia 2018 r.); przedstawiono protokół odbioru z dnia 22 sierpnia 2018 r.

W wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2019 r. Beneficjent wskazał, że podany w treści zapytania ofertowego termin dostawy miał charakter orientacyjny/przybliżony. Był on wskazany jako oczekiwany, z uwagi na fakt, że dzień 31 sierpnia 2018 r. stanowił termin zakończenia realizacji projektu i nie podlegał modyfikacji. Kluczowe dla Spółki było dotrzymanie nieprzekraczalnego terminu zakończenia kwalifikowalności wydatków w projekcie i wszelkie działania były ukierunkowane na ten cel, a przesunięcia terminu dostaw czy montażu nie prowadziło do naruszenia zasad wolnej konkurencji, ani nie faworyzowało określonych dostawców. Brak wyrażenia zgody przez GIPO Sp. z o.o. na terminy zaproponowane przez dostawców spowodowałyby, iż projekt nie zostałby zrealizowany w ogóle w zakresie jaki został przewidziany we wniosku o dofinansowanie.

W piśmie z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent zakwestionował postanowienia zawarte w wynikach z czynności kontrolnych dotyczące terminów dostaw wskazanych w umowach zawartych z wybranymi wykonawcami w stosunku do ofert, jako zmian umów niezgodnych z Zasadami. Na poparcie swojego twierdzenia powołał się na postanowienia podrozdziału 3.4 pkt 22 e) Zasad, z których wynika, że możliwe jest dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści wybranej oferty, gdy zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy, a łączna wartość zmian jest mniejsza niż 209 000,00 euro w przypadku zamówień na dostawy i usługi i jednocześnie jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Zdaniem Beneficjenta nie musi on sprawdzać, czy zmiana ma charakter istotny, czy nieistotny uznając, że wystarczy ustalić czy wartość zmian jest mniejsza od kwoty stanowiącej 10% wartości pierwotnej i nie został zmieniony charakter umowy. Podnosi także, że jeśli zmiany terminów w żaden sposób nie wpływają na wartość umowy, tzn. nie mają żadnej wartości, to w myśl przytoczonego punktu Zasad są dopuszczalne. Dodatkowo wskazuje, że przez zmianę charakteru umowy należy uznać sytuację, gdy Zamawiający zastąpi zamawiane w postępowaniu o udzielenie zamówienia roboty budowlane, dostawy lub usługi innym przedmiotem zamówienia lub dokona całkowitej zmiany rodzaju zamówienia, a taka sytuacja jego zdaniem nie zaszła.

W piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent podał, że zgodnie z Rozporządzeniem nieprawidłowości opisanej w poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia można się dopuścić tylko dokonując istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu. Zatem konieczne jest w jego ocenie zawarcie umowy i należy odróżnić tę nieprawidłowość od nieprawidłowości występujących przed zawarciem umowy, np. w poz. 24 ww. Załącznika. Zdaniem Strony do skutecznej zmiany umowy – czynność prawna – wymagane było zawarcie aneksu na piśmie, a takowego nie zawierano, zatem zobowiązania Stron, np. odnośnie terminów dostaw pozostały niezmienione. Natomiast wykonanie umowy jest okolicznością faktyczną i umowę można wykonać albo zgodnie z jej treścią albo niezgodnie. Jeśli wykona się ją w terminie późniejszym niż uzgodniony to będzie to wykonanie umowy niezgodnie z jej treścią. Jak wskazał Beneficjent niedochodzenie kar umownych też nie może świadczyć o zmianie umowy. Z ostrożności gdyby uznać, że zmiany umowy miały jednak miejsce Spółka podtrzymała swoją wcześniejszą argumentację, w szczególności co do tego, że zmiany były dopuszczalne w świetle zapisu Podrozdziału 3.4 pkt 22 lit. e) Zasad. Zdaniem Beneficjenta przesunięcia były na tyle nieistotne z punktu widzenia oferentów, że nie można zasadnie

twierdzić, że w jakikolwiek sposób wpływały na liczbę złożonych ofert. Nieprawidłowe jest, wedle Strony, rozumowanie IZ RPO WZ, że skoro przesunięcie terminu nie ma swojego finansowego wymiaru, to nie znajduje tu zastosowania przywołany wyżej pkt 22 lit. e) Zasad. Punkt ten odnosi się do wszelkich zmian. Uznać należy, że w przypadku zmian, które nie mają swego finansowego wymiaru wystarczające jest spełnienie warunku, że zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy. Niewątpliwie nieznaczne przesunięcie terminu nie stanowi o zmianie charakteru umowy. Błędem jest twierdzenie, w opinii Strony, że przesunięcie terminów było istotne, gdyż zastrzeżono kary umowne. Zastrzeżenie kar umownych jest klauzulą typowo kontraktową i nie można z tego faktu wywodzić skutków na potrzeby oceny prawidłowości postępowań dotyczących dofinansowania. Gdyby stosować się do rozumowania organu należałoby uznać, że w niektórych umowach terminy były istotniejsze, a w innych mniej istotne bowiem różna była wysokość kar umownych.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z Podrozdziałem 3.4 pkt 22 lit. a) Zasad, nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że w zapytaniu ofertowym została przewidziana możliwość dokonania takiej zmiany oraz zostały określone jej warunki, o ile nie prowadzą one do zmiany charakteru umowy. Zmianę uznaje się za istotną (Podrozdział 3.4 pkt 22 Zasad) jeżeli m.in. nie zmienia ogólnego charakteru umowy i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści; zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie; zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w określonych w Zasadach przypadkach. Należy dodać, iż w zapytaniu ofertowym przewidziano możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, za zgodą obu Stron umowy, w formie aneksu do umowy, w przypadku nieprzewidzianych zdarzeń w momencie dokonywania wyboru oferty, a w szczególności nieprzewidzianych zdarzeń losowych.

Zdaniem organu faktyczne wprowadzenie umownie terminów późniejszych niż maksymalny termin określony w zapytaniu ofertowym mogło mieć istotny wpływ na podjęcie przez potencjalnych oferentów decyzji o złożeniu oferty. Ponadto należy wskazać, iż wedle organu o istotności dokonanych zmian w umowach świadczy także fakt, że w każdej z umów zawartych w ramach analizowanego postępowania umieszczono zapisy odnoszące się do naliczania kar umownych za nieterminową realizację umowy (ustalona wysokość kar umownych była zróżnicowana, tj. od 0,3% kwoty zamówienia dziennie do 1%). Dodatkowo w większości umów zawarto klauzule mówiące o tym, że wszelkie zmiany umowy będą dokonywane pisemnie, czego Beneficjent nie zrealizował.

Mając na uwadze treść Podrozdziału 3.4 pkt 22 lit. e) Zasad (zgodnie z którym nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy a łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie) i wyjaśnienia Beneficjenta, należy wskazać, iż w analizowanym przypadku nie doszło do zmiany wartości umowy, a wystąpienie ww. przesłanki wymaga według IZ RPO WZ, aby pomiędzy modyfikacją umowy, a koniecznością zmiany jej wartości zachodził związek przyczynowo – skutkowy. Innymi słowy, modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy, co w analizowanym przypadku nie zaszło. Poza tym warto zwrócić uwagę, że niezależnie od zakazu dotyczącego wprowadzania zmian (modyfikacji) skutkujących zmianą ogólnego charakteru umowy istnieje grupa przesłanek, w których zmiana umowy jest niedopuszczalna, nawet jeżeli nie zmienia ogólnego jej charakteru (Podrozdział 3.4 pkt 22 Zasad), np.: zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści

(podstawowy zakaz zapobiegający wypaczeniu konkurencyjności postępowania na etapie realizacji); zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie; zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy lub polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia nowym wykonawcą (uniknięcie sytuacji, w której wykonawca nie przeszedłby weryfikacji na etapie postępowania, bądź takiej, gdzie w postępowaniu wybrany podmiot byłby wykluczony).

W ocenie organu, do zamówień wprowadzono warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty o innej treści. Wprowadzając zmiany dotyczące wydłużenia terminu realizacji zamówienia Beneficjent mógł ograniczyć dostępność postępowania dla wykonawców, którzy nie mogliby spełnić warunku dotyczącego pierwotnego terminu (wymaganego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia), a mogliby przystąpić do postępowania, gdyby już w zapytaniu ofertowym wskazano dłuższy termin dostawy lub szczegółowo określono warunki jego przedłużenia. Zmiany umowy dotyczące wydłużenia lub przesunięcia terminu realizacji dostawy na późniejszy mogły zatem mieć wpływ na krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zmiana warunków wykonania zamówienia mogła tym samym zwiększyć zainteresowanie udziałem w postępowaniu i doprowadzić do wyboru innej, korzystniejszej oferty (ofertę mogliby złożyć wykonawcy, którzy wywiązałiby się z dłuższego terminu realizacji zamówienia niż określonego pierwotnie w ogłoszeniu). Potencjalny wykonawca, po przeanalizowaniu zapytania ofertowego w zakresie terminu dostawy, mógł bowiem stwierdzić, że nie będzie w stanie wywiązać się ze zobowiązania w określonym w nim terminie. Powyższe mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia tych potencjalnych wykonawców, którzy nie byłiby w stanie wykonać zamówienia w terminie założonym pierwotnie lecz byłiby w stanie wykonać zamówienie w terminie zmienionym. Beneficjent nie zapewnił więc równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczył konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniu większej liczbie oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę.

W związku z powyższym Beneficjent swoimi działaniami doprowadził do wykorzystania środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Zasadach stanowiących załącznik do umowy oraz niezgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając potencjalnie jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia Zasad, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy gdyby Beneficjent nie dokonał faktycznej zmiany terminów realizacji i nie doszłoby do niedotrzymania zarówno warunków umowy, jak i zapytania ofertowego. Dla tej nieprawidłowości w Rozporządzeniu nie określono wprost stawki korekty finansowej, w związku z czym zgodnie z § 6 Rozporządzenia należy przyjąć stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości, a więc z poz. 28 Załącznika (niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji), czyli w wysokości 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększoną o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia. Biorąc pod uwagę, że zakres zamówienia nie został zmieniony, IZ RPO WZ przyjęła stawkę korekty finansowej na poziomie 25%.

Ponadto analizując postępowanie pn. „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.” organ stwierdził, iż Zamawiający nieprawidłowo ocenił wybrane oferty pod kątem ich zgodności z zapytaniem ofertowym, ponieważ dokonał wyboru ofert niespełniających postawionego przez niego warunku dotyczącego terminu realizacji umowy, co jak ocenił stanowi nieprawidłowość przewidzianą w Załączniku do Rozporządzenia w poz. 24 (naruszenie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty). Zgodnie z zapytaniem ofertowym termin realizacji przedmiotu zamówienia ustalono:

- do dnia 31 lipca 2018 r. – dostawa,
- do dnia 15 sierpnia 2018 r. – instalacja i uruchomienie.

Przedstawione oferty podlegające ocenie w postępowaniu zawierały ustalenia odbiegające od założeń określonych w zapytaniu ofertowym. Powyższe dotyczyło frezarki horyzontalnej CNC, dla

której termin instalacji urządzenia, jak stwierdził organ, wykraczał poza termin z zapytania ofertowego. W przypadku zaś frezarki 5-osiowej CNC – wedle ustaleń organu już w dniu wyboru oferty termin dostawy wykraczał poza termin z zapytania ofertowego.

Wedle wskazania Beneficjenta zawartego w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2019 r., termin dostawy miał charakter orientacyjny/przybliżony. Został on wskazany jako oczekiwany, gdyż Beneficjent miał na uwadze nieprzekraczalny okres realizacji projektu, który upływał w dniu 31 sierpnia 2018 r.

W zastrzeżeniach z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent podniósł, iż terminy dostawy wskazane w zapytaniach ofertowych nie stanowią warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie zostały wymienione w Podrozdziale 3.4 pkt 8 Zasad, a stanowią jedynie pożądaną harmonogram realizacji zamówienia i ich niezachowanie w wybranych ofertach nie stanowi nieprawidłowości.

Ponadto na etapie postępowania administracyjnego w piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Strona podtrzymując swoją wcześniejszą argumentację, podała że w obowiązujących ją Zasadach (w chwili upublicznienia zapytania ofertowego nie obowiązywał jeszcze aneks do umowy o dofinansowanie) nie przewidziano terminu realizacji umowy jako elementu zapytania ofertowego. Nadmieniono też, że termin wykonania zamówienia mógł być jednym z kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym nie można uznać, że wskazanie przez wykonawcę terminu innego niż oczekiwany przez Zamawiającego musi prowadzić do uznania oferty za wadliwą. Beneficjent podkreślił też, że przesunięcie względem pierwotnie planowanych terminów dostawy oraz instalacji i uruchomienia były niewielkie. Umowne przesunięcia terminów względem pierwotnie planowanych terminów dostawy były znacznie mniejsze niż gdyby GIPO Sp. z o.o. nie przyjęła jednej z nadesłanych jej ofert i powtarzała postępowanie. Według Beneficjenta błędem jest twierdzenie, że szybsza dostawa jest lepsza. Dostawa powinna być skoordynowana z innymi pracami i dostawami innych urządzeń. Z tej przyczyny należy zdaniem Beneficjenta uznać, że Zamawiający nie miał bezwzględnego obowiązku zawarcia umowy z dokładnie z takim samym terminem dostawy jak wskazano w zapytaniu ofertowym. Poza tym wybrani oferenci nie podali terminów znacząco innych niż te podane przez Zamawiającego w zapytaniu ofertowym (niektórzy nie podali terminu). Ponadto w kryteriach oceny ofert nie wskazano, że premiuje się szybszy termin dostawy. Jeśli zaś uznać, że nieprawidłowość wystąpiła to nie miała ona dużej intensywności i nie została popełniona celowo, w związku z czym Beneficjent wniósł o zastosowanie obniżonej stawki korekty do 5% względnie 10%.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż zgodnie z Podrozdziałem 3.4 pkt 11 a) Zasad, aby uznać, iż zapytanie ofertowe zostało skonstruowane prawidłowo winno zawierać podany m.in. termin realizacji umowy, a wedle pkt 11 b) Podrozdziału 3.4 Zasad, w celu spełnienia zasady konkurencyjności należy wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia, złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny.

Podanie terminu realizacji umowy jest niezbędne do określenia przez potencjalnego wykonawcę, czy jest w stanie w danym okresie zrealizować zamówienie, czy dysponuje zasobami osobowymi, sprzętowymi i czy harmonogramy realizowanych przez niego prac pozwalają na wzięcie udziału w postępowaniu. Stąd istotnym z punktu widzenia oferentów jest wskazanie harmonogramu realizacji zamówienia jeszcze na etapie zapytania ofertowego. Podanie terminu realizacji umowy jest zatem kluczowe przy podejmowaniu decyzji o wzięciu lub nie wzięciu udziału w postępowaniu, i potencjalnie może spowodować rezygnację ze złożenia oferty przez wykonawcę, który byłby w stanie zamówienie zrealizować, np. po niższej cenie albo na korzystniejszych warunkach, o ile byłyby wskazane.

Zatem, mimo iż terminy wskazane w zapytaniu ofertowym nie stanowią warunków udziału w postępowaniu, a zdaniem Beneficjenta są tylko pożądanym harmonogramem realizacji zamówienia, to są bardzo istotne z punktu widzenia potencjalnego dostawcy i stanowią wartości, od których może zależeć, czy zostanie złożona oferta. Powyższe oznacza, że terminy są bezpośrednio związane z zachowaniem konkurencyjności ofert składanych przez poszczególnych wykonawców.

Wskazanie przez Zamawiającego terminu realizacji umowy w zapytaniu ofertowym jak stanowi pkt 11 a) Podrozdziału 3.4 Zasad, powoduje że wybór wykonawcy, który nie spełnia tego warunku i zawarcie z nim umowy, skutkuje nieprawidłową, przez Zamawiającego, oceną wybranej oferty pod

kątem zgodności z zapytaniem ofertowym, co stanowi w ocenie organu nieprawidłowość opisaną w poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia, tj. naruszenie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. W tym miejscu, mając na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta, warto dodać, iż nawet jeśli w chwili upublicznienia zapytania ofertowego (ogłoszenie opublikowano w Bazie Konkurencyjności dnia 21 lutego 2018 r.) nie obowiązywał jeszcze aneks do umowy o dofinansowanie (data zawarcia aneksu 28 lutego 2018 r.) nakazujący stosowanie Zasad w wersji 6.0, to zgodnie z brzmieniem § 30 ust. 1 umowy o dofinansowanie, w sprawach nieuregulowanych umową zastosowanie mają w szczególności odpowiednie przepisy prawa unijnego oraz prawa krajowego, wytyczne, a także obowiązujące odpowiednie reguły, zasady, postanowienia wynikające z Programu, SOOP, wytycznych i informacji Instytucji Zarządzającej RPO WZ, dostępnych na stronie internetowej Programu. Ponadto Zamawiający wprowadzał do wspomnianego ogłoszenia zmiany, mógł zatem dokonać też zmian które uznałby za istotne dla poprawności przeprowadzenia postępowania już po podpisaniu aneksu. Jeszcze raz należy podkreślić, iż w ogłoszeniu zostały wskazane konkretne terminy realizacji (które musiały zostać wskazane) i Zamawiający nie uwzględniając tego wybierał oferty niespełniające tych wskazanych przez niego terminów. I nawet jeśli Zamawiający uznał, że to nie były warunki udziału w postępowaniu, to wskazany w ogłoszeniu termin był elementem, który oferta powinna spełniać, żeby móc być ocenioną.

Mając na uwadze, jak już wspomniano, że podane terminy realizacji umowy są bezpośrednio związane z zachowaniem konkurencyjności ofert składanych przez poszczególnych wykonawców, a więc uwzględniając wagę naruszenia, organ nałożył 25% korektę finansową (poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia – naruszenie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty), nie dostrzegając podstaw do jej obniżenia do 5% czy 10%. Fakt, iż Beneficjent nie dopuścił się naruszenia celowo, wobec wagi tego naruszenia, również nie pozwala, w ocenie organu, na wspomniane obniżenie korekty. W obliczu powyższego niewystarczającymi są też argumenty Beneficjenta, iż przesunięcie względem pierwotnie planowanych terminów dostawy oraz instalacji i uruchomienia było niewielkie albo że umowne przesunięcia terminów względem pierwotnie planowanych terminów dostawy były znacznie mniejsze niż gdyby GIPO Sp. z o.o. nie przyjęła jednej z nadesłanych jej ofert i powtarzała postępowanie. Podobnie należy ocenić argument, iż wybrani oferenci nie podali terminów znacząco innych niż te podane przez Zamawiającego w zapytaniu ofertowym (niektórzy nie podali terminu). Organ nie podzielił zdania Beneficjenta, iż Zamawiający nie miał bezwzględnego obowiązku zawarcia umowy z dokładnie takim samym terminem dostawy jak wskazano w zapytaniu ofertowym.

Tym samym należy stwierdzić, iż wystąpiły wszystkie przesłanki ziszczenia się definicji nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013. Naruszenie prawa (Zasad, czyli procedur o których mowa w art. 184 ufp) wynikające z działania podmiotu gospodarczego (Beneficjenta) doprowadziło do wystąpienia szkody potencjalnej, jako że doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy (naruszono zatem też art. 44 ust. 3 ufp), gdyby Beneficjent prawa nie naruszył, bo niewykluczone że wpłynęłyby korzystniejsze cenowo oferty od większej liczby podmiotów.

Reasumując w ramach postępowania pn. „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.” IZ RPO WZ stwierdziła wystąpienie poniższych nieprawidłowości, za które zgodnie z Załącznikiem do Rozporządzenia nałożyła 25% stawkę korekty finansowej:

- określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców – poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia,
- faktyczną zmianę terminów realizacji umów i w związku z tym niedotrzymanie zarówno warunków umowy, jak i zapytania ofertowego – poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia (jako najbliższa rodzajowo nieprawidłowość),
- wybór oferty niespełniającej postawionego przez Zamawiającego warunku dot. terminu realizacji umowy – poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia.

Mając na względzie zapisy § 9 Rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu i stosuje się jedną korektę o najwyższej wartości, za stwierdzone w ramach postępowania pn. „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.” nieprawidłowości nałożona została łączna korekta finansowa przy zastosowaniu stawki 25%. IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 447 276,53 zł (3 975 791,40 zł x 25% x 45%).

IZ RPO WZ w trakcie czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach 15-16 maja 2019 r. zweryfikowała ponadto prawidłowość przeprowadzonego przez Beneficjenta postępowania na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o. (data publikacji ogłoszenia w Bazie konkurencyjności 17 kwietnia 2018 r.), stwierdzając określenie przez Zamawiającego dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, co stanowi nieprawidłowość określoną w poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia. Powyższe ustalenia potwierdzono na skutek przeprowadzonego postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków.

Należy wskazać, iż w analizowanym przypadku przedmiot zamówienia obejmował zakup po jednej sztuce z dwóch urządzeń pomiarowych, tj. jedna sztuka ramienia pomiarowego oraz jedna sztuka defektoskopu, przy dopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych. Zamawiający w zapytaniu ofertowym określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty. Zatem wymóg potwierdzenia realizacji dostaw zgodnych z przedmiotem zamówienia dotyczył sześciu urządzeń (dwóch urządzeń rocznie w okresie ostatnich trzech lat) przy planowanym zakupie jednej sztuki danego urządzenia. Potwierdzenie spełnienia warunków należało udokumentować stosownymi referencjami zgodnie z załącznikiem nr 1 do formularza oferty. Przy takim sformułowaniu warunku doświadczenia, postawiony warunek należało uznać za nadmierny i zawężający konkurencję.

Beneficjent już na etapie czynności kontrolnych nie zgodził się z powyższą oceną IZ RPO WZ w tym zakresie. Jak podano w piśmie z dnia 04 października 2019 r. Zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi zapewniać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Jak wskazano, przez doświadczenie należy rozumieć potwierdzone w praktyce posiadanie powtarzalnych umiejętności niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Z uwagi na, jego zdaniem, nieznaczną wagę nieprawidłowości - jeśli uznać, że takowa jednak miała miejsce – w ocenie Beneficjenta organ winien zastosować stawkę korekty finansowej w wysokości 5%. Pomimo postawionego warunku w postępowaniu złożono bowiem 4 oferty na wszystkie części zamówienia (po dwie na każdą z części) i żadna z części zamówienia nie pozostała bez oferty.

Również na etapie prowadzonego przez organ postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, w piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent nie podzielił twierdzenia organu, iż wymóg wykazania doświadczenia polegającego na realizacji dwóch dostaw rocznie w okresie ostatnich trzech lat był nadmierny. Beneficjent podkreślił, iż na dostawę ramienia pomiarowego zgłosiło się dwóch oferentów i ich oferty były prawidłowe. Jeśli chodzi o dostawę defektoskopu wskazano, że urządzenia tego typu są urządzeniami o wysokim stopniu zaawansowania technicznego. Na świecie jest dwóch uznanych producentów – firma O. i K. (grupa G. D. C.). Ta ostatnia działa w Polsce przez swojego agenta z siedzibą w K.. Produkty tej firmy są, jak podał Beneficjent, jednak wyraźnie droższe niż firmy O.. Jak wskazano, istnieli również inni producenci, ale nie spełniali oni wymogów technicznych stawianych przez GIPO Sp. z o.o. dotyczących walidacji (czyli możliwości potwierdzenia, że nastawy urządzenia są zgodne z wzorcem fali ultradźwiękowej). Jak wyjaśnił Beneficjent, urządzenie firmy D., która wycofała się z przetargu, nie spełniało właśnie warunków technicznych w zakresie walidacji, na dowód czego przedłożono wydruk maila z dnia 14 maja 2018 r. Zdaniem Beneficjenta wymóg dotyczący doświadczenia był sformułowany prawidłowo,

ale nawet gdyby uznać, że jest inaczej to wymóg ten nie doprowadził w żaden sposób do ograniczenia konkurencji przy dostawie defektoskopu i tak bowiem z powodów technicznych mógł być wybrany tylko produkt firmy O. albo K., a z tych dwóch produktów – z powodów finansowych, tylko produkt firmy O. jako tańszy. W takiej sytuacji nie można mówić o negatywnych skutkach finansowych nieprawidłowości, jeśli takowa miałyby rzeczywiście miejsce.

Mając na względzie powyższe należy wskazać, iż jak określono w Podrozdziale 3.4 pkt 8 Zasad, warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż ogólne uwagi poczynione odnośnie formułowania warunku udziału w postępowaniu poczynione wcześniej, tj. przy opisywaniu podobnego naruszenia w postępowaniu na dostawę maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o., pozostają aktualnymi również w tym przypadku. Faktem jest, że – jak podaje Beneficjent – Zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, ale musi pamiętać o tym, że formułując te warunki powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca. Żądanie bowiem od oferentów posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty, a więc łącznie sześciu zamówień w całym tym okresie, przy planowanym zakupie jednej sztuki danego urządzenia, należy uznać za nadmierne. Warunek udziału w postępowaniu był niewspółmierny w odniesieniu do wielkości zamówienia, tj. dostawy jednej sztuki ramienia pomiarowego oraz jednej sztuki defektoskopu. A zatem jego postawienie mogło potencjalnie spowodować rezygnację ze złożenia oferty przez podmioty, które mogłyby takie urządzenia dostarczyć, ale nie były w stanie wykazać takiej ilości zrealizowanych dostaw lub nie prowadziły działalności od minimum trzech lat (zgodnie z tak sformułowanym warunkiem podmioty, które zrealizowały sześć podobnych zamówień, ale w okresie krótszym niż trzy lata również nie mogłyby skutecznie ubiegać się o zamówienie).

Należy zauważyć, iż nawet gdyby założyć, że jak podał Beneficjent – na świecie jest dwóch uznanych producentów urządzenia typu defektoskop – firma O. i K. (grupa G. D. C.), to Beneficjent nie próbuje nawet twierdzić, iż realia rynkowe wyglądają podobnie co do drugiego z urządzeń, tj. ramienia pomiarowego. Zaś to, że jak podał Beneficjent na dostawę ramienia pomiarowego zgłosiło się dwóch oferentów nie oznacza, że nie mogłoby być ich więcej gdyby postawiony warunek udziału w postępowaniu był współmierny w odniesieniu do wielkości zamówienia. Poza tym, zdaniem organu, nawet okoliczność, iż istnieje wąska grupa uznanych producentów, nie wyklucza z góry, że inne mniej znane podmioty nie mogłyby spełnić technicznych oczekiwań jakie Zamawiający miał względem urządzeń planowanych do zakupu. Na pewno nie świadczy o tym przedłożony pismem z dnia 14 lutego 2020 r. e-mail z dnia 14 maja 2018 r. (który to dokument został uznany za wiarygodny) wskazujący, iż firma D. T. F. D. K. Spółka cywilna wycofała swoją ofertę na defektoskop przez rozbieżności odnośnie specyfikacji technicznej. Wysuwanie takich wniosków na podstawie jednostkowego oświadczenia, tj. oświadczenia konkretnej firmy odnoszącego się tylko i wyłącznie do jej sytuacji, byłoby zdecydowanie zbyt daleko idące.

W efekcie działanie Beneficjenta (naruszenie Zasad, czyli procedur określonych w art. 184 ufp) spowodowało szkodę w budżecie unijnym, gdyż wydatkowano środki, które mogłyby być mniejsze gdyby dopuszczono do udziału większą liczbę podmiotów mogących zaproponować korzystniejsze warunki cenowe. Tym samym naruszono także art. 44 ust. 3 ufp. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający określił dyskryminacyjny warunek udziału w postępowaniu, mogący utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a więc z uwagi na znaczną wagę naruszenia, IZ RPO WZ ustaliła podstawową stawkę korekty finansowej w wysokości 25% (poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia), uznając iż jej obniżenie do 10% lub 5% byłoby niezasadne.

Ponadto w toku czynności kontrolnych IZ RPO WZ stwierdziła nieprawidłowość w postaci niewłaściwego dokumentowania przez Zamawiającego procesu postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o. - ścieżka audytu, określoną w poz. 26 Załącznika do Rozporządzenia. Należy przypomnieć, iż D. T. F. D. K. Spółka Cywilna dokonała anulowania oferty na defektoskop ze względu na rozbieżność specyfikacji technicznej, a więc oferta nie podlegała ocenie. Jak wynika zaś z zapisów protokołu pokontrolnego Beneficjent nie przedstawił wówczas korespondencji e-mailowej z dnia 14 maja 2018 r. dotyczącej anulowania ww. oferty.

W zastrzeżeniach z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent wyjaśnił, że korespondencja ta nie została przedstawiona do kontroli z uwagi na brak dostępu do poczty elektronicznej osoby, która w okresie realizacji projektu pełniła funkcję dyrektora, a obecnie już jej nie piastuje.

Jednak jak już podawano w niniejszej decyzji, dowód z dokumentu w postaci e-maila z dnia 14 maja 2018 r. wskazującego jako przyczynę wycofania oferty na defektoskop przez firmę D. T. F. D. K. Spółka Cywilna rozbieżności odnośnie specyfikacji technicznej, Beneficjent przedstawił pismem z dnia 14 lutego 2020 r. na etapie postępowania administracyjnego.

Na Beneficjencie ciąży obowiązek właściwego dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia (zapewnienia właściwej ścieżki audytu). Niedopełnienie tego obowiązku świadczy co do zasady o wystąpieniu naruszenia określonego w poz. 26 Załącznika do Rozporządzenia, za które przewiduje się podstawową stawkę korekty finansowej w wysokości 25% (z możliwością obniżenia do 10% albo 5%). Tym niemniej organ uznał, że uzupełnienie przez Beneficjenta dokumentacji pozwala na uznanie, że w niniejszym stanie faktycznym nie zachodzi podstawa do naliczenia i nałożenia korekty finansowej w związku z brakiem choćby potencjalnej szkody dla budżetu UE. Należy mieć jednak na względzie, iż zmiana w tym zakresie nie wpływa na wysokość korekty finansowej w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o. W jego ramach stwierdzono bowiem również inne nieprawidłowości skutkujące korektą finansową w wysokości 25% każde. Przypomnieć w tym miejscu należy, że mając na względzie brzmienie § 9 Rozporządzenia w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu i stosuje się jedną korektę o najwyższej wartości.

Ponadto IZ RPO WZ uznała, iż w przypadku postępowania na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o. Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy, O. P. Sp. z o.o. oferującego defektoskop, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (nieprawidłowość wskazana w poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia).

Jak już wskazywano przy opisywaniu poprzedniego naruszenia, w postępowaniu tym przedmiot zamówienia obejmował zakup po jednej sztuce z dwóch urządzeń pomiarowych, tj. jedna sztuka ramienia pomiarowego oraz jedna sztuka defektoskopu, przy dopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych. Oferent powinien posiadać doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty. Przedmiot zamówień powinien być tożsamy z przedmiotem oferty złożonej w odpowiedzi na zapytanie ofertowe. Potwierdzenie spełnienia warunków należało udokumentować stosownymi referencjami, zgodnie z załącznikiem nr 1 do formularza oferty. Wedle ogłoszenia opublikowanego w Bazie konkurencyjności oferty należało składać do dnia 30 kwietnia 2018 r.

Jak ustalono podczas kontroli w dniach 15-16 maja 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy O. P. Sp. z o.o. oferującego defektoskop, który to wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Oferent nie wykazał bowiem wymaganej liczby zrealizowanych dostaw w okresie trzech lat przed datą złożenia oferty i nie przedstawił wymaganych dokumentów potwierdzających zrealizowane dostawy. A mianowicie do oferty z dnia 26 kwietnia 2018 r. obejmującej defektoskop ww. podmiot załączył wykaz referencji, wskazując w tabeli na cztery (a nie sześć) podobne realizacje w całym trzyletnim okresie i jednocześnie przedstawił dwa (zamiast sześciu) dokumenty potwierdzające zrealizowane dostawy. Powyższe oznacza, że słusznie IZ RPO WZ wskazała w wyniku czynności kontrolnych, iż doszło do naruszenia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z Podrozdziałem 3.4 pkt 11 b) Zasad, w celu spełnienia zasady

konkurencyjności należy wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia, złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny.

W piśmie z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent podniósł kwestię dotyczącą wyboru oferty na zakup defektoskopu wskazując, że w toku postępowania wpłynęły dwie oferty na zakup ww. urządzenia, przy czym jedna z nich została wycofana. Oznacza to zdaniem Beneficjenta, że po ewentualnym odrzuceniu oferty O. P. Sp. z o.o. byłby on uprawniony na podstawie zapisów podrozdziału 3.1 pkt 9 a) Zasad do udzielenia zamówienia bez stosowania procedury zasady konkurencyjności. W jego opinii bez znaczenia było zatem, czy do udzielenia przedmiotowego zamówienia ww. podmiotowi doszłoby w wyniku uznania otrzymanej oferty za podlegającą wyborowi, czy po wcześniejszym unieważnieniu tego postępowania, co zdaniem Beneficjenta zbędnie wydłużałoby proces udzielenia zamówienia.

Następnie Beneficjent w wyjaśnieniach z dnia 14 lutego 2020 r. nie zgodził się ze stwierdzeniem sformułowanym w wyniku czynności kontrolnych, iż należało odrzucić oferty i dopiero wtedy postępować zgodnie z zasadami określonymi w Podrozdziale 3.1 pkt 9 a) Zasad. Beneficjent zwrócił uwagę, iż w jego opinii przepis ten nie wymaga odrzucenia ofert, lecz mówi o wpłynięciu ofert podlegających odrzuceniu. Ponadto wskazał, iż IZ RPO WZ nie dostrzega różnicy w znaczeniu zwrotów „warunki zamówienia” i „warunki udziału w postępowaniu”. Zasady wielokrotnie posługują się zwrotem „warunki udziału w postępowaniu” i chodzi wówczas, np. o wymóg doświadczenia, które ma spełniać oferent. Tymczasem zwrot „warunki zamówienia” występuje tylko w analizowanym pkt 9 lit. a). Zdaniem Spółki chodzi tu o określenie cech zamawianego urządzenia, przedmiotu (robót itd.) czyli właśnie zamówienia. Cechy wykonawcy nie są cechami czy „warunkami” zamówienia. Zwolnienie z obowiązku stosowania procedur było możliwe i dopuszczalne, jeśli nie zmieniało się w istotny sposób opisu przedmiotu zamówienia. Tego zaś Spółka nie uczyniła, w związku z czym nie można zarzucać jej naruszenia wymaganych procedur. W ocenie Spółki nawet jeśli uznać, że doszło do nieprawidłowości, to nie miała ona dużej intensywności i nie została popełniona celowo. W przypadku zamówienia na defektoskop, konkurencja na rynku jest ograniczona do dwóch firm, z których Olympus Polska Sp. z o.o. był tańszy. Tak więc naruszenie o ile uznać, że miało miejsce, nie miało wpływu na wybór dostawcy. W związku z powyższym wniesiono o zastosowanie obniżonych stawek korekty finansowej do 5%, względnie do 10%.

Pismem z dnia 04 marca 2020 r. Beneficjent przesłał dodatkowe dokumenty (jak podał po jednej z dwóch wymaganych brakujących referencji za lata 2015 i 2017) dowodzące, w jego ocenie, iż O. P. Sp. z o.o. posiadała wymagane doświadczenie, które zostały dopuszczone przez organ jako dowody w sprawie postanowieniem z dnia 25 marca 2020 r.

W tym miejscu w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż pomimo przedłożenia dodatkowych dokumentów na etapie postępowania administracyjnego Beneficjent dalej nie udowodnił, iż O. P. Sp. z o.o. wymagane doświadczenie posiadała. W wykazie referencji załączonym do oferty z dnia 26 kwietnia 2018 r., badanej na etapie czynności kontrolnych, O. P. Sp. z o.o. wskazała, że:

- 1) w pierwszym roku licząc wstecz od sporządzenia oferty (własne: czyli w okresie 26 kwietnia 2017 r. – 26 kwietnia 2018 r.) realizowała dostawę na defektoskop dla I. T. W. L. I. B. (termin realizacji zamówienia 28 marca 2017 r.),
- 2) w drugim roku licząc wstecz od sporządzenia oferty (własne: czyli w okresie 26 kwietnia 2016 r. – 25 kwietnia 2017 r.) realizowała dostawę na defektoskop dla Q. W. K. S. (termin realizacji zamówienia 11 sierpnia 2016 r.) i P. G. i E. K. S.A. Oddział E. B. R. (termin realizacji zamówienia 22 kwietnia 2016 r.),
- 3) w trzecim roku licząc wstecz od sporządzenia oferty (własne: czyli w okresie 26 kwietnia 2015 r. – 25 kwietnia 2016 r.) realizowała dostawę na defektoskop dla G. D. D. K. i A. Oddział w Z. G. (termin realizacji zamówienia 16 listopada 2015 r.).

Przedłożono wówczas referencje: z dnia 16 listopada 2015 r. wystawioną przez G. D. D. K. i A. Oddział w Z. G. oraz z dnia 22 kwietnia 2016 r. wystawioną przez P. G. i E. K. S.A. Oddział E. B. R. Nadto w postępowaniu administracyjnym, pismem z dnia 04 marca 2020 r. Beneficjent przekazał następujące dokumenty:

- 1) opinię od P. P.-U.-Ha., „AR” A. R. z dnia 20 listopada 2015 r., z której wynika, iż O. P. Sp. z o.o. zrealizowała dostawę na ogólną kwotę (...) zł netto na defektoskop ultradźwiękowy E. 650 1 szt. i wywiązała się z warunków zawartej umowy,
- 2) opinię od E. Sp. z o.o. z dnia 22 grudnia 2015 r., z której wynika, iż O. P. Sp. z o.o. zrealizowała dostawę na ogólną kwotę (...) zł netto na defektoskop ultradźwiękowy O. M. 1 kpl. i wywiązała się z warunków zawartej umowy,
- 3) opinię od firmy U. M. R. M. z dnia 18 maja 2017 r., z której wynika, iż O. P. Sp. z o.o. zrealizowała dostawę na ogólną kwotę (...) zł netto na O. S. P. 16:64 i wyposażenie do tofo i phased array, wywiązując się z warunków umowy,
- 4) opinię od K. P. Sp. z o.o. z dnia 30 października 2017 r. z której wynika, iż O. P. Sp. z o.o. zrealizowała dostawę na ogólną kwotę (...) zł, wywiązując się z warunków umowy.

Z powyższego wynika, iż za drugi rok licząc wstecz od dnia sporządzenia oferty nie przedłożono żadnej referencji. Co do trzeciego roku licząc wstecz od dnia sporządzenia oferty, Beneficjent przedstawił (zarówno podczas czynności kontrolnych, jak i postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków) dokumenty wskazujące na cztery podobne realizacje (wystarczające były dwie, choć oczywiście nie czyni się z tego tytułu zarzutu), tj. opinie z dnia: 20 listopada 2015 r., 16 listopada 2015 r., 22 grudnia 2015 r. oraz 22 kwietnia 2016 r. Zaś co do roku pierwszego liczonego jak powyżej – Beneficjent przedstawił (podczas postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków) dokumenty wskazujące na dwie podobne realizacje, tj. opinie z dnia: 18 maja 2017 r. oraz 30 października 2017 r. Należy w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, iż oferent powinien posiadać doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty. Poza tym trzeba na marginesie zwrócić uwagę, iż w wykazie referencji załączonym do oferty wymieniono np. opinię I. T. W. L. I. B. oraz opinię Q. W. K. S. których nie przedstawiono, podczas gdy na etapie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków zostały przedłożone inne opinie, tj. niewymienione we wspomnianym wykazie referencji.

Podkreślenia wymaga, iż Beneficjent powinien przy dokonywaniu wyboru wykonawcy zamówienia stosować się do postanowień Zasad i przeprowadzić postępowanie zgodnie z zasadą konkurencyjności (Podrozdział 3.4 Zasad). Zatem w przypadku braku wpływu ofert spełniających warunki udziału w postępowaniu powinno ono zostać nierozstrzygnięte w tym zakresie bądź unieważnione. Wówczas doszłoby do zakończenia postępowania bez wyłonienia wykonawcy i takie postępowanie byłoby uznane za przeprowadzone prawidłowo. Po takim rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający mógłby skorzystać z możliwości wyłonienia wykonawcy zamówienia poprzez ponowne ogłoszenie zapytania ofertowego (w którym można by zmodyfikować warunki udziału w postępowaniu tak, żeby zapewnić realizację zamówienia w sposób należyty przez dostawcę wiarygodnego i rzetelnego) lub bez stosowania procedury określonej w Podrozdziale 3.4 Zasad, np. zgodnie z postanowieniami Podrozdziału 3.1 pkt 9 a) Zasad. W oparciu o ten zapis, „możliwe jest niezastosowanie procedur określonych w niniejszym rozdziale przy udzielaniu zamówień (...) jeżeli w wyniku przeprowadzenia procedury określonej w rozdziale 3.4, nie wpłynęła żadna oferta, lub wpłynęły tylko oferty podlegające odrzuceniu albo wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu, pod warunkiem, że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione”. Powyższe oznacza, że aby móc zastosować wspomniany tryb, trzeba sprawdzić czy wykonawca wybrany, bez zastosowania procedur opisanych w Podrozdziale 3.4 Zasad, spełniał warunki wskazane w pierwotnym zapytaniu ofertowym. Mając na uwadze, iż jak wyjaśniał Beneficjent należałoby brać pod uwagę jedynie dwóch wykonawców (którego to zdania organ nie podziela), z których oferta O. P. Sp. z o.o. jest tańsza, to wówczas i tak wybrany zostałby prawdopodobnie ten sam wykonawca, tj. taki, który w toku pierwszego postępowania nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należałoby uznać, że działanie Beneficjenta nie byłoby zgodne z zapisami Podrozdziału 3.1 pkt 9 a) Zasad, bo pierwotne warunki zamówienia byłyby zmienione w sposób istotny, gdyż wyeliminowano by postanowienie dot. konieczności wykazania określonej liczby dostaw, w określonym czasie wraz z dokumentami potwierdzającymi ich realizację. Nadmienić w tym miejscu należy, że w przypadku powtórzenia

postępowania, przy uwzględnieniu zmian w warunkach udziału w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia liczby dostaw, istniały szanse na wpływ większej liczby ofert (zatem naruszono też art. 44 ust. 3 ufp). Tym samym pierwotnie, tj. na etapie czynności kontrolnych stwierdzono prawidłowo, iż w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy. Z uwagi na wagę i charakter naruszenia, IZ RPO WZ za niezasadne uznała obniżanie korekty do 10% czy 5%, pozostawiając podstawową stawkę korekty finansowej w wysokości 25% (poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia).

Analizując sposób przeprowadzenia przez Beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o. organ stwierdził ponadto nieprawidłowość polegającą na faktycznej zmianie terminów realizacji, w wyniku czego doszło do niedotrzymania zarówno warunków umowy, jak i zapytania ofertowego (najbliższa rodzajowo nieprawidłowość została wskazana w poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia).

Zgodnie z przywoływanym już w niniejszej decyzji brzmieniem Podrozdziału 3.4 pkt 22 lit. a) Zasad, nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że w zapytaniu ofertowym została przewidziana możliwość dokonania takiej zmiany oraz zostały określone warunki takiej zmiany. Zmianę uznaje się za istotną (Podrozdział 3.4 pkt 22 Zasad) jeżeli m.in. nie zmienia ogólnego charakteru umowy i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie, zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu Zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą (...).

W analizowanym przypadku, jak wynika z zapytania ofertowego realizacja zamówienia dot. ramienia pomiarowego nastąpić miała: dostawa – do dnia 31 lipca 2018 r., zaś instalacja i uruchomienie – do dnia 15 sierpnia 2018 r. A wedle postanowień umowy, dostawa, instalacja i uruchomienie przedmiotu zamówienia miały nastąpić najpóźniej do dnia 15 sierpnia 2018 r. Tymczasem w toku czynności kontrolnych, przedstawiony został protokół dostawy z dnia 29 sierpnia 2018 r. W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż zmianie uległ termin dostawy oraz termin instalacji i uruchomienia ramienia pomiarowego.

Zmianie uległ również termin dostawy oraz termin instalacji i uruchomienia w przypadku defektoskopu. Zgodnie bowiem z zapytaniem ofertowym, realizacja zamówienia nastąpić miała: dostawa – do dnia 31 lipca 2018 r., a instalacja i uruchomienie – do dnia 15 sierpnia 2018 r. Sprzedawca, wedle zapisów umowy, winien dostarczyć, zainstalować, uruchomić przedmiot umowy oraz przeszkolić pracowników z obsługi w terminie do dnia 15 sierpnia 2018 r. Zaś w toku czynności kontrolnych przedstawiono protokół instalacji z dnia 28 sierpnia 2018 r. Powyższe oznacza, że i w tym przypadku zmianie uległy warunki realizacji zamówienia przedstawione w umowie.

Beneficjent w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2019 r. wskazał, że podany w treści zapytania ofertowego termin dostawy miał charakter orientacyjny/przybliżony. Było on wskazany jako oczekiwany, z uwagi na fakt, że dzień 31 sierpnia 2018 r. stanowił termin zakończenia realizacji projektu i nie podlegał modyfikacji.

W zastrzeżeniach do wyników czynności kontrolnych z dnia 04 października 2019 r. wskazano również, że fakt wykonania przedmiotów umów przez wykonawców w terminach nieco późniejszych był bez znaczenia, a przesunięcia terminów realizacji przedmiotów zamówień należy traktować jako nienależyte wykonanie umów przez ich wykonawców, a nie zmianę tych umów. Jak twierdzi Beneficjent nie uzgadniał z wykonawcami zmian umówionych terminów, ani ich nie aprobował. Beneficjent również powołał się, podobnie jak w przypadku analogicznego naruszenia stwierdzonego w postępowaniu na dostawę maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o., na zapisy Podrozdziału 3.4 pkt 22 lit. e) Zasad.

Ponadto w piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent powtórzył wyjaśnienia i zastrzeżenia względem stwierdzonego przez organ naruszenia, które sformułował odnosząc się do analogicznego

w postępowaniu na dostawę maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o. Zdaniem Strony do skutecznej zmiany umowy wymagane było zawarcie aneksu na piśmie, a takowego nie zawierano. Niedochodzenie kar umownych też nie może świadczyć o zmianie umowy. Podobnie nie można wyciągać takiego wniosku jak poczyniła to IZ RPO WZ z faktu niezgłoszenia zastrzeżeń przy odbiorze, bowiem ich niezgłoszenie nie powoduje przywrócenia, czy wydłużenia terminu. Z ostrożności gdyby uznać, że zmiany umowy miały jednak miejsce Spółka podtrzymała swoją wcześniejszą argumentację, w szczególności co do tego, że zmiany były dopuszczalne w świetle zapisu Podrozdziału 3.4 pkt 22 lit. e) Zasad. Zdaniem Beneficjenta przesunięcia były na tyle nieistotne z punktu widzenia oferentów, że nie można zasadnie twierdzić, że w jakikolwiek sposób wpływały na liczbę złożonych ofert. Nieprawidłowe jest, wedle Strony, rozumowanie IZ RPO WZ, że skoro przesunięcie terminu nie ma swojego finansowego wymiaru, to nie znajduje tu zastosowania przywołany wyżej pkt 22 lit. e) Podrozdziału 3.4 Zasad.

W związku z powyższym, należy wskazać, iż w zapytaniu ofertowym przewidziano możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, za zgodą obu stron umowy, w formie aneksu do umowy, w przypadku nieprzewidzianych zdarzeń w momencie dokonywania wyboru oferty, a w szczególności nieprzewidzianych zdarzeń losowych, jednakże w badanych przypadkach nie zaszły przesłanki pozwalające na dokonanie zmian zapisów umowy. Nie zawarto również aneksów do umów. Potwierdzenie odbiorów przedmiotów umów (protokoły odbioru bez zastrzeżeń) i opłacenie faktur w całości stanowiło, zdaniem organu, wyrażenie zgody na dokonane zmiany, gdyż Beneficjent ich nie kwestionował i się z nimi zgadzał. Przy braku akceptacji ze strony Zamawiającego powinny zostać wystawione dokumenty potwierdzające naliczenie kar umownych (o ile spełnione zostały warunki do ich naliczenia) i ich rozliczenie, np. z należnościami wynikającymi z faktur, czego nie uczyniono. Zdaniem IZ RPO WZ pkt 22 lit. e) Podrozdziału 3.4 Zasad nie znajduje zastosowania. Modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy, co w analizowanym przypadku nie zaszło. Szersze rozważania w tym zakresie poczyniono opisując analogiczne naruszenie w postępowaniu na dostawę maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.

Faktyczne wprowadzenie umownie terminów późniejszych niż maksymalny termin określony w zapytaniu ofertowym mogło mieć istotny wpływ na podjęcie przez potencjalnych oferentów decyzji o złożeniu oferty. Wprowadzając zmiany dotyczące wydłużenia terminu realizacji zamówienia Beneficjent mógł ograniczyć dostępność postępowania dla wykonawców, którzy nie mogliby spełnić warunku dotyczącego pierwotnego terminu (wymaganego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia), a mogliby przystąpić do postępowania, gdyby już w zapytaniu ofertowym wskazano dłuższy termin dostawy lub szczegółowo określono warunki jego przedłużenia. Zmiany umowy dotyczące wydłużenia lub przesunięcia terminu realizacji dostawy na późniejszy mogły zatem mieć wpływ na krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu. W związku z powyższym Beneficjent swoimi działaniami doprowadził do wykorzystania środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Zasadach oraz niezgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając potencjalnie jej budżet na straty. Dla powyższej nieprawidłowości w Rozporządzeniu nie określono wprost stawki korekty finansowej. Wobec czego zgodnie z § 6 Rozporządzenia, należało zastosować stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości, tj. określoną w poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia (nieodzwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji) – 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększonej o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia. Biorąc pod uwagę, że zakres zamówienia nie został zmieniony, wartość stawki korekty finansowej w analizowanym przypadku ustalono na 25%.

Reasumując w ramach postępowania na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o., IZ RPO WZ stwierdziła wystąpienie poniższych nieprawidłowości za które każdorazowo IZ RPO WZ zgodnie z Załącznikiem do Rozporządzenia nałożyła 25% stawkę korekty finansowej:

- określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców – poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia,
- wybór wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu – poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia,
- faktyczną zmianę terminów realizacji, w wyniku czego doszło do niedotrzymania zarówno warunków umowy, jak i zapytania ofertowego – poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia (jako najbliższa rodzajowo nieprawidłowość).

Jak już wspomniano w niniejszej decyzji, mając na względzie zapis § 9 Rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu i stosuje się jedną korektę o najwyższej wartości, za stwierdzone w ramach postępowania na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o. nieprawidłowości nałożona została łączna korekta finansowa przy zastosowaniu stawki 25%. IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 16 492,84 zł (146 603,00 zł x 25% x 45%).

Przechodząc do postępowania pn. „Dostawa i wdrożenie oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.) dla GIPO Sp. z o.o.” (publikacja ogłoszenia w Bazie konkurencyjności 16 kwietnia 2018 r.) należy wskazać, iż organ w toku postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków potwierdził ustalenia poczynione podczas czynności kontrolnych, a mianowicie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia polegającego na określeniu dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powyższe stanowi nieprawidłowość określoną w poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia.

We wskazanym wyżej postępowaniu Zamawiający w zapytaniu ofertowym określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty. Należy wskazać, iż Zamawiający planował zakup jednej szt. oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników.

W piśmie z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent wskazał, że może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom pod warunkiem, że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców dających rękojmię jego należytego wykonania. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi zapewniać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Zwrócono uwagę, że podanie okresu ostatnich trzech lat kalendarzowych liczonych od dnia sporządzenia oferty jako decydującego o tym, czy oferent spełnia warunek odpowiada zasadom przyjętym dla zamówień publicznych. Jak wyjaśniono, postawienie warunku posiadania dwóch podobnych zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych zmierzało do potwierdzenia w praktyce przez oferentów powtarzalnych umiejętności niezbędnych dla prawidłowego wykonania zamówienia. W ocenie Beneficjenta nawet gdyby uznać, iż do naruszenia doszło, z czym Beneficjent się nie zgadza, zastosowanie najwyższej stawki korekty finansowej 25% jest bezzasadne – stawka powinna zostać obniżona do 5%. Beneficjent wskazał, iż mimo postawionego warunku w postępowaniu złożono ofertę.

Również w piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent wskazywał, że w odniesieniu do dostawy i wdrożenia oprogramowania nie można Spółce czynić zarzutu, że wymóg doświadczenia był wygórowany. Wymóg łącznie sześciu dostaw nie wydaje się, w ocenie Spółki, nadmierny czy nieproporcjonalny.

Należy wskazać, iż jak stanowi Podrozdział 3.4 pkt 8 Zasad warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, muszą być określane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada

proporcjonalności oznacza, że opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Każdy warunek powinien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie może natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych wykonawców i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający musi mieć pewność, że nie doprowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Zamawiający oczekując ofert od dostawców mogących udokumentować realizację dwóch zamówień rocznie w okresie ostatnich trzech lat, przy jednoczesnym zamiarze nabycia jednego programu zastosował warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zauważenia wymaga, iż nawet wybrany wykonawca nie był w stanie potwierdzić takiej liczby zrealizowanych dostaw, o czym mowa w dalszej części decyzji. Jak bowiem wynika z oświadczenia S. P. Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 30 kwietnia 2018 r., nie zostały złożone referencje wymagane w zapytaniu ofertowym. Powyższe jak podano wynikało z faktu, że oferowane rozwiązanie jest innowacyjne i występuje niedługo na rynku polskim. Ponadto wskazano, że z dostępnych S. P. Sp. z o.o. Sp. k. informacji wynika, że na ten moment nie było w Polsce przedstawiciela R. D., którego oferta spełniałaby powyższy warunek. W ocenie organu, istnieją inne podmioty mogące potencjalnie dostarczyć przedmiot zamówienia, które z uwagi na postawiony warunek udziału w postępowaniu mogły zrezygnować ze złożenia oferty konkurencyjnej.

Opisane powyżej naruszenie należy zakwalifikować jako nieprawidłowość dla której zgodnie z postanowieniami poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia przewidziano podstawową stawkę korekty finansowej w wysokości 25%, z możliwością jej obniżenia do 10% lub 5%, które to obniżenie organ uznał za niezasadne. Naruszenie przez Beneficjenta Zasad (i tym samym procedur z art. 184 ufp) i postawienie wygórowanego warunku wykazania łącznie minimum sześciu dostaw oprogramowania, przy dużej jego innowacyjności mogło stanowić realną przeszkodę dla potencjalnych dostawców, co mogło zadecydować o braku złożenia ofert konkurencyjnych i tym samym doprowadziło do powstania szkody potencjalnej w budżecie unijnym. Doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy (naruszono więc też art. 44 ust. 3 ufp) gdyby Beneficjent prawidłowo sformułował warunek udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta, w obliczu wagi naruszenia, nie stanowią okoliczności, które mogłyby uzasadnić obniżenie stawki korekty finansowej.

Ponadto, jak już wspomniano w postępowaniu na dostawę i wdrożenie oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.) dla GIPO Sp. z o.o. dokonano wyboru wykonawcy zamówienia, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza wystąpienie nieprawidłowości opisanej w poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia.

W tym miejscu należy przytoczyć brzmienie Podrozdziału 3.4 pkt 11 b) Zasad, zgodnie z którym, w celu spełnienia zasady konkurencyjności należy wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia, złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny.

W analizowanym postępowaniu, w złożonym formularzu ofertowym wraz z załącznikami wybrany wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego z posiadaniem doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch podobnych zamówień rocznie, w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych, licząc od dnia sporządzenia oferty. Potwierdzenie spełnienia warunków należało udokumentować stosownymi referencjami zgodnie z załącznikiem nr 1 do formularza oferty. Oferent powyższego nie potwierdził, jednakże złożył oświadczenie. I tak z oświadczenia S. P. Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 30 kwietnia 2018 r. wynikało, że referencje wymagane w zapytaniu ofertowym nie zostały złożone, gdyż oferowane rozwiązanie jest innowacyjne i występuje niedługo na rynku polskim. Ponadto wskazano, że z dostępnych S. P. Sp. z o.o. Sp. k. informacji wynika, że na ten moment nie było w Polsce przedstawiciela Roseller DriveWorks, którego oferta spełniałaby powyższy warunek.

W piśmie z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent nie zgodził się z oceną IZ RPO WZ, iż dokonano sprzecznego z Zasadami wyboru wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, które powinno skutkować nałożeniem korekty finansowej w wysokości aż 25%. Zaznaczono, że w toku postępowania wpłynęła jedna oferta. W ocenie Beneficjenta oznacza to, że

zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający po ewentualnym odrzuceniu oferty byłby uprawniony na podstawie Podrozdziału 3.1 pkt 9 lit. a) Zasad, do udzielenia przedmiotowego zamówienia temu podmiotowi bez stosowania procedury zasady konkurencyjności. Bez znaczenia w tym kontekście, zdaniem Beneficjenta, jest czy do udzielenia zamówienia podmiotowi doszłoby w wyniku uznania oferty ww. podmiotu za podlegającą wyborowi, czy po wcześniejszym (przedłużającym przy tym zbędnie proces udzielenia zamówienia) unieważnieniu tego postępowania. Wobec powyższego, według Beneficjenta, należy uznać, iż waga ewentualnej nieprawidłowości była nieznaczna, ponieważ nie ograniczała w istocie w żaden sposób konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, ani nie była dyskryminująca. Winno to skutkować tym, że stawka korekty finansowej dotycząca przedmiotowego postępowania powinna zostać obniżona do 5%.

W piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent nie zgodził się ze stwierdzeniem sformułowanym w wyniku czynności kontrolnych, iż należało odrzucić oferty i dopiero wtedy postępować zgodnie z zasadami określonymi w Podrozdziale 3.1 pkt 9 a) Zasad. Beneficjent zwrócił uwagę, iż w jego opinii przepis ten nie wymaga odrzucenia ofert, lecz mówi o wpłynięciu ofert podlegających odrzuceniu. Ponadto wskazał, iż IZ RPO WZ nie dostrzega różnicy w znaczeniu zwrotów „warunki zamówienia” i „warunki udziału w postępowaniu”. Zasady wielokrotnie posługują się zwrotem „warunki udziału w postępowaniu” i chodzi wówczas, np. o wymóg doświadczenia, które ma spełniać oferent. Tymczasem zwrot „warunki zamówienia” występuje tylko w analizowanym pkt 9 lit. a) Podrozdziału 3.1 Zasad. Zdaniem Spółki chodzi tu o określenie cech zamawianego urządzenia, przedmiotu (robót itd.) czyli właśnie zamówienia. Cechy wykonawcy nie są cechami czy „warunkami” zamówienia. Zwolnienie z obowiązku stosowania procedur było możliwe i dopuszczalne, jeśli nie zmieniało się w istotny sposób opisu przedmiotu zamówienia. Tego zaś Spółka nie uczyniła, w związku z czym nie można zarzucać jej naruszenia wymaganych procedur. W ocenie Spółki nawet jeśli uznać, że doszło do nieprawidłowości to nie miała ona dużej intensywności i nie została popełniona celowo. Gdyby dokonywano powtórnego wyboru wykonawcy to prawdopodobnie zamówienia udzielono by temu samemu podmiotowi. S. P. Sp. z o.o. Sp. k. była przedstawicielem producenta oprogramowania. Jeśli nawet inny podmiot dostarczyłby ten sam program, to warunki finansowe byłyby zapewne identyczne lub bardzo zbliżone. W związku z powyższym wniesiono o zastosowanie obniżenia stawki korekty finansowej do 5%, względnie do 10%.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Beneficjent powinien przy dokonywaniu wyboru wykonawcy zamówienia stosować się do zapisów Zasad i przeprowadzić postępowanie zgodnie z zasadą konkurencyjności (Podrozdział 3.4 Zasad). Zatem w przypadku braku wpływu ofert spełniających warunki udziału w postępowaniu powinno ono zostać nierozstrzygnięte w tym zakresie bądź unieważnione. Wówczas doszłoby do zakończenia postępowania bez wyłonienia wykonawcy i takie postępowanie byłoby uznane za przeprowadzone prawidłowo. Po takim rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający mógłby skorzystać z możliwości wyłonienia wykonawcy zamówienia poprzez ponowne ogłoszenie zapytania ofertowego (w którym można by zmodyfikować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, żeby zapewnić realizację zamówienia w sposób należyty przez dostawcę wiarygodnego i rzetelnego) lub bez stosowania procedury określonej w Podrozdziale 3.4 Zasad, np. zgodnie z zapisami Podrozdziału 3.1 pkt 9 a). W oparciu o ten zapis, „możliwe jest niezastosowanie procedur określonych w niniejszym rozdziale przy udzielaniu zamówień (...) jeżeli w wyniku przeprowadzenia procedury określonej w rozdziale 3.4, nie wpłynęła żadna oferta, lub wpłynęły tylko oferty podlegające odrzuceniu albo wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu, pod warunkiem, że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione”. Powyższe oznacza, że aby móc zastosować wspomniany tryb to należałoby sprawdzić czy wybrany bez zastosowania procedur opisanych w Podrozdziale 3.4 Zasad wykonawca spełniał warunki wskazane w pierwotnym zapytaniu ofertowym. Mając na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta, wybrałby on wówczas i tak prawdopodobnie tego samego wykonawcę, tj. takiego, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należałoby uznać, że postępowanie Beneficjenta nie byłoby zgodne z zapisami Podrozdziału 3.1 pkt 9 a) Zasad (pierwotne warunki zamówienia byłyby zmienione w sposób istotny, gdyż wyeliminowano by zapis o konieczności wykazania określonej liczby dostaw w określonym czasie wraz z dokumentami

potwierdzającymi ich realizację). Nadmienić w tym miejscu należy, że w przypadku powtórzenia postępowania, przy uwzględnieniu zmian w warunkach udziału w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia liczby dostaw, istniały realne szanse na wpływ większej liczby ofert (tym samym naruszono też art. 44 ust. 3 ufp).

Reasumując, doszło do nieprawidłowości w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez wybór wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, za którą przewidziano stawkę korekty finansowej w wysokości 25% z możliwością obniżenia do 10% lub 5% (poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia). Beneficjent swoimi działaniami doprowadził do wykorzystania środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Zasadach oraz niezgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając potencjalnie 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 mógłby być niższy. Z uwagi na wagę i charakter naruszenia, organ za niezasadne uznał obniżanie korekty, pozostawiając stawkę korekty finansowej w wysokości 25% (poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia).

Podsumowując w ramach postępowania pn. „Dostawa i wdrożenie oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.) dla GIPO Sp. z o.o.”, IZ RPO WZ stwierdziła wystąpienie poniższych nieprawidłowości za które każdorazowo IZ RPO WZ zgodnie z Załącznikiem do Rozporządzenia nałożyła 25% stawkę korekty finansowej:

- określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców – poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia,
- wybór wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu – poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia.

Mając na względzie zapis § 9 Rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu i stosuje się jedną korektę o najwyższej wartości, za stwierdzone w ramach postępowania pn. „Dostawa i wdrożenie oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.) dla GIPO Sp. z o.o.” nieprawidłowości nałożona została łączna korekta finansowa przy zastosowaniu stawki 25%. IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 15 706,60 zł (139 614,25 zł x 25% x 45%).

Przechodząc do analizy postępowania pn. „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T” wskazać należy, iż organ w trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego potwierdził ustalenia poczynione podczas czynności kontrolnych, stwierdzając wystąpienie nieprawidłowości wynikającej z poz. 4 Załącznika do Rozporządzenia polegającej na niedopełnieniu obowiązku odpowiedniego upublicznienia zgodnie z warunkami wynikającymi z umowy o dofinansowanie, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiedniego poziomu upublicznienia.

Zgodnie z zapisami Podrozdziału 3.4 pkt 15 Zasad (analogicznie pkt 5 Podrozdziału 3.2.2 Zasad wersja 1.0), do czasu uruchomienia przez Ministerstwo Rozwoju strony internetowej umożliwiającej dokonywanie publikacji, co miało nastąpić najpóźniej w dniu 01 stycznia 2018 r., zapytanie ofertowe dla zamówień wszczynanych przez Wnioskodawców (przed podpisaniem umowy o dofinansowanie) w trybie konkurencyjności można było upublicznnić poprzez jego wysłanie do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, o ile na rynku istniało co najmniej trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia oraz zamieścić co najmniej na swojej stronie internetowej, o ile Wnioskodawca posiadał taką stronę lub innej powszechnie dostępnej stronie internetowej przeznaczonej do umieszczania zapytań ofertowych.

Wedle Podrozdziału 3.4 pkt 11 Zasad, prawidłowo upublicznione zapytanie ofertowe winno zawierać co najmniej: opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu ich spełnienia, kryteria oceny ofert, informację o wagach punktowych lub procentowych, opis sposobu przyznawania punktacji za spełnienie danego kryterium, termin składania ofert, termin realizacji umowy i wiele innych warunków.

W analizowanym przypadku upublicznienia informacji o poszukiwaniu dostawcy suwnicy dokonano w dniu 01 grudnia 2016 r. na stronie internetowej Zamawiającego <https://gipo.eu/pl/timeline.php> – podczas czynności kontrolnych okazano IZ RPO WZ zrzut z ekranu. Zgodnie z protokołem postępowania z dnia 19 grudnia 2016 r. informację przekazano osobiście trzem potencjalnym wykonawcom w dniach 09 grudnia 2016 r., 12 grudnia 2016 r., 15 grudnia 2016 r.

Należy zwrócić uwagę, iż na stronie internetowej Beneficjenta znajdowała się jedynie informacja o zaproszeniu do składania ofert oraz opis sposobu otrzymania dodatkowych informacji (wskazano, że szczegółowe wymogi zostaną udostępnione wszystkim zainteresowanym drogą elektroniczną lub podczas bezpośredniego spotkania w siedzibie firmy), zawarto też informację, że w załączonym linku znajduje się treść zapytania ofertowego. Przedstawiony zrzut ekranu nie potwierdzał publikacji zarówno ww. linku, jak też treści zapytania ofertowego oraz załączników, tym samym udokumentowane przez Zamawiającego upublicznienie pozbawione było podstawowych elementów ogłoszenia traktowanych jako minimalne zgodnie z Zasadami (np. opis przedmiotu zamówienia czy kryteria oceny ofert).

W wyjaśnieniach składanych w trakcie kontroli w dniu 16 maja 2019 r. potwierdzono brak innych dokumentów poświadczających dostępność informacji o postępowaniu ofertowym, czyli potwierdzających prawidłowe jego upublicznienie. Ponadto nie potwierdzono również dostarczenia zapytania ofertowego do trzech potencjalnych oferentów.

W piśmie z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent podał, że publikację zapytania ofertowego na własnej stronie internetowej należy uznać za wystarczającą dla jego upublicznienia, gdyż nie miał on dostępu do Bazy konkurencyjności. Ponadto podał, iż zapytanie przekazano również potencjalnym wykonawcom w wersji pisemnej.

W piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent wskazał, iż podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko w sprawie.

Wobec braku możliwości potwierdzenia, że wszyscy potencjalni wykonawcy mieli takie same szanse zapoznania się z zapytaniem ofertowym i niezbędną do przygotowania oferty dokumentacją w pełnym wymiarze należy uznać, że Zamawiający nie dopełnił obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego zgodnie z warunkami wynikającymi z umowy o dofinansowanie projektu. Jednakże poprzez publikację nawet niepełnej informacji o zamówieniu zapewniono poziom upublicznienia umożliwiający zaistnienie konkurencji w postępowaniu. Uwzględniając powyższe stwierdzono nieprawidłowość polegającą na niedopełnieniu obowiązku odpowiedniego upublicznienia zgodnie z warunkami wynikającymi z umowy o dofinansowanie projektu, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiedniego poziomu upublicznienia, co skutkuje koniecznością nałożenia korekty finansowej z uwzględnieniem stawki w wysokości 25 % (bez możliwości obniżenia), wynikającej z poz. 4 Załącznika do Rozporządzenia.

Tym samym należy stwierdzić, iż wystąpiły wszystkie przesłanki ziszczenia się definicji nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013. Naruszenie prawa (Zasad, czyli procedur o których mowa w art. 184 ufp) wynikające z działania podmiotu gospodarczego (Beneficjenta) doprowadziło do wystąpienia szkody potencjalnej, jako że doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy (naruszono zatem też art. 44 ust. 3 ufp) gdyby Beneficjent dopełnił obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego i wszyscy potencjalni wykonawcy mieli takie same szanse zapoznania się z zapytaniem ofertowym. Co do zasady przy nieprawidłowym upublicznieniu krąg wykonawców zostaje jednak zmniejszony/ograniczony, więc i możliwość otrzymania większej liczby ofert również jest zawężona.

Ponadto IZ RPO WZ stwierdziła też, iż w postępowaniu pn. „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T” doszło do nieuprawnionego skrócenia terminu składania ofert o 50% terminu wymaganego, co stanowi nieprawidłowość z poz. 14 Załącznika do Rozporządzenia.

Jak wynika z zapisów protokołu postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 19 grudnia 2016 r. Beneficjent przekazał zapytanie ofertowe osobiście następującym oferentom, w niżej wymienionych terminach:

- C. P. K. Sz. – w dniu 09 grudnia 2016 r.,
- S. T. M. W. – w dniu 12 grudnia 2016 r.,

– A. C. S. P. Sp. z o.o. – w dniu 15 grudnia 2016 r.

Wskazany w zapytaniu ofertowym termin na złożenie ofert upływał w dniu 19 grudnia 2016 r. do godziny 12.00. Powyższe oznacza, że czas na złożenie oferty w przypadku S. T. M. W. wyniósł 6 dni i 12 godzin, a A. C. S. P. Sp. z o.o. wyniósł 3 dni i 12 godzin.

Zgodnie z pkt 10 Podrozdziału 3.4 Zasad (analogicznie Podrozdział 4.1 pkt 1 lit. h) Zasad wersja 1.0), termin składania ofert wynosił 7 dni kalendarzowych od daty ogłoszenia zapytania ofertowego w przypadku dostaw i usług, z zastrzeżeniem odmiennych terminów dla zamówień o wartości równej lub wyższej niż próg określony w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Bieg terminu rozpoczynał się w dniu następującym po dniu upublicznienia zapytania ofertowego, a kończył z upływem ostatniego dnia. Jeżeli koniec terminu przypadał na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływał dnia następującego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

W przypadku badanego postępowania doszło zatem do skrócenia minimalnego terminu o 3 dni i 12 godzin, tj. o 50% terminu wymaganego.

W piśmie z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent wskazuje, że istotne jest, czy termin upublicznienia był wystarczający, aby móc uznać, że zachowano zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zdaniem Beneficjenta terminy na złożenie ofert zastosowane w badanym postępowaniu były wystarczające dla zachowania ww. zasad, o czym świadczyć miały złożone oferty i wyłonienie wykonawcy.

Dotychczasową argumentację podtrzymano w piśmie z dnia 14 lutego 2020 r.

Należy zwrócić uwagę, że w wyznaczonym w zapytaniu ofertowym terminie wpłynęły tylko dwie oferty od przedsiębiorstw: C. P. K. Sz. oraz S. T. M. W. (oferty, dla których czas na ich sporządzenie był właściwy lub nieznacznie krótszy od minimalnego 7 dniowego wymaganego zgodnie z Zasadami). Nie można wykluczyć, że skrócenie terminu o połowę w przypadku przedsiębiorstwa A. C. S. P. Sp. z o.o. było czynnikiem decydującym o tym, że ostatecznie ww. wykonawca oferty nie złożył, bo nie zdążył jej przygotować. Tym samym można stwierdzić, iż w ww. przypadku wystąpiła szkoda potencjalna w budżecie UE, gdyż sfinansowano wydatek który mógłby być mniejszy gdyby Beneficjent nie naruszył Zasad i art. 44 ust. 3 ufp, gdyż mogłaby wpłynąć oferta korzystniejsza ekonomicznie.

Nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert stanowi nieprawidłowość skutkującą koniecznością nałożenia korekty finansowej z uwzględnieniem stawki w wysokości 25% (poz. 14 Załącznika do Rozporządzenia) w przypadku, gdy ustalony termin został skrócony więcej niż o 50% terminu wymaganego lub skrócenie stanowi 50% terminu wymaganego (w tym wypadku obniżenie stawki nie jest możliwe).

W postępowaniu pn. „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T” zbadano nadto czy aby Zamawiający nie dopuścił się dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie, czyli nieprawidłowości z poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia.

W trakcie czynności kontrolnych ustalono, że zmianie uległa wartość wynagrodzenia wynikająca z umowy, która nie została potwierdzona aneksem do umowy. Zgodnie z umową wynagrodzenie ustalono na kwoty netto:

- suwnica typ ELK\_3,2t\_24000mm: (...) EUR,
- szynoprzewód: w cenie,
- montaż systemu: (...) zł,
- dostawa: (...) EUR.

Do dofinansowania przedstawiono faktury VAT:

- nr (...) z dnia 25 lutego 2017 r. za montaż w wysokości (...) zł netto,
- nr (...) z dnia 02 stycznia 2017 r. za suwnicę (50%) w wysokości (...) EUR netto,
- nr (...) z dnia 25 lutego 2017 r. za suwnicę (50%) w wysokości (...) EUR netto oraz koszt transportu w wysokości (...) EUR netto. Powyższe oznacza, że wartość transportu była wyższa od wynikającej z oferty i umowy o (...) EUR netto.

W zastrzeżeniach z dnia 04 października 2019 r. Beneficjent wskazał, że dopuszczalne jest dokonywanie zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano

wyboru dostawcy zgodnie z zapisami Podrozdział 3.4 pkt 22 lit. e) Zasad, przy czym nie ma tu dodatkowo konieczności sprawdzania istotności dokonanych zmian.

W piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. podano, iż nie doszło do zawarcia aneksu zmieniającego wartość wynagrodzenia, a zatem nie można karać za zmianę umowy. Ponadto do podwyższenia wynagrodzenia dostawcy za transport doszło dlatego, że z winy Zamawiającego nie mógł on wykonać transportu w zaplanowanym czasie (mail firmy K. Sz. P. z dnia 28 stycznia 2020 r. wskazujący przyczyny zwiększenia kosztów transportu dot. suwnicy, tj. brak zaliczki ze strony Zamawiającego uruchamiającej zamówienie). Dostawcy służyło roszczenie o zapłatę odszkodowania, względnie zwiększonego wynagrodzenia, w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez GIPO Sp. z o.o. Jeśli w takiej sytuacji Zamawiający dobrowolnie zaspokaja słuszne roszczenia swojego kontrahenta to nie można tego traktować jako zmiany umowy. Gdyby Spółka dobrowolnie nie zapłaciła dodatkowego kosztu wówczas naraziłaby się na odszkodowawczy proces sądowy. Przyjmując nawet, że do zmiany umowy doszło należałoby uznać, że nie była to zmiana istotna i że była ona dopuszczalna (Podrozdział 3.4 pkt 22 lit. e) Zasad). Zwrócono też uwagę, że z powodu niedopuszczalnego zdaniem IZ RPO WZ podniesienia wynagrodzenia o (...) EUR ((...)zł) naliczono sankcję w wysokości (...) zł, czyli o 5 razy wyższą niż kwestionowany wydatek.

Należy wskazać, iż brzmienie Podrozdziału 3.4 pkt 22 e) Zasad faktycznie pozwala na dokonywanie zmian w umowie z wykonawcą, ale pod pewnymi warunkami. Możliwe jest dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści wybranej oferty, gdy zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy, a łączna wartość zmian jest mniejsza niż 209 000,00 euro w przypadku zamówień na dostawy i usługi i jednocześnie jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Zawarta w dniu 20 grudnia 2016 r. umowa z wykonawcą w § 7 stanowiła, iż: „Wszelkie zmiany umowy mogą być dokonywane jedynie za zgodą obu stron, w formie pisemnego aneksu do niniejszej umowy pod rygorem nieważności. Niedopuszczalna jest jednak pod rygorem nieważności zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego”.

Z przedstawionych do kontroli dokumentów nie wynikało, aby zawarto pisemny aneks zmieniający wartość wynagrodzenia, jak też nie wskazano na zaistnienie okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Ww. dokumentów lub wyjaśnień nie załączono również do pisma z dnia 04 października 2019 r. W piśmie z dnia 14 lutego 2020 r. wyjaśniono już co prawda, iż do podwyższenia wynagrodzenia dostawcy za transport doszło dlatego, że z winy Zamawiającego nie mógł on wykonać transportu w zaplanowanym czasie. Przedstawiono też e-mail firmy K. Sz. P. z dnia 28 stycznia 2020 r., wskazujący na przyczyny zwiększenia kosztów transportu dot. suwnicy. Przy czym należy zauważyć, iż w dalszym ciągu mamy do czynienia z sytuacją kiedy dokonano zmiany wartości umowy (zwiększenia) bez zachowania ustaleń zawartej umowy (nie przedstawiono aneksu, jak też nie wskazano na okoliczności, których nie można było przewidzieć na etapie podpisywania umowy). Oznacza to, że zmiana umowy była istotna, bo zmieniała wartość wynagrodzenia wynikającą z wybranej oferty oraz dokonana została niezgodnie z Zasadami. Okoliczności, które przedstawił pismem z dnia 14 lutego 2020 r. Beneficjent, tj. zwiększony koszt transportu będący wynikiem tego, że Zamawiający nie wpłacił w wymaganym terminie zaliczki nie stanowi przesłanki mówiącej o niemożliwych do przewidzenia okolicznościach powodujących konieczność zmiany warunków umowy.

Dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie stanowi nieprawidłowość, dla której zgodnie z poz. 28 załącznika do Rozporządzenia przewidziano korektę finansową w wysokości 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększone o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia.

Reasumując w ramach postępowania pn. „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T”, IZ RPO WZ stwierdziła wystąpienie poniższych nieprawidłowości:

- niedopełnienie obowiązku odpowiedniego upublicznienia zgodnie z warunkami wynikającymi z umowy o dofinansowanie, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiedniego poziomu

upublicznienia – poz. 4 Załącznika do Rozporządzenia, za które nałożono 25% korektę finansową,

- nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert o 50% terminu wymaganego – poz. 14 Załącznika do Rozporządzenia, za które nałożono 25% korektę finansową,
- dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie – poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia, za które nałożono korektę finansową w wysokości 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększone o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia.

W związku z brzmieniem § 9 Rozporządzenia, wedle którego w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu i stosuje się jedną korektę o najwyższej wartości, za stwierdzone w ramach postępowania pn. „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T” nieprawidłowości nałożona została łączna korekta finansowa przy zastosowaniu stawki 25%. IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 14 761,63 zł. Za poniesiony z naruszeniem procedur uznano bowiem wydatek w wysokości 1 350,00 EUR (1 350,00 EUR x 4,3102 zł = 5 818,77 zł; ustalona kwota do zwrotu 5 818,77 zł x 45% = 2 618,45 zł), stanowiący 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy oraz wydatki stanowiące 25% wydatków kwalifikowalnych w wysokości 107 939,44 zł przedstawionych do dofinansowania w związku z weryfikowanym postępowaniem, czyli w wysokości 26 984,86 zł (ustalona kwota do zwrotu 26 984,86 zł x 45% = 12 143,18 zł). Zatem łączna kwota do zwrotu została ustalona, jak wskazano powyżej, w wysokości 14 761,63 zł (12 143,18 zł + 2 618,45 zł = 14 761,63 zł).

Mając na uwadze stwierdzone powyżej nieprawidłowości należy podkreślić, iż w judykaturze przyjmuje się, 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 (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – zwanego dalej: NSA – z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13; wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w pzp. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Podkreślenia wymaga, że z punktu widzenia art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (z uwagi na podobne brzmienie definicji nieprawidłowości w rozporządzeniu nr 1083/2006 i nr 1303/2013, orzecznictwo ukształtowane w czasie obowiązywania rozporządzenia nr 1083/2006 i obecnie zachowuje swoją aktualność) istota nieprawidłowości wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, a zatem obowiązkiem organu krajowego jest ocena określonego działania lub zaniechania w płaszczyźnie jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniego środka (zob. wyrok NSA z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt II GSK 841/16).

Reasumując, wysokość korekty jest ustalana w Rozporządzeniu relatywnie do szkody powodowanej potencjalnie przez naruszenia. Organ nie jest obowiązany udowodniać wystąpienia w danym konkretnym przypadku szkody. Ocenia jedynie charakter i wagę naruszenia, gdy istnieje możliwość obniżenia korekty w granicach określonych w Taryfikatorze, co też uczynił.

Niezależnie od nałożonej w związku ze stwierdzonymi naruszeniami korekty finansowej, IZ RPO WZ stwierdziła również, iż część wydatków przedstawionych przez Beneficjenta do współfinansowania nie mieści się w katalogu wydatków kwalifikowalnych.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż jak wskazano w umowie o dofinansowanie (§ 1 pkt 45–46), przez wydatki niekwalifikowalne należy rozumieć takie wydatki lub koszty poniesione w związku z realizacją projektu, które nie są wydatkami kwalifikowalnymi. Zaś przez wydatki kwalifikowalne rozumie się wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria zgodnie z

rozporządzeniem nr 1303/2013, rozporządzeniem nr 1301/2013, rozporządzeniem Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. L 187 z dnia 26 czerwca 2014 ze zm., zwanym dalej: rozporządzeniem nr 651/2014), jak również w rozumieniu ustawy wdrożeniowej i przepisów rozporządzeń wydanych do tej ustawy, oraz zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, jak również Regulaminem konkursu.

Jak stanowi zaś Regulamin konkursu w Rozdziale 3.3 pkt 1, wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający łącznie warunki:

- a) został faktycznie poniesiony w okresie kwalifikowalności wydatków, wskazanym we wniosku o dofinansowanie,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, w tym przepisami regulującymi udzielanie pomocy publicznej,
- c) jest zgodny z RPO WZ, Szczegółowym Opiszem Osi Priorytetowych, Regulaminem naboru,
- d) został uwzględniony w budżecie projektu zawartym we wniosku o dofinansowanie,
- e) został poniesiony zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie,
- f) jest niezbędny do realizacji celów projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- g) został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny, efektywny i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- h) został należycie udokumentowany, zgodnie z wymogami określonymi przez IZ RPO WZ
- i) został wykazany we wniosku o płatność,
- j) dotyczy towarów dostarczonych lub usług wykonanych, lub robót zrealizowanych oraz zaliczek zapłaconych na rzecz wykonawców.

Beneficjent przedstawił do dofinansowania wydatki w wysokości 113 512,77 zł dotyczące prac związanych z wykonaniem fundamentów pod frezarkę CNC H. (frezarkę horyzontalną), które nie zostały zaplanowane w budżecie projektu. Dodatkowo Zamawiający dokonał z pominięciem procedur wynikających z Zasad wyboru wykonawcy ww. prac, tj. P. P. H. i U. B. „G.” A. Gi. Wartość prac związanych z wykonaniem fundamentów przekraczała 50 000,00 zł netto, w związku z powyższym ich wykonawca winien zostać wyłoniony w postępowaniu przeprowadzonym zgodnie z zasadą konkurencyjności.

Beneficjent w piśmie z dnia 11 czerwca 2019 r. wyjaśnił, iż dokonał wyboru wykonawcy robót działając w stanie wyższej konieczności. Powyższe wynikało z tego, że informację i dane techniczne dotyczące zakresu i rodzaju fundamentów pod maszynę uzyskał od dostawcy dopiero w dniu 04 czerwca 2018 r. (dopisek własny: umowę z H. G. A. S.A. zawarto w dniu 09 kwietnia 2018 r. i zgodnie z zapisami § 8 pkt 8.2 tej umowy, prace fundamentowe i kanały kablowe miały być przygotowane przez kupującego według instrukcji sprzedającego). Jednocześnie Beneficjent wskazał, że nastąpiła konieczność wprowadzenia korekt do przedstawionego przez dostawcę projektu technicznego ze względu na odmienne parametry gruntu (opinia geotechniczna) pod halą produkcyjną, a wskazanymi w projekcie technicznym. Uzgodnienie i opracowanie nowego projektu technicznego zajęło kolejne 2 tygodnie i jak wskazał Beneficjent dopiero pod koniec czerwca 2018 r. znany był mu zakres prac niezbędnych do wykonania. Pomimo wezwania Beneficjenta do uzupełnienia dokumentów dotyczących ww. projektów technicznych nie przedstawiono ich na etapie kontroli. Dodatkowo w wyjaśnieniach wskazano, że rozważano możliwość przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy fundamentów zgodnie z Zasadami, jednakże odstąpiono od jego realizacji. Powyższe podyktowane było wystąpieniem dużego, zdaniem Beneficjenta, ryzyka nieukończenia prac przed terminem dostawy większości urządzeń nabytych w ramach projektu, jak też potencjalną możliwością braku wpływu jakichkolwiek ofert, stąd wybrano wykonawcę bez żadnego trybu.

Organ zwraca uwagę, że wprawdzie istnieje możliwość niestosowania procedur określonych w Podrozdziale 3.4 Zasad, jednakże przy wystąpieniu określonych warunków. Zgodnie z zapisami Podrozdziału 3.1 pkt 9 lit. d) Zasad, jest to możliwe w przypadku zamówień, dla których ma

zastosowanie zasady konkurencyjności, ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych w Podrozdziale 3.4 pkt 10 Zasad. Według Podrozdziału 3.1 pkt 9 lit. e) Zasad jest to możliwe w przypadku zamówień, dla których ma zastosowanie zasada konkurencyjności, ze względu na wyjątkową sytuację udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych w Podrozdziale 3.4 pkt 10 Zasad.

W ocenie organu, w oparciu o przedłożone na etapie czynności kontrolnych dokumenty, nie sposób potwierdzić, że Beneficjent nie miał wiedzy odnośnie konieczności wykonania fundamentów pod frezarkę CNC H. (frezarkę horyzontalną). Wymóg ten wynikał zarówno z zapisów oferty, jak i zapisów umowy zawartej z wykonawcą. Przy zachowaniu należytej staranności informacja o rodzaju fundamentów wymaganych pod określoną maszynę winna zostać przekazana wraz z ofertą, a w przypadku braku takiej informacji Zamawiający winien prosić o jej uzupełnienie, choćby w celu ustalenia spełnienia wymogów odnośnie podłoża, na którym będzie maszyna posadowiona. Mając na uwadze powyższe, okres na wybór wykonawcy prac związanych z ewentualnymi robotami dotyczącymi wykonania fundamentów byłby znacząco dłuższy (wydłużony o min. 2 miesiące), co pozwoliłoby w ocenie organu na wybór wykonawcy z zachowaniem procedur wynikających z Zasad. Ponadto tłumaczenie Beneficjenta o braku na rynku podmiotów zdolnych i chętnych do wykonania przedmiotu zamówienia nie znajduje potwierdzenia w przedłożonych do kontroli dokumentach. Powyższe stanowi dodatkowy argument za stwierdzeniem, że przeprowadzenie wyboru wykonawcy winno odbyć się z zachowaniem procedur opisanych w Zasadach, gdyż po upublicznieniu informacji o poszukiwaniu wykonawcy prac istniałaby realna szansa na zgłoszenie się oferenta, do którego Beneficjent nie zwrócił się bezpośrednio z zapytaniem o możliwość wykonania zamówienia. Ponadto w przypadku braku wpływu ofert w odpowiedzi na prawidłowo upublicznione zapytanie ofertowe możliwe było wybranie wykonawcy robót bez stosowania procedur określonych w Zasadach, co opisano w Podrozdziale 3.1 pkt 9 lit. a) Zasad.

Wydatki, które poniesiono niezgodnie z Zasadami stanowiącymi załącznik do umowy (wybór wykonawcy bez zastosowania właściwego trybu wynikającego z Zasad, poprzez niedopełnienie obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego zgodnie z warunkami wynikającymi z umowy o dofinansowanie), nie mogą stanowić wydatków kwalifikowalnych. Należy dodać, iż kwalifikowalnymi zgodnie z Regulaminem są wydatki poniesione zgodnie z umową o dofinansowanie, której załącznik stanowią Zasady. W związku z powyższym oraz biorąc pod uwagę, że nie zostały zaplanowane w budżecie projektu, wydatki dotyczące wykonania fundamentów pod frezarkę CNC H. w wysokości 113 512,77 zł IZ RPO WZ uznaje za niekwalifikowalne. IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 51 080,75 zł ( $113\ 512,77\ \text{zł} \times 45\% = 51\ 080,75\ \text{zł}$ ).

Ponadto należy wskazać, iż do dofinansowania Beneficjent przedstawił także wydatki poniesione na zakup dodatkowego wyposażenia kabiny do szkiełkowania stali nierdzewnej. Beneficjent w dokumentacji aplikacyjnej nie planował zaś zakupu dodatkowego wyposażenia/materiałów eksploatacyjnych dla ww. kabiny. Zgodnie z przeprowadzonym postępowaniem w trybie konkurencyjnym kabinę do szkiełkowania stali nierdzewnej nabyto od przedsiębiorstwa S. Sp. z o.o. Jak wynika z oferty ww. przedsiębiorstwa urządzenie było wyposażone we wszystkie elementy niezbędne do jego prawidłowego funkcjonowania, w tym sprężarkę i osuszacz powietrza. Nabycie dodatkowego wyposażenia kabiny śrutowniczej dokonano od przedsiębiorstwa P. G. G. Powyższe nastąpiło na podstawie zamówienia do oferty handlowej W184-2018, której nie przedstawiono w trakcie czynności kontrolnych. Dodatkowo zamówienie nie posiadało daty złożenia i nie potwierdzało wartości zamawianego sprzętu, jak też jego ilości. W przypadku dokonywania zakupów w ramach projektu Zamawiający winien dokonywać wyboru wykonawców z uwzględnieniem Zasad. Zatem nie mogą stanowić wydatków kwalifikowalnych wydatki, które poniesiono niezgodnie z Zasadami (i w rezultacie Regulaminem, gdyż Zasady stanowią załącznik do umowy o dofinansowanie a wydatkami kwalifikowanymi są te poniesione zgodnie z ww./ umową). W związku z powyższym oraz mając na uwadze, że nie zostały zaplanowane w budżecie projektu wydatki dotyczące dodatkowego wyposażenia kabiny do szkiełkowania stali nierdzewnej w wysokości 48 016,37 zł, nie mogą stanowić

one wydatków kwalifikowalnych (faktura nr (...) z dnia 24 sierpnia 2018 r. – wartość wydatków kwalifikowalnych wynosi 14 282,32 zł oraz faktura nr (...) z dnia 24 lipca 2018 r. – wartość wydatków kwalifikowalnych wynosi 33 734,05 zł). IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 21 607,37 zł (48 016,37 x 45%).

Reasumując za niekwalifikowalne w wyniku kontroli merytorycznej uznano wydatki w kwocie 113 512,77 zł dotyczące prac związanych z wykonaniem fundamentów pod frezarkę CNC H. (frezarkę horyzontalną), gdzie ustalona kwota do zwrotu 51 080,75 zł oraz wydatki w kwocie 48 016,37 zł dotyczące dodatkowego wyposażenia kabiny do szkiełkowania stali nierdzewnej, gdzie ustalona kwota do zwrotu wyniosła 21 607,37 zł.

Poza kontrolą merytoryczną, której wyniki przedstawione powyżej organ podzielił w toku postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, projekt Beneficjenta w dniach 15-16 maja 2019 r. poddano również kontroli finansowej (na podstawie przedstawionych do kontroli dokumentów: listy środków trwałych, planu amortyzacji, wykazu środków trwałych, dokumentów przyjęcia środków trwałych zwanego dalej: OT, dokumentów modyfikacji wartości zwanych dalej: MW oraz wydruków z kont wyodrębnionych pod projekt), w rezultacie czego ustalono (co potwierdza się na skutek przeprowadzonego postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków), że:

1. Prasę krawędziową B. przyjęto do użytkowania w wartości początkowej równej (...) zł na podstawie dokumentu OT 9/2018 nadając jej symbol 421 zgodnie z Klasyfikacją Środków Trwałych (zwaną dalej: KŚT) z zastosowaniem rocznej stawki amortyzacji w wysokości 8%. Wartość początkowa została zwiększona na podstawie dokumentu MW 10/2018 z dnia 31 grudnia 2018 r. o kwotę (...) zł, tj. o wartość wynikającą z podziału prowizji kredytowej na sfinansowanie środków trwałych nabytych w ramach projektu. Zwrócono uwagę, że wartość wydatków kwalifikowalnych ustalona dla faktur wystawionych w walucie euro wynosi:
  - a) 198 690,49 zł dla dokumentu D. P. I. 4678 z dnia 23 maja 2018 r. – wartość ujęta w księgach wynosi (...) zł (różnica (...) zł),
  - b) 397 603,75 zł dla dokumentu D. P. I. 4714 z dnia 30 lipca 2018 r. – wartość ujęta w księgach wynosi (...) zł (różnica (...) zł),
  - c) 66 146,63 zł dla C. I. 556 z dnia 06 sierpnia 2018 r. i jest równa wartości ujętej w księgach Beneficjenta.

Zatem wartość wydatków kwalifikowalnych dla ww. składnika majątku jest równa (...) zł, zaś wartość ujęta w księgach jest równa (...) zł. Zgodnie z zapisami załącznika nr 3 do Podręcznika SL2014, kwota wydatków kwalifikowalnych nie może być wyższa niż kwota ujęta w księgach rachunkowych wynikająca z przeliczenia przyjętego przez Beneficjenta w przypadku stosowania przez niego innych zasad rachunkowych wyliczania wydatków poniesionych w walucie obcej na złotówki, uwzględniających wymogi przepisów podatkowych. W związku z powyższym różnica w wysokości 974,61 zł (250,61 zł + 724,00 zł) nie może stanowić wydatku kwalifikowalnego.

2. Frezarkę CNC H. (frezarka horyzontalna) przyjęto do użytkowania w wartości początkowej równej (...) zł (wartość wynikająca z przeliczenia faktur wystawionych w walucie euro na złotówki) na podstawie dokumentu OT 9/2018 nadając jej symbol 411 zgodnie KŚT z zastosowaniem rocznej stawki amortyzacji w wysokości 14%. Wartość początkowa została zwiększona na podstawie dokumentu MW 3/2018 z dnia 31 sierpnia 2018 r. o wartość (...) zł (inne koszty, m.in. związane z wykonaniem fundamentów pod maszynę), MW 6/2018 z dnia 31 grudnia 2018 r. o wartość (...) zł (dodatkowe oprogramowanie) oraz MW 10/2018 z dnia 31 grudnia 2018 r. o kwotę (...) zł, tj. o wartość wynikającą z podziału prowizji kredytowej na sfinansowanie środków trwałych nabytych w ramach projektu. Zwrócono uwagę, że wartość wydatków kwalifikowalnych ustalona dla faktur wystawionych w walucie euro wynosi:
  - a) 1 703 860,20 zł dla dokumentu D. N. nr 1021/18 z dnia 10 kwietnia 2018 r. – wartość ujęta w księgach wynosi (...) zł,
  - b) 498 127,20 zł dla dokumentu D. N. nr 1043/18 z dnia 13 sierpnia 2018 r. – wartość ujęta w księgach wynosi (...) zł (różnica (...) zł),

- c) 247 996,40 zł dla I. No: VEX21800035 z dnia 06 sierpnia 2018 r. i jest równa wartości ujętej w księgach Beneficjenta.

Powyższe oznacza, że dla dokumentu D. N. nr 1043/18 z dnia 13 sierpnia 2018 r. wartość ujęta w księgach jest niższa od wartości kwalifikowalnej o (...) zł. Uwzględniając zapisy załącznika nr 3 do Podręcznika SL2014, wydatek w wysokości 2 134,40 zł nie może stanowić wydatku kwalifikowalnego.

3. W przypadku piły taśmowej nabytej na podstawie faktur wystawionych w walucie EUR, jak też frezarki CNC 5-osiowej oraz tokarki 3-osiowej nabytych na podstawie dokumentów wystawionych w walucie USD stwierdzono, że w ich wartościach początkowych nie uwzględniono różnic kursowych, przy czym powyższe pozostaje bez wpływu na kwalifikowalność wydatków.

W związku z powyższymi ustaleniami łączna kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne w wyniku kontroli finansowej wynosi zatem 3 109,01 zł (974,61 zł + 2 134,40 zł). IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 1 399,05 zł (3 109,01 zł x 45% = 1 399,05 zł).

Reasumując w ramach poniższych postępowań o udzielenie zamówienia przeprowadzonych przez Zamawiającego IZ RPO WZ stwierdziła nieprawidłowości:

- 1) Postępowanie pn. „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.”:
  - określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców – poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej),
  - faktyczną zmianę terminów realizacji umów i w związku z tym niedotrzymanie zarówno warunków umowy, jak i zapytania ofertowego – poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia jako najbliższa rodzajowo nieprawidłowość (nałożona 25% stawka korekty finansowej),
  - wybór oferty niespełniającej postawionego przez Zamawiającego warunku dot. terminu realizacji umowy – poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej).
- 2) Postępowanie na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o.:
  - określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców – poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej),
  - wybór wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu – poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej),
  - faktyczną zmianę terminów realizacji, w wyniku czego doszło do niedotrzymania zarówno warunków umowy, jak i zapytania ofertowego – poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia jako najbliższa rodzajowo nieprawidłowość (nałożona 25% stawka korekty finansowej).
- 3) Postępowania pn. „Dostawa i wdrożenie oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.) dla GIPO Sp. z o.o.”:
  - określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez ustalenie warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców – poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej),
  - wybór wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu – poz. 24 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej).
- 4) Postępowania pn. „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T”:
  - niedopełnienie obowiązku odpowiedniego upublicznienia zgodnie z warunkami wynikającymi z umowy o dofinansowanie, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiedniego poziomu

upublicznienia – poz. 4 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej),

- nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert o 50% terminu wymaganego – poz. 14 Załącznika do Rozporządzenia (nałożona 25% stawka korekty finansowej),
- dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie – poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia (nałożono korektę finansową w wysokości 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększone o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia).

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. Ponadto jak już wskazywano w treści niniejszego rozstrzygnięcia wedle § 9 Rozporządzenia, w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu i stosuje się jedną korektę o najwyższej wartości.

Wysokość korekty finansowej została zatem obliczona jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (45%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych w danym zamówieniu.

Zatem IZ RPO WZ przy zastosowaniu stawki korekty finansowej 25% ustaliła kwotę do zwrotu w postępowaniu:

- pn. „Dostawa maszyn i urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej CNC do obróbki stali nierdzewnej dla GIPO Sp. z o.o.” – w wysokości 447 276,53 zł
- na dostawę urządzeń laboratoryjnych do wykonywania badań NDT dla GIPO Sp. z o.o. – w wysokości 16 492,84 zł,
- pn. „Dostawa i wdrożenie oprogramowania do ofertowania i konfiguracji podajników (skoordynowanego z S. W.) dla GIPO Sp. z o.o.” – w wysokości 15 706,60 zł
- pn. „Zakup, dostawa oraz montaż suwnicy 3,2 T” – w wysokości 14 761,63 zł.

Ponadto za niekwalifikowalne uznano wydatki w kwocie 113 512,77 zł dotyczące prac związanych w wykonaniem fundamentów pod frezarkę CNC H. (frezarkę horyzontalną), gdzie kwota do zwrotu została ustalona w wysokości 51 080,75 zł oraz wydatki w kwocie 48 016,37 zł dotyczące dodatkowego wyposażenia kabiny do szkiełkowania stali nierdzewnej, gdzie kwota do zwrotu została ustalona w wysokości 21 607,37 zł.

W związku z kontrolą finansową za niekwalifikowalne uznano wydatki w wysokości 974,61 zł (prasa 9-osiova cnc), gdzie IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 438,57 zł oraz wydatki w wysokości 2 134,40 zł (frezarka horyzontalna), gdzie IZ RPO WZ ustaliła kwotę do zwrotu w wysokości 960,48 zł.

Mając jednak na uwadze fakt, iż wezwanie do zwrotu środków i w rezultacie decyzja o zwrocie środków obejmować winny tą część wydatków uznanych za niekwalifikowalne oraz korekty finansowej dotyczącej wydatków dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, Beneficjent zobowiązany był do zwrotu środków w wysokości 510 379,76 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych. W przypadku wykrycia nieprawidłowości, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ bez zgody Beneficjanta dokonuje pomniejszenia płatności końcowej o odpowiednie kwoty – w analizowanej sprawie to jest kwota 57 945,01 zł. 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.

IZ RPO WZ wskazuje ponownie, że Beneficjent w dniu 30 grudnia 2019 r. dokonał zwrotu kwoty (...) zł, która to wpłata została zaliczona proporcjonalnie na poczet należności głównej (...) zł oraz odsetek (...) zł.

Dodać także należy, że IZ RPO WZ pismem z dnia 04 września 2020 r. przekazała Beneficjentowi informację, że w związku z koniecznością zachowania poziomu dofinansowania na całym projekcie zmianie uległa kwota do wypłaty z wniosku o płatność końcową z kwota 119 264,21 zł na kwotę 119 264,20 zł. Tym samym należy wskazać, iż w związku z wyrażeniem, pismem które wpłynęło do Kancelarii Ogólnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego dnia 02 stycznia 2020 r., zgody na pomniejszenie środków, pomniejszona zostanie kwota 119 264,20 zł (a nie jak wcześniej wskazywano 119 264,21 zł), z czego na poczet należności głównej zaliczono kwotę 104 895,23 zł, zaś na odsetki kwotę 14 368,97 zł. Mając na uwadze powyższe łączna kwota pozostała do zwrotu wynosi 317 481,73 zł wraz z odsetkami zmiennymi jak dla zaległości podatkowych oraz odsetkami stałymi w kwocie 14 010,83 zł.

Skutki nieprawidłowego wykorzystania dofinansowania, w tym konsekwencje niedochowania procedur, o których mowa w art. 184 ufp określa § 15 umowy o dofinansowanie oparty o brzmienie art. 207 ust. 1 ufp zgodnie z którym, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

- 1) wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- 2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,
- 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 zwrocie na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Do zadań zaś instytucji zarządzającej należy m.in., jak wynika z art. 9 ust. 2 ustawy wdrożeniowej, nakładanie korekt finansowych, jak też odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, w tym m.in. wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań. Zatem w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości obowiązkiem IZ RPO WZ jest dochodzenie zwrotu środków, co też uczyniono.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartym aneksem, wniosek o dofinansowanie projektu, wynik czynności kontrolnych, korespondencję z Beneficjentem zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, złożone wnioski dowodowe, koniecznym stało się wydanie przedmiotowej decyzji.

Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ orzeka 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 z wyłączeniem, o którym mowa w art. 27 ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694).

Na podstawie art. 21 ustawy z dnia 03 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694) Strona w celu ograniczenia negatywnych skutków wystąpienia COVID-19 może zwrócić się do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji, na okres nie dłuższy niż 180 dni. Wstrzymanie wykonania decyzji następuje w drodze postanowienia, na które służy zażalenie. Postanowienie, może być w każdym czasie uchylone, jeżeli ustąpiły przyczyny, dla których zostało wydane. Za okres od dnia wydania postanowienia o wstrzymaniu wykonania decyzji do dnia doręczenia postanowienia uchylającego to postanowienie nie nalicza się odsetek.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Do wiadomości:

1. K. S., E. S. Radcy Prawni s.c.  
ul. 3 M.  
(...) Sz.
2. a/a

*Zanonimizowała Magdalena Wróblewska na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych.*