



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejskie Fundusze
Strukturalne i Inwestycyjne



Załącznik do uchwały nr 1439/20
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 28 października 2020 r.

Adresat
Gmina Miasto Świnoujście
ul. W. P.
(...) Ś.

Sygnatura
WWRPO.VIII.3162.29.2020.MW

DECYZJA

Nr WWRPO/2014-2020/20/W/2020 podjęta w dniu 28 października 2020 r. przez Zarząd
Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

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

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a) ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 t. j.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t. j. ze zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r., poz. 1668 t. j.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Gminy Miasto Świnoujście, części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.04.09.00-32-4017/17-00, zawartej w Świnoujściu w dniu 06 kwietnia 2018 r. na realizację projektu pn. „Kurort nadmorski Świnoujście – nowa wizja przestrzeni publicznej – Budowa promenady zdrowia” w kwocie 195 314,12 zł (słownie: sto dziewięćdziesiąt pięć tysięcy trzysta czternaście złotych 12/100) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w tym:

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 166 200,78 zł liczonych od dnia 17 maja 2019 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 29 113,34 zł liczonych od dnia 28 czerwca 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 nr 80 1020 4795 0000 9202 0319 6953, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu częściowy zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. 2020 r. poz. 818 t.j., dalej: ustawa wdrożeniowa) pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwany dalej: IZ RPO WZ) 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 t.j. ze zm., dalej: ufp) albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań oraz decyzji o zapłacie odsetek, o których mowa odpowiednio w art. 207 ust. 9 i art. 189 ust. 3b ufp.

W dniu 06 kwietnia 2018 r. Gmina Miasto Świnoujście (zwana dalej Beneficjentem lub Zamawiającym) zawarła z IZ RPO WZ umowę o dofinansowanie nr RPZP.04.09.00-32-4017/17-00 (zwana dalej Umową) na realizację projektu pn. „Kurort nadmorski Świnoujście – nowa wizja przestrzeni publicznej – Budowa promenady zdrowia” (zwanego dalej Projektem), Oś Priorytetowa 4 Naturalne otoczenie człowieka, Działanie 4.9 Rozwój zasobów endogenicznych. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte następujące aneksy do Umowy: nr RPZP.04.09.00-32-4017/17-01 z dnia 06 kwietnia 2018 r., nr RPZP.04.09.00-32-4017/17-02 z dnia 09 kwietnia 2019 r.

W ramach przedmiotowej Umowy określone zostały szczegółowe zasady dofinansowania Projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami Umowy zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację Projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast 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 dla projektów w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020, Oś Priorytetowa 4 Naturalne Otoczenie Człowieka, Działanie 4.9 Rozwój zasobów endogenicznych (zwany dalej Regulaminem konkursu), wytycznymi oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu, a także osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 7 ust. 9 Umowy). Jednocześnie Beneficjent na podstawie § 19 ust. 6 Umowy miał obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z warunkami i procedurami określonymi przez przepisy ustawy wdrożeniowej oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579, t.j. ze zm., w brzmieniu z daty wszczęcia postępowania przetargowego przez Zamawiającego, dalej jako pzp).

Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt. 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 20 Umowy, w dniach 17 – 21 kwietnia 2020 r. w siedzibie IZ RPO WZ na dokumentach przeprowadzono kontrolę planową Projektu. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r. ze zm., dalej jako Rozporządzenie nr 1303/2013).

Zespół kontrolujący dokonał weryfikacji prawidłowości przeprowadzonego postępowania przetargowego pn. „Kurort nadmorski Świnoujście – nowa wizja przestrzeni publicznej część I – Budowa promenady zdrowia”(zwanego dalej Zamówieniem). W trakcie weryfikacji dokumentów dotyczących postępowania, stwierdzono naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 pzp, poprzez modyfikację przez Zamawiającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) przed upływem terminu składania ofert bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości prowadzonego postępowania. Zmiana odnosiła się do postawionych przez Zamawiającego warunków, dotyczących sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie Zamówienia, w zakresie sumy gwarancyjnej posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, poprzez jej obniżenie, w stosunku do pierwotnych zapisów SIWZ. Wprowadzenie opisanej powyżej zmiany obligowało Zamawiającego do przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (dalej: UPUE) ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, celem jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej: Dz. Urz. UE), czego Zamawiający nie uczynił.

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 pomniejszeń 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 Taryfikatorem), za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp, poprzez modyfikację treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, załącznik do Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych w pozycji 16 - Niedozwolona modyfikacja SIWZ lub dokumentów koncesji, przewiduje stawkę pomniejszenia korekty 25% z możliwością jej obniżenia do wysokości 10% albo 5%. Biorąc pod uwagę charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości w świetle szkody dla budżetu UE oraz stopień naruszenia zasady przejrzystości, jak również jej ewentualny wpływ na wynik postępowania, IZ RPO WZ zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie korekt finansowych, za modyfikację treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości prowadzonego postępowania podjęła decyzję o ustaleniu stawki pomniejszenia korekty finansowej w wysokości 10%.

Powyższe ustalenia przedstawiono w protokole pokontrolnym z dnia 07 maja 2020 r.

Beneficjent pismem z dnia 22 maja 2020 r. wniósł zastrzeżenia do protokołu z przeprowadzonej kontroli. W przedmiotowym piśmie Beneficjent zakwestionował wystąpienie nieprawidłowości oraz nie zgodził się z naliczeniem korekty finansowej w wysokości 10%. Wskazał, że stwierdzone przez IZ

RPO WZ naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych nie musi zawsze skutkować nałożeniem korekty finansowej, albowiem jej nałożenie musi być każdorazowo poprzedzone analizą wpływu naruszenia przepisów prawa na budżet UE. W niniejszej sprawie, zdaniem Beneficjenta, IZ RPO WZ zaniechała dokonania oceny, czy stwierdzone naruszenie doprowadziło w istocie do szkody w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Nadto Beneficjent zarzucił, że w protokole pokontrolnym ograniczono się jedynie do przytoczenia ogólnego wniosku, że naruszenie mogło mieć wpływ na wynik i przebieg postępowania, bez oceny konkretnie zaistniałej sytuacji, w związku z czym występuje brak uzasadnienia dla uznania naruszenia za nieprawidłowość, skutkującą koniecznością nałożenia korekty. W ocenie Beneficjenta w tym konkretnym przypadku zaniechanie dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu nie doprowadziło do choćby potencjalnej szkody w budżecie UE, gdyż Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z warunkiem pierwotnie postawionym w ogłoszeniu. Dalej Beneficjent wyjaśnił, że formułując pierwotnie postawiony warunek i tak rozszerzył konkurencyjność potencjalnych wykonawców poprzez ustanowienie wymaganej kwoty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na poziomie mniejszym, niż 50% możliwej kwoty. W ogłoszeniu Beneficjent wymagał bowiem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż (...) zł, zaś szacunkowa wartość zamówienia ustalona została na poziomie (...) zł. Warunek postawiony przez Beneficjenta była zatem w tym przypadku przynajmniej o połowę niższy, niż można było wymagać w tym postępowaniu. Zdaniem Beneficjenta w tej konkretnej sprawie, warunek udziału w postępowaniu i tak był stosunkowo niski, zaś wybrany wykonawca spełniał warunek pierwotny, w związku z tym trudno dojść do wniosku, że doszło do finansowania wydatku nieuzasadnionego skutkującego powstaniem szkody w budżecie UE. Poza tym wskazał, że w jego ocenie dokonał on publikacji zmiany SIWZ stosownie do treści art. 38 ust. 4 pzp. W dalszej części pisma Beneficjent zakwestionował ustalenie wysokości korekty finansowej na poziomie 10%, albowiem IZ RPO WZ określając wysokość korekty, ograniczyła się wyłącznie do podania stawki przewidywanej do zastosowania korekty, nie dokonując indywidualnego oszacowania rozmiaru szkody spowodowanej naruszeniem przepisów ustawy. Zdaniem Beneficjenta IZ RPO WZ nie uzasadniła również stanowiska w przedmiocie stwierdzenia braku podstaw do obniżenia korekty. W ocenie Beneficjenta natomiast okoliczności dotyczące ocenianego postępowania powinny stanowić podstawę do obniżenia wysokości nałożonej korekty finansowej, przynajmniej do poziomu 5%. Zdaniem Beneficjenta IZ RPO WZ błędnie przyjęła, że w niniejszej sprawie konieczne jest zastosowanie stawki procentowej wskazanej w Decyzji Komisji Europejskiej C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych (dalej jako Decyzja KE) na poziomie 10% bez możliwości jej obniżenia. Beneficjent zakwestionował także zastosowanie przez IZ RPO WZ, w jego sprawie pismo Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 17 stycznia 2020 r., znak DKF-IV.7518.2.2020.DK, na które powołano się w protokole pokontrolnym. Dalej Beneficjent wskazał, że dla oceny skutków finansowych stwierdzonych nieprawidłowości, IZ RPO WZ powinna stosować Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. Końcowo Beneficjent przytoczył szereg wyroków Sądów Administracyjnych na poparcie zaprezentowanego stanowiska oraz wskazał, że charakter i waga stwierdzonych naruszeń oraz brak powstania szkody w budżecie UE przemawiają za odstąpieniem od korekty finansowej.

Po analizie zastrzeżeń Beneficjenta, pismem z dnia 18 czerwca 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała go o podtrzymaniu swojego stanowiska w sprawie. W przedmiotowym piśmie IZ RPO WZ wskazała, że stwierdzone podczas kontroli naruszenie przez Beneficjenta przepisów prawa, w tym ustawy pzp, stanowi także naruszenie przepisów wspólnotowych dotyczących przejrzystości zamówień oraz równego traktowania wykonawców i jest traktowane jako szkodliwe dla budżetu UE. Dalej organ wyjaśnił, że sposób postępowania Zamawiającego w ramach kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doprowadził do wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013 oraz powstania potencjalnej szkody w

budżecie unijnym, poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Odnosząc się do zarzutów Beneficjenta w kwestii braku wykazania przez zespół kontrolujący w protokole kontroli, związku jego postępowania ze szkodą w budżecie UE organ wskazał, że w przedmiotowych okolicznościach nie ma możliwości wykazania ile podmiotów zrezygnowało ze złożenia oferty i jaką cenę za wykonanie Zamówienia podmioty te wskazałyby w swoich ofertach, co przesądza o zaistnieniu w niniejszej sprawie szkody potencjalnej. Zgodnie bowiem z definicją nieprawidłowości wykazanie konkretnego uszczerbku finansowego nie jest konieczne, a wystarcza sama możliwość jego wystąpienia. W zakresie zarzutów Beneficjenta dotyczących wysokości korekty finansowej zastosowanej przez IZ RPO WZ organ zwrócił uwagę, że ze względu na brak możliwości obliczenia konkretnego rozmiaru szkody wywołanej stwierdzonym naruszeniem art. 38 ust. 4 a w związku z art. 7 ust. 1 pzp, dla ustalenia wysokości pomniejszenia/korekty w przedmiotowym przypadku IZ RPO WZ zastosowała metodę wskaźnikową i odwołała się do regulacji Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych, zgodnie z którymi za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp poprzez modyfikację treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zastosować należało zapis pozycji 16 Taryfikatora, który przewiduje stawkę pomniejszenia/korekty 25% z możliwością jej obniżenia do wysokości 10% albo 5%. Natomiast fakt, iż Beneficjent nie ma dostępu do wewnętrznych instrukcji czy rekomendacji ministerstwa kierowanych do IZ RPO WZ, dotyczących postępowania przy ustalaniu wysokości korekt finansowych, nie może stanowić podstawy do kwestionowania zasadności ich stosowania w trakcie podejmowanych czynności kontrolnych. Tym samym IZ RPO WZ podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie.

W wyniku stwierdzonych nieprawidłowości, IZ RPO WZ pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. (doręczonym w dniu 29 czerwca 2020 r.) wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 195 314,12 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, w terminie 14 dni od otrzymania pisma. Jednocześnie poinformowano Beneficjenta, że pierwotnie zaakceptowana, wnioskowana kwota do wypłaty ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.04.09.00-32-4017/17-007, zostanie pomniejszona o kwotę korekty finansowej w wysokości 154 685,88 zł nałożonej na wydatki, dla których dofinansowanie nie zostało jeszcze wypłacone. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 8 upf w przypadku stwierdzenia, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Wobec bezskutecznego upływu terminu wskazanego w wezwaniu do zapłaty, w dniu 14 lipca 2020 r. IZ RPO WZ wszczęła wobec Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych na podstawie Umowy w związku z wykorzystaniem ich z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanego dalej RPO WZ). Jednocześnie pismem tym Beneficjent został pouczone, w związku z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 491), iż wobec wejścia w życie 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, zwana dalej Ustawą COVID-19), na mocy art. 19 terminy określone w art. 35 § 3 kpa na załatwienie sprawy ulegają przedłużeniu o 3 miesiące, a przepisów art. 36-38 kpa (dotyczących m.in. obowiązku organu po upływie terminu załatwienia sprawy administracyjnej, a także ponaglenia) nie stosuje się. W oparciu o art. 20 ust. 1-2 Ustawy COVID-19, w przypadku, o którym mowa w art. 19, istnieje możliwość zawieszenia postępowania na uzasadniony wniosek Strony, jednak nie dłużej niż na 180 dni, przy czym za okres od dnia wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania do dnia doręczenia postanowienia o podjęciu zawieszzonego postępowania nie nalicza się odsetek. Organ poinformował również Beneficjenta o treści art. 15 zzzzzz ustawy z dnia 2 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, zwana dalej: Specustawą), zgodnie z którym w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, w szczególności, gdy urząd administracji obsługujący organ administracji publicznej

wykonuje zadania w sposób wyłączający bezpośrednią obsługę interesantów, organ administracji publicznej:

- 1) może odstąpić od zasady określonej w art. 10 § 1 kpa (zasada czynnego udziału Strony) także w przypadku, gdy wszystkie Strony zrzekły się swego prawa;
- 2) może zapewnić Stronie udostępnienie akt sprawy lub poszczególnych dokumentów stanowiących akta sprawy również za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną na adres wskazany w rejestrze danych kontaktowych, o którym mowa w art. 20j ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub inny adres elektroniczny wskazany przez Stronę;
- 3) może przeprowadzić czynność w toku postępowania wymagającego zgodnie z przepisami prawa osobistego stawiennictwa, również przez udostępnienie przez Stronę lub innego uczestnika postępowania swojego wizerunku w czasie rzeczywistym, za pośrednictwem transmisji audiowizualnej, o ile przemawia za tym interes Strony, a organ prowadzący postępowanie wyraził na to zgodę.

Pismem z dnia 04 sierpnia 2020 r. do sprawy zgłosił swój udział pełnomocnik po stronie Beneficjenta.

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 t.j. ze zm., dalej: 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 aneksami, wynikami kontroli, wyjaśnieniami Beneficjenta) oraz pełnej analizy stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

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

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

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

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

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

Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 184 ufp należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami niemającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez Beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym Beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego i składa się na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami

obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, należy uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 184 ufp o „innych procedurach” obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp byłoby w ogóle wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, zwanego dalej: NSA, z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt II GSK 197/16). Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny (dalej: WSA) w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które Beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Również w literaturze zwrócono uwagę, iż pojęcie procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu powinno być rozumiane szeroko. Przykładowo jak wskazał Zbigniew Ofiarski w komentarzu „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, wyd. WKP 2019: „(...) inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków europejskich mogą wynikać nie tylko z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, lecz także mogą być kreowane przez specyficzne akty, stanowiące element umowy zawartej z Beneficjentem (...)”.

Wskazać należy, że zgodnie z zapisami § 19 ust. 6 Umowy, Beneficjent zobowiązany był do przestrzegania szczegółowych zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenia Zamówienia, a także pozostałych warunków i procedur określonych m.in. przez przepisy pzp. W niniejszej sprawie Beneficjent udzielał Zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Mając na uwadze stwierdzoną przez zespół kontrolujący nieprawidłowość w związku z udzielonym Zamówieniem, a opisaną powyżej wskazać należy, że zgodnie z treścią przepisu art. 38 ust. 4a pzp Beneficjent, który prowadzi przetarg w trybie nieograniczonym, w przypadku zmiany treści SIWZ prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o zmianie – w zależności od wartości zamówienia – w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazać UPUE ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania. Wartość przedmiotowego Zamówienia obligowała w niniejszej sprawie Beneficjenta do stosowania regulacji pkt 2 przywołanej jednostki redakcyjnej.

Wyjaśniając pojęcie „zmiany SIWZ” wskazane w zacytowanej jednostce redakcyjnej, w doktrynie wskazuje się, że zmianami do jakich odnosi się dyspozycja ww. normy są m.in.: wielkość lub zakres zamówienia, termin jego wykonania, informacja o możliwości złożenia oferty wariantowej, sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, kwoty wadium, kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, jak i informacja dotycząca miejsca i terminu składania ofert (A. Bazan, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. II, LEX 2015). Przy czym zaznaczyć należy, że powyższa norma nie znajduje wyjątków, tym samym zamawiający nie może się uwolnić od obowiązku dokonania ww. publikacji poprzez alternatywne jej dokonanie czy to w innym publikatorze, czy to na stronach internetowych. Zatem każda zmiana SIWZ, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, podlega rygorom art. 38 ust. 4a pzp, a dla oceny poprawności prowadzonej procedury z uchybieniem powyższego obowiązku, nie ma znaczenia istotność, a więc wpływ tej zmiany na treść ogłoszenia (Wyrok NSA z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt II GSK 2865/14).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy organ wskazuje, że dokonana przez Beneficjenta zmiana w SIWZ, prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, albowiem miała charakter zmiany istotnej, wskazanej w art. 12a ust 2 pzp. Przywołana regulacja pzp stanowi bowiem, że „zmiana (...) jest istotna, w szczególności gdy dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania”. W niniejszej sprawie zmiana dokonana przez Zamawiającego dotyczyła warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej wykonawców, przy czym zwrócić

należy uwagę, że bez znaczenia dla oceny owej zmiany jest to, czy polegała ona na „zaostreniu”, czy też „złagodzeniu” wymagań formułowanych pod adresem wykonawców (tak Krajowa Izba Odwoławcza, dalej jako KIO w uchwale z dnia 29 grudnia 2011 r., KIO/KU 109/11).

W rozpatrywanej sprawie Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przekazując dnia 12 stycznia 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu do publikacji UPUE. Przedmiotowe ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE dnia 16 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 010-017468 oraz umieszczono na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń Zamawiającego. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynikało, iż w Rozdziale V ust. 1 pkt 1b SIWZ zamawiający opisując jeden z postawionych przez niego warunków udziału w postępowaniu wskazał, że „uzna, iż wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże m.in., że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż: część I – (...) zł, część II – (...) zł, część III – (...) zł.” Analogiczne zapisy znalazły się w treści sekcji III.1.2), ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa wyżej [opis warunku punkt b)]. Zamawiający dokonał w dniu 06 lutego 2018 r. modyfikacji treści SIWZ_271.1.14.2018 – Zmiana 1 m.in. w zakresie sumy gwarancyjnej polisy OC w następujący sposób: „Zamawiający uzna, iż wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże m.in., że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż: część I – (...) zł, część II – (...) zł, część III – (...) zł.” Zmieniona treść ww. warunku udziału w postępowaniu została umieszczona we wskazanej powyżej dacie na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem www.bip.um.swinoujscie.pl.

W następstwie przeprowadzonego postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 28 marca 2018 r. Zamawiający zawarł z wybranym wykonawcą, tj. konsorcjum w składzie M. S.A. z siedzibą w Ch. oraz M. Sp. z o.o. z siedzibą we W. umowę WIM/57/2018 na realizację przedsięwzięcia opisanego w Projekcie w zakresie części I pn. Kurort nadmorski Świnoujście – nowa wizja przestrzeni publicznej część I – Budowa promenady zdrowia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia oraz dyspozycję zawartą w art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp wprowadzenie ww. zmiany obligowało Zamawiającego do przekazania UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, celem jego publikacji w Dz. Urz. UE. Beneficjent nie wywiązała się z powyższego obowiązku. Tym samym treść ww. dokumentów nie była spójna. Dodatkowo nieprzekazanie omawianego ogłoszenia o zmianie w zakresie treści warunku udziału w postępowaniu do UPUE, przy jednoczesnym poinformowaniu o zmianie wykonawców w postaci zamieszczenia informacji o zmianie na stronie internetowej, mogło wprowadzić w błąd potencjalnych wykonawców, którzy być może złożyliby korzystniejsze oferty. Wobec nie zamieszczenia stosownego ogłoszenia w Dz. Urz. UE, opis warunków udziału w postępowaniu różnił się od informacji w ww. zakresie zamieszczonych w ogłoszeniu opublikowanym w publikatorze, o którym mowa wyżej. Organ wskazuje, że nie można wykluczyć sytuacji, w której potencjalny wykonawca, analizując treść ogłoszenia zamieszczonego w Dz. Urz. UE, nie zdecydował się na złożenie oferty, ze względu na przeświadczenie, że nie spełnia określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy faktycznie mógł te warunki spełniać. Ponadto w zaistniałej sytuacji niezasadnie uprzywilejowani zostali wykonawcy korzystający ze strony internetowej Zamawiającego w stosunku do tych, którzy sprawdzali jedynie ogłoszenia zamieszczone w Dz. Urz. UE., co w szczególności dotyczyło wykonawców zagranicznych. Jednocześnie Zamawiający, poprzez niezapewnienie jednolitości zapisów w obu ww. dokumentach uchybił zachowaniu zasad tożsamości informacji przekazywanych wykonawcom, przejrzystości postępowania oraz zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się w tym miejscu do stanowiska Beneficjenta zawartego w piśmie z dnia 22 maja 2020 r. organ wskazuje, że bez znaczenia dla oceny okoliczności faktycznych niniejszej sprawy są wywody Zamawiającego, jakoby postawiony przez niego warunek udziału w niniejszym postępowaniu dotyczący sumy gwarancyjnej w zakresie posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w

związku z prowadzoną działalnością był niski, zaś wybrany przez niego wykonawca spełniał warunek pierwotnie określony, mniej dla niego względny. Stwierdzone bowiem uchybienie przez Beneficjenta w związku z udzielonym Zamówieniem, nie dotyczyło oceny określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w kontekście wartości udzielanego Zamówienia (tj. czy nie były one np. sformułowane zbyt rygorystycznie, a przez to nadmierne w stosunku do przedmiotu Zamówienia), lecz odnosił się do przestrzegania przez Beneficjenta obowiązujących go, w związku z wybranym trybem udzielenia Zamówienia, przepisów pzp. W tym miejscu przywołać należy opinię KIO wyrażoną w uchwale z dnia 15 października 2019 r. (sygnatura akt KIO/KU 61/19), którą organ w całej rozciągłości podziela, a zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem. Stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia i jest kreowane przez obowiązujące przepisy prawa. Aktualne regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na zamawiającego, jak również podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania.

Przenosząc powyższą myśl na grunt niniejszej sprawy organ zwraca uwagę, że istotnym dla rozpatrywanej sprawy jest fakt, że Zamawiający zobowiązany był do przygotowania i przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 pzp, to jest zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą przejrzystości. Miał on również obowiązek przestrzegania zasady tożsamości informacji przekazywanych wykonawcom obowiązującej w prawie zamówień publicznych, która dotyczy nie tylko ogłoszeń zamieszczanych w różnych miejscach, ale także ogłoszenia o Zamówieniu i SIWZ. Treść ww. dokumentów nie może być różna, gdyż mogłoby to wprowadzać w błąd wykonawców. Co więcej, KIO wielokrotnie podkreślała doniosłą rolę ogłoszenia o zamówieniu w prowadzonym postępowaniu przetargowym. KIO wskazała m.in., że: „(...) ogłoszenie stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwiać wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne. Umieszczona na stronie internetowej zamawiającego SIWZ winna jedynie uszczegóławiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast zawierać informacji sprzecznych z treścią ogłoszenia” (wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., sygnatura akt: KIO 2534/10 oraz uchwała KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., sygnatura akt: KIO/KO 67/17). Od poprawności treści ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszeń o zmianie pierwotnego ogłoszenia zależy przejrzystość oraz skuteczność całej procedury, ale też osiągnięcie przez zamawiającego celu w postaci realizacji zamówienia. Powyższe ma wpływ na jawność postępowania i zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Podkreślić należy, że wskazanych zasad należy przestrzegać na każdym etapie prowadzonego postępowania przetargowego. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na fakt, iż eliminacja potencjalnego nierównego traktowania wykonawców leży właśnie m.in. u podłoża regulacji zawartej w art. 38 ust. 4a pzp. Jej istotą jest doprowadzenie do zgodności treści ogłoszenia o zamówieniu ze zmianami wprowadzonymi w trakcie trwania postępowania przetargowego. Ratio legis omawianej regulacji polega na tym, aby wszystkie istotne, z uwagi na czas przygotowania i składania ofert informacje mogły dotrzeć do wszystkich potencjalnych wykonawców, a nie jedynie do tych, którzy pobrali dokumentację SIWZ lub uzyskali o niej informację ze strony internetowej zamawiającego. Odnosząc się w związku z tym po raz kolejny do pojęcia „zmiany istotnej SIWZ” organ wskazuje, że katalog przypadków, w których zmiana treści SIWZ implikuje zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu sformułowała KIO w uchwale z dnia 22 stycznia 2016 r. (sygnatura akt KIO/KO 3/16). Wskazano w niej m.in., że „zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy zamawiający dokonuje zmiany treści postanowień SIWZ, które w tożsamej lub zbliżonej postaci występują w ogłoszeniu o zamówieniu. Do katalogu takich opisów występujących w obu dokumentach zaliczyć można (...) określenie warunków udziału w postępowaniu (...)”. Powyższe potwierdzają zapisy art. 41 pkt 7 i 36 ust. 1 pkt 5 pzp, w których wskazano, że opis warunków udziału w postępowaniu stanowi obligatoryjny element treści ww. dokumentów.

W kontekście powyższej argumentacji, jakiegokolwiek dotychczas przedstawione wyjaśnienia przez Beneficjenta nie mogą odnieść zamierzonego skutku. W ocenie organu brzmienie art. 38 ust. 4a pzp

jest jasne, precyzyjne i nie wywołuje żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Wynika z niego wprost, że jeżeli zamawiający w trakcie prowadzenia postępowania (przed upływem terminu składania ofert) dokona zmiany SIWZ w zakresie obejmującym treść ogłoszenia, to ma on obowiązek modyfikacji jego zapisów w zakresie tożsamym w obu dokumentach. Jeśli tego nie zrobi, postępowanie nie gwarantuje zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Ustawa pzp w ww. zakresie nie przewiduje żadnych odstępstw (uchwała KIO z dnia 15 października 2019 r., sygnatura akt KIO/KU 61/19). Ponadto podkreślić należy, iż dla oceny poprawności prowadzonej procedury z uchybieniem obowiązku wynikającemu z ww. przepisu nie ma znaczenia istotność, ale wpływ tej zmiany na treść ogłoszenia. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w szerokim orzecznictwie Wojewódzkich Sądów Administracyjnych (np. wyrok WSA w Łodzi z dnia 4 września 2014 r. sygnatura akt III SA/Łd 1172/13, wyrok WSA w Gdańsku z dnia 29 września 2015 r. sygnatura akt I SA/Gd 625/15), Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok NSA z dnia 5 maja 2016 r., sygnatura akt II GSK 2865/14, wyrok NSA z dnia 28 czerwca 2017, sygnatura akt II GSK 3746/15) w ww. zakresie jak i w m.in. w publikacji pt. Prawo zamówień publicznych Komentarz autorstwa Jerzego Pieroga (2019 rok, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa, str. 329).

Wskazać należy także, że wagę naruszenia art. 38 ust. 4a pzp należy rozpatrywać w kontekście dwóch przepisów prawa wspólnotowego i krajowego, tj. art. 18 dyrektywy 2014/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, który nakłada na podmioty prowadzące procedurę udzielenia zamówienia obowiązek zapewnienia równego, niedyskryminującego traktowania wykonawców i działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz odpowiadającego mu treściowo art. 7 ust. 1 pzp, przewidującego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jednocześnie organ stoi na stanowisku, że informacje o warunkach udziału w postępowaniu są informacjami kluczowymi dla wszystkich wykonawców, dlatego też zapewnienie wskazanego w ustawie poziomu ich upublicznienia, poprzez zamieszczenie stosownego ogłoszenia w Dz. Urz. UE było w przedmiotowym postępowaniu konieczne. Waga tego obowiązku i jego kluczowe znaczenie dla możliwości przygotowania i złożenia ofert przez wykonawców, wbrew odmiennemu stanowisku Beneficjenta w przedmiotowej kwestii, przemawia za uznaniem, że naruszenia takiego nie można uznać za nieistotne i jedynie formalne (a na taką właśnie argumentację Beneficjent wskazywał w piśmie z dnia 22 maja 2020 r., z którą organ się nie zgadza). Przyjęcie toku rozumowania Beneficjenta, że naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp jest nieistotne, prowadziłoby do wniosku, iż wprowadzenie do pzp wymogu przekazania UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania byłoby zbędne. Założenie takie byłoby sprzeczne z zasadą racjonalności prawodawcy, a ponadto sprzeczne z celowym działaniem Komisji Europejskiej, która w sposób wyraźny domagała się we wcześniejszych latach wprowadzenia zmian w pzp w ww. zakresie. Wprowadzenie do pzp wskazanego przepisu art. 38 ust. 4a (na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, Dz. U. Nr 171, poz. 1058), jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej (druk sejmowy VI kadencji nr 471) nastąpiło wskutek uwzględnienia zastrzeżeń Komisji Europejskiej w zakresie zgodności przepisów pzp z dyrektywami wspólnotowymi oraz przepisami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, które dotyczyły m.in. zapewnienia zgodności treści SIWZ z ogłoszeniem o zamówieniu. W uzasadnieniu przywołanego druku sejmowego wskazano, w większości przypadków wykonawca uzyskuje informację o prowadzonym postępowaniu z ogłoszenia o zamówieniu, a dopiero później zapoznaje się z SIWZ. Niezgodność SIWZ z treścią ogłoszenia może zatem prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu, decyduje się nie brać udziału w postępowaniu. Taka sytuacja może, w ocenie Komisji Europejskiej, być uznana za przejaw naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Dlatego też wprowadzono obowiązek zmiany ogłoszenia o zamówieniu w każdym przypadku, gdy zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy informacji ujawnionych w ogłoszeniu o zamówieniu. Według Komisji Europejskiej, informacja o zmianie SIWZ powinna być opublikowana z zachowaniem takich samych standardów

jakie towarzyszyły pierwotnej publikacji. Z powyższego wynika, że różnicowanie treści informacji o elementach SIWZ w zależności od miejsca publikacji tych informacji, uznawane jest za istotne uchybienie, mogące mieć wpływ na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców (wyrok WSA w Olsztynie z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. I SA/OI 93/15).

Nie bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy jest również fakt, że Beneficjent w trakcie trwania kontrolowanego postępowania przetargowego jeszcze dwukrotnie modyfikowała treść zapisów SIWZ, tj. SIWZ_271.1.14. 2018 – Zmiana 2 z dnia 16 lutego 2018 r. oraz SIWZ_271.1.14.2018 – Zmiana 3 z dnia 5 marca 2018 r. w zakresie, który nie odnosił się do warunków udziału w postępowaniu. Przy czym zwrócić należy uwagę, że zmiana 2 prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, bowiem na jej mocy został wydłużony termin składania ofert do dnia 05 marca 2018 r. W tym wypadku Zamawiający zastosował się do obowiązującego w trakcie trwania postępowania przetargowego brzmienia art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp i przekazał dnia 17 lutego 2018 r. do UPUE sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji nr 2018/S 036-077984, które zostało opublikowane w Dz. Urz. UE dnia 21 lutego 2018 r. Powyższe potwierdza, że Beneficjent był świadomy obowiązku ustanowionego w ustawie, a dotyczącego konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji zmiany treści SIWZ tożsamej z treścią ww. dokumentu. W tym miejscu zasadnym jest zwrócenie uwagi, że ustawodawca w art. 12a ust. 2 pzp wskazał przykładowo na zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu, które należy uznać za istotne. Katalog ten ma charakter otwarty. Wśród tych zmian mowa jest o warunkach udziału w postępowaniu, do których niewątpliwie zaliczyć należy termin składania ofert. Nadto, wzór ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczanego w Dz. U. UE zawiera m.in. w swej treści termin składania ofert, warunki udziału w postępowaniu, dokumenty wymagane przez zamawiającego mające potwierdzać spełnienie tych warunków. Zasadny jest wobec powyższego pogląd, że wszystkie informacje zawarte w tym wzorze ogłoszenia o zamówieniu są wymagane, więc zmiana któregokolwiek z tych elementów powinna być ogłoszona.

Ważne jest również to, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w ramach ww. przekazanego w dniu 17 lutego 2018 r. ogłoszenia do UPUE mógł naprawić swój wcześniejszy błąd i umieścić w nim zmienione zapisy odnoszące się do opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej/ekonomicznej wykonawców w zakresie wartości polisy OC, jaką należy się wykazać w celu jego potwierdzenia, ale tego nie uczynił. W konsekwencji brak odpowiedniego opublikowania zmiany ogłoszenia o Zamówieniu w ww. zakresie mógł doprowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji i zasad równego traktowania wykonawców, gdyż potencjalnie zainteresowane podmioty, po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia w Dz. Urz. UE, pozostawały do momentu zakończenia procedury przetargowej w błędnym przekonaniu, że jedyną zmianą, jakiej dokonał Zamawiający było przedłużenie terminu ubiegania się o zamówienie, tj. terminu składania ofert z pierwotnej daty 22 lutego 2018 r., na dzień 05 marca 2018 r.

IZ RPO WZ jeszcze raz podkreśla, że dla potencjalnych wykonawców źródłem informacji o przewidywanych zamówieniach, których wartość jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 pzp (w przypadku tzw. postępowań unijnych), ich przedmiocie i warunkach, jakie muszą spełniać, aby ubiegać się o udział w postępowaniu, jest Dz. Urz. UE, nie zaś strona internetowa zamawiającego. Procedura wszczęcia wskazanego postępowania unijnego przebiega bowiem w taki sposób, że zamawiający najpierw przekazuje ogłoszenie do UPUE, a zamieszcza ogłoszenie w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej, dopiero po opublikowaniu się ogłoszenia w Dz. Urz. UE, albo po upływie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez UPUE.

Tym samym, zdaniem IZ RPO WZ, zaniechanie przez Zamawiającego dokonania publikacji ogłoszenia w zakresie zmiany warunku udziału w postępowaniu przetargowym, mogło mieć wpływ na jego wynik i stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp, ponieważ bezwzględny obowiązek Beneficjenta było dopilnowanie, aby zmieniona treść SIWZ została zakomunikowana w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią wszystkim potencjalnym wykonawcom. Brak właściwej publikacji zmian ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE przez Zamawiającego, mógł spowodować

zawężenie kręgu podmiotów zainteresowanych Zamówieniem. Gdyby bowiem przedmiotowa zmiana została prawidłowo opublikowana, to krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców mógłby być szerszy. Wówczas, decyzję o złożeniu oferty mógł podjąć podmiot, który pierwotnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej/ekonomicznej wykonawców w zakresie wartości polisy OC, a jego oferta mogła być korzystniejsza, niż oferta podmiotu wybranego ostatecznie przez Zamawiającego.

Wskazać należy, iż nieogłoszenie tej zmiany jest naruszeniem przepisów prawa, a więc procedur, do przestrzegania których zobowiązał się Beneficjent podpisując Umowę i które był obowiązany przestrzegać z mocy samej ustawy pzp (wyrok NSA z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt II GSK 1572/14). Konsekwencją powyższego jest wydatkowanie środków przekazanych na realizację projektu „Kurort nadmorski Świnoujście – nowa wizja przestrzeni publicznej część I – Budowa promenady zdrowia” niezgodnie z procedurami, o których mowa w art. 184 ufp.

Odnosząc się do wskazanych przez Beneficjenta w piśmie z dnia 22 maja 2020 r. okoliczności upublicznienia informacji o zmianie treści SIWZ na ogólnodostępnych serwisach branżowych, zgodnie z treścią art. 38 ust. 4 pzp, co niewątpliwie miało w ocenie Zamawiającego wpływ na zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości organ wskazuje, że przywołana regulacja nie miała zastosowania w tym konkretnym przypadku. Wskazany przepis stanowi bowiem, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przywołana regulacja dotyczy sytuacji, w której w następstwie dokonanych zmian w SIWZ, nie dochodzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy, na co organ zwrócił już uwagę we wcześniejszej części decyzji, zmiana dokonana przez Zamawiającego dotyczyła warunków udziału w postępowaniu, a więc miała charakter zmiany istotnej, prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Dlatego też organ stwierdza, iż ww. sposób publikacji przez Beneficjenta zmiany SIWZ, nie czyni zadość wymaganiom stawianym w tym zakresie przez przepisy pzp, a dokładniej art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp, który znajdował tu zastosowanie, a który kategorycznie wskazuje – poprzez użycie trybu nakazowego – że „zamawiający przekazuje” informację do UPUE, co za tym idzie treść przepisu nie pozostawia wątpliwości co do ciężących na Zamawiającym obowiązku. Przedstawiona zatem w ww. piśmie przez Beneficjenta argumentacja dotycząca sposobu upublicznienia informacji o zmianie SIWZ oraz okoliczności udostępnienia jej na stronie internetowej Zamawiającego, nie ma racji bytu i pozbawiona jest znaczenia prawnego w kontekście jednoznacznego brzmienia komentowanej normy prawnej (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt II SA/Wr 1170/15).

Mając na uwadze powyższe szczegółowe uregulowania ustawowe pzp dotyczące publikacji, jak również cel tych uregulowań, którym jest zapewnienie przejrzystości, jawności i ochrony uczciwej konkurencji oraz równości szans wykonawców na rynku ofert, uznać należy, że ich wykładnia musi być ścisła (wyrok NSA z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. akt. II GSK 2233/13). Naruszenie obowiązków wynikających z art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, skutkuje bowiem podziałem potencjalnych kontrahentów na lepiej i gorzej poinformowanych, przy czym brak zamieszczenia informacji o zmianach w Dz. Urz. UE sprawia, że gorzej poinformowani byli kontrahenci korzystający z informacji zamieszczanych właśnie w tym publikatorze (wyrok NSA z dnia 11 lutego 2015 r., sygn. akt II GSK 2265/13). Tym samym Beneficjent swoim zachowaniem doprowadził do naruszenia uczciwej konkurencji, bowiem nie wszyscy potencjalnie zainteresowani złożeniem oferty mieli możliwość zapoznania się z informacją o zmianie warunków udziału w postępowaniu w kontekście sytuacji ekonomicznej i/lub finansowej zapewniającej należyte wykonanie zamówienia. Niewypełnienie obowiązków wynikających z publikacji stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, a co za tym idzie procedur, o jakich mowa w art. 184 ufp, a zatem wywołuje skutki określone w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Konkludując powyższe bezspornym jest fakt, iż Beneficjent poprzez dokonanie zmiany w SIWZ w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu i nieprzekazanie UPUE ogłoszenia

dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie (§ 7 ust. 9 Umowy), albowiem poprzez niezastosowanie się do obowiązku określonego w art. 38 ust. 4a pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, naruszył jednocześnie przepisy prawa powszechnie obowiązującego – art. 44 ust. 3 ufp i art. 184 ufp w zw. z art. 206 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ufp. Poniesione przez Beneficjenta w ramach realizacji Projektu wydatki nie mogą w związku z tym zostać uznane za wydatkowane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatków, skoro swoim zachowaniem Zamawiający zawężył krąg potencjalnych wykonawców, których złożone oferty mogły opiewać na kwotę niższą, aniżeli cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę. W ten sposób Beneficjent szkodząc interesowi UE naraził jej budżet na straty.

Wskazane wyżej naruszenie stanowi nieprawidłowość indywidualną wymienioną w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013, zgodnie z którym nieprawidłowość „(...) oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. Zatem zarówno wykrycie naruszenia prawa UE, jak też naruszenia prawa krajowego takiego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego stanowi nieprawidłowość i skutkuje powstaniem obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo. Wskazać należy, iż do stwierdzenia przywołanej nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet UE poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Warunkiem nałożenia korekty finansowej i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Podkreślić w tym miejscu należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem krajowym oraz unijnym w komentowanej materii, szkoda nie musi być w tym przypadku konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy IZ RPO WZ wskazuje, że naruszenie przez Beneficjenta obowiązków wynikających z art. 38 ust. 4a pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 pzp, stanowi naruszenie przepisów krajowych ustanawiających wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych z budżetu Unii, które to naruszenie mogło mieć wpływ na krąg osób zgłaszających oferty, tym samym zmienić rozstrzygnięcie przetargu, a zatem potencjalnie spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej. W niniejszej sprawie wystąpiła zatem potencjalna szkoda wynikająca z niezamieszczenia stosownego ogłoszenia o zmianie treści SIWZ w Dz. Urz. UE, bowiem działanie Beneficjenta doprowadziło do dyskryminacji potencjalnych wykonawców Zamówienia, którzy korzystali wyłącznie z dostępu do informacji zawartych w ogłoszeniu o Zamówieniu zamieszczonym w Dz. Urz. UE. Zdaniem IZ RPO WZ w wyniku prawidłowego działania Beneficjenta, tj. ogłoszenia o zmianie treści SIWZ w Dz. Urz. UE, mogła zostać złożona oferta korzystniejsza cenowo, a tym samym wydatek poniesiony na realizację przedmiotowego Projektu z budżetu UE mógłby być niższy. Istniała zatem możliwość, iż podmiot, który wcześniej nie był zainteresowany postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, mógłby złożyć ofertę, która byłaby cenowo korzystniejsza od złożonej przez konsorcjum w składzie M. S.A. z siedzibą w Ch. oraz M. Sp. z o.o. z siedzibą we W. Organ zwraca jednocześnie uwagę, że stwierdzone naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp miało merytoryczny, a nie tylko formalny – jak próbuje ferować Beneficjent – charakter. Skutkowało bowiem ograniczeniem kręgu potencjalnych oferentów, a w konsekwencji mogło wyeliminować z udziału w

Zamówieniu podmioty, które zaoferowałyby oferty korzystniejsze finansowo. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 czerwca 2020 r., sygn. akt: I GSK 108/20, które to rozstrzygnięcie zostało wydane na tle analogicznego stanu faktycznego jak w przypadku niniejszej sprawy z tą jedynie różnicą, że z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia prowadzone było one w trybie właściwym dla postępowań krajowych. We wskazanym orzeczeniu NSA wyjaśnił, że „nieprawidłowość w postaci braku ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w BZP, jest naruszeniem istotnym, a nie tylko czysto formalnym, ponieważ mogła skutkować zawężeniem kręgu ewentualnych wykonawców. W efekcie istniała możliwość wzięcia udziału w zamówieniu oferenta, który złożyłby korzystniejszą ofertę cenową niż cena podana w ofercie wybranej przez zamawiającego. Zatem zamówienie finansowane ze środków unijnych mogłoby być zrealizowane za niższą sumę niż kwota jaką zapłacił zamawiający. Zaniechanie obowiązku przewidzianego w art. 38 ust. 4a pkt 1 p.z.p. może doprowadzić do nieuzasadnionego wydatkowania środków unijnych, a zatem zaistniała nieprawidłowość o jakiej mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające 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 ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 czego konsekwencją była konieczność wydania orzeczenia o zwrocie części udzielonego dofinansowania, stosownie do art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p.”.

Na tym właśnie polega istota szkody, wynikająca z wymienionej nieprawidłowości, a stwierdzonej w toku kontroli realizacji przez Beneficjenta przedmiotowego Zamówienia, co w tym miejscu organ wyjaśnia. Nie jest więc tak jak twierdzi Beneficjent w piśmie z dnia 22 maja 2020 r. kierowanym do IZ RPO WZ, że stwierdzona w jego przypadku nieprawidłowość została automatycznie zakwalifikowana jako podstawa do nałożenia korekty finansowej, bez przeanalizowana w stanie faktycznym niniejszej sprawy wpływu owej nieprawidłowości na budżet UE. IZ RPO WZ zgodnie z wytycznymi wynikającymi z regulacji § 17 ust. 4 Umowy, podjęła stosowne czynności wyjaśniające w toku przeprowadzonej kontroli, której wyniki dały podstawę do stwierdzenia, że w tym przypadku zachowanie Beneficjenta polegające na zaniechaniu opisanym w niniejszej decyzji, miało potencjalnie szkodliwy wpływ dla budżetu UE, polegający na finansowaniu ze środków tego budżetu nieuzasadnionego wydatku. Precyzując natomiast powyższe stwierdzenie organ ponownie wyjaśnia, że niedopełnienie obowiązku przekazania do publikacji ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania UPUE w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu w trakcie trwania procedury przetargowej, mogło mieć po pierwsze wpływ na liczbę wykonawców zainteresowanych postępowaniem oraz na podjęcie przez nich decyzji o przystąpieniu do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Po drugie mogło pozbawić Zamawiającego możliwości otrzymania ostatecznie większej liczby ofert, co na gruncie niniejszej sprawy jest o tyle zasadne, że w związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym przez Beneficjenta wpłynęła tylko jedna oferta. Po wtóre, zachowanie Beneficjenta mogło rzutować na cenę złożonej w ramach postępowania oferty, która mogłaby być korzystniejsza dla Zamawiającego, gdyby konkurowała ze sobą większa grupa wykonawców, w wyniku czego poniósłby on niższe wydatki na realizację tego Zamówienia i jednocześnie wnioskowałby o refundację z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w kwocie niższej, od pierwotnie zakładanej w Umowie. Analizując zatem wykrytą przez IZ RPO WZ nieprawidłowość przez pryzmat prawdopodobieństwa, czy gdyby komentowana nieprawidłowość nie wystąpiła, to istniałaby realna lub potencjalna możliwość wzięcia udziału w wykonaniu inwestycji objętej Zamówieniem przez innych wykonawców zarówno krajowych, jak i zagranicznych, organ – w ślad za wskazaniami zawartymi w uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 września 2015 r., sygn. akt: II GSK 2370/14 – wziął pod uwagę rodzaj kontrolowanej inwestycji, jej rozmiar i stopień skomplikowania, a także fakt, że postępowanie przetargowe trwało już ponad 3 tygodnie w stosunku do daty dokonania przez Zamawiającego komentowanej zmiany SIWZ z dnia 06

lutego 2018 r., a zainteresowani przedmiotowym Zamówieniem wykonawcy pobrali SIWZ i zapoznali się z jej treścią. Z treści oferty sporządzonej i złożonej przez wybranego ostatecznie wykonawcę, tj. konsorcjum w składzie M. S.A. z siedzibą w Ch. oraz M. Sp. z o.o. z siedzibą we W. wynika, że została ona sporządzona w dniu 28 lutego 2018 r., czyli niewiele ponad miesiąc, od daty wszczęcia postępowania przetargowego. Uwzględniając natomiast powyższe w aspekcie czynnika czasu, a mianowicie czy jakkolwiek nowy wykonawca krajowy lub zagraniczny był w stanie przygotować dokumenty uprawniające go do złożenia oferty w przypadku takiego rodzaju inwestycji, jak będąca przedmiotem dofinansowania udzielonego Beneficjentowi, organ doszedł do przekonania, że taka możliwość istniała. Gdyby bowiem Zamawiający prawidłowo opublikował zmianę SIWZ z dnia 06 lutego 2018 r. w zakresie złagodzonego warunku stawianego wykonawcom w odniesieniu do wysokości posiadanego ubezpieczenia OC, to biorąc pod uwagę wydłużony termin składania ofert do dnia 05 marca 2018 r., potencjalni wykonawcy, którzy uprzednio nie byli zainteresowani przedmiotowym Zamówieniem z uwagi na przeświadczenie, że nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, mieliby około miesiąca na przygotowanie i złożenie swoich ofert, co jest czasem realnym biorąc pod uwagę charakter i rozmiar inwestycji objętej Zamówieniem, a co potwierdza data sporządzenia oferty przez wybranego wykonawcę. Z powyższego wynika, że nieprawidłowość w działaniu Beneficjenta, będąca przedmiotem niniejszej decyzji, spowodowała zachwianie efektywnej konkurencji, a to w konsekwencji mogło spowodować potencjalną szkodę dla budżetu ogólnego Unii Europejskiej poprzez finansowanie nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. NSA w przywołanym powyżej wyroku zwrócił uwagę, że wystąpienie potencjalnej szkody siłą rzeczy nie może być „udowodnione”, lecz szkoda ta powinna jednak być dostatecznie uprawdopodobniona, czyli wykazana z dużą dozą prawdopodobieństwa, co w ocenie organu, zostało uczynione powyżej.

Jak natomiast sam Beneficjent wskazał w punkcie 6 pisma z dnia 22 maja 2020 r. zaistnienie, chociażby możliwej szkody dla budżetu UE, jest niezbędne dla uznania nieprawidłowości za skutkującą nałożeniem korekty finansowej. Wszystkie opisane powyżej okoliczności ziściły się w przypadku Beneficjenta, w związku z czym działanie IZ RPO WZ było i jest w pełni uzasadnione. Tym bardziej, że jak stanowi Umowa w § 17 ust. 1 i ust. 2, stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez IZ RPO WZ odpowiednich działań, polegających, w tej konkretnej sprawie, na nałożeniu korekty finansowej oraz wszczęciu procedury odzyskiwania od Beneficjenta kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej.

W związku z powyższym i mając na uwadze przywołany zapis § 17 ust. 2 pkt 2 i ust. 7 Umowy, konsekwencją stwierdzenia nieprawidłowości było nałożenie korekty finansowej na Beneficjenta, zgodnie z zasadami określonymi w Rozporządzeniu w sprawie korekt finansowych i Taryfikatorze. W niniejszej sprawie nieprawidłowość dotyczy przetargu nieograniczonego wszczętego w dacie ogłoszenia o zamówieniu, tj. w dniu 16 stycznia 2018 r., w związku z czym w niniejszej sprawie zastosowano Taryfikator z 22 lutego 2017 r. obowiązujący w ww. dacie. Wskazać należy, że Taryfikator procentowy określony w załączniku do Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych, sam w sobie stanowi o szkodliwości pewnych naruszeń procedur w ramach zamówień, szacując je niejako z góry i przesądzając o wystąpieniu szkody w przypadku zaistnienia określonych przesłanek.

W przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ uznała za właściwe nałożenie korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 10%. Wskazać należy, w ślad za stanowiskiem wyrażonym przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 8 maja 2014 r., sygn. akt II GSK 249/13, że nakładanie korekt finansowych jest rezultatem postanowień umownych, które Beneficjent przyjął podpisując umowę, a ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest w przypadku umowy o dofinansowanie obowiązek przestrzegania przepisów ustawy pzp. Dalej NSA określił, iż nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania. Taryfikator przewiduje nałożenie na Beneficjenta odpowiednich korekt finansowych w sytuacji stwierdzenia naruszenia przez niego procedur udzielania zamówień publicznych wspólnotowych lub przepisów ustawy pzp, przy czym Beneficjent podpisując umowę wyraża zgodę na zastosowanie przez Instytucję Zarządzającą

zaleceń określonych przez Ministra właściwego do Spraw Rozwoju Regionalnego. I tak zgodnie z § 17 ust. 5 – 7 Umowy podpisanej z Beneficjentem, w przypadku naruszenia pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, na podstawie przepisów Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych i Taryfikatora, który jest prawnie wiążącym i ogólnodostępnym dokumentem, wydanym na podstawie upoważnienia ustawowego z art. 24 ust. 13 ustawy wdrożeniowej, zawierającym wskaźniki procentowe do obliczania wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE. Przedmiotowy dokument zawiera wyrażone procentowo wielkości korekt finansowych przypisane konkretnym rodzajom naruszeń prawa zamówień publicznych i ma służyć koordynacji oraz ujednoczeniu sposobu postępowania w przypadku wykrycia naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych. Należy wskazać, iż stosowanie wskaźników do wymierzania korekt finansowych jest działaniem korzystnym dla Beneficjenta, bowiem w przypadku, kiedy nie byłoby podstawy prawnej do zastosowania korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, wszystkie wydatki związane z dokonanymi naruszeniami podlegałyby zwrotowi w pełnej wysokości. Dlatego też wszelkie wywody Beneficjenta, zawarte w piśmie z dnia 22 maja 2020 r., a sprowadzające się do kwestionowania nałożonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej w wysokości 10%, w istocie pozostają w sprzeczności z jego interesem prezentowanym w niniejszym postępowaniu. Gdyby bowiem nie funkcjonowało w obrocie prawnym przywołane Rozporządzenie w sprawie korekt finansowych wraz z Taryfikatorem, całość wydatków poniesionych dotychczas przez Beneficjenta na realizację Zamówienia, zostałaby uznana za wydatki niekwalifikowalne podlegające zwrotowi w pełnej wysokości. Nie bez znaczenia dla wyjaśnienia motywów wydanego rozstrzygnięcia w przedmiocie określonej kwoty należności do zwrotu jest okoliczność tego rodzaju, że zastosowana przez IZ RPO WZ stawka korekty finansowej, która w maksymalnej wysokości wynosiła w odniesieniu do stwierdzonej nieprawidłowości 25%, została – w ramach instytucji uznania administracyjnego – obniżona przez IZ RPO WZ do 10%.

Przechodząc w związku z tym do omówienia kwestii samej wysokości nałożonej w tym przypadku na Beneficjenta korekty finansowej organ wskazuje, że ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. Do jej zastosowania konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez Beneficjenta lub grożącej na skutek zachowania Beneficjenta. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, stosuje się metodę wskaźnikową pozwalającą na obniżenie wydatku o kwotę odpowiednią do wagi naruszenia. Wówczas obliczenie obniżenia wartości korekty finansowej następuje 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 (§ 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych).

W niniejszej sprawie – co już uprzednio zostało szczegółowo wyjaśnione w niniejszej decyzji – wysokość szkody jest trudna do oszacowania, bowiem na tę chwilę nie jest możliwe precyzyjne określenie na ile mniejszy byłby wkład UE w realizację Projektu. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania, gdyby Beneficjent dochował wskazanych powyżej procedur określonych przepisami pzp. Tym samym IZ RPO WZ była uprawniona do posłużenia się metodą wskaźnikową dla wyliczenia wysokości korekty finansowej. W kontekście uprawnienia IZ RPO WZ do dokonania zmiany wysokości wskaźnika nałożonej na Beneficjenta korekty finansowej wskazać należy, iż przedstawione w tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą

ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Niemniej jednak ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do Instytucji Zarządzającej właściwym regionalnym programem operacyjnym. Możliwość obniżenia korekty przez Instytucję Zarządzającą ma charakter uznania administracyjnego. Tym samym organ może, a nie musi, dokonać tego rodzaju obniżenia.

Korzystając, w związku z tym, z powyższego uprawnienia organ uznał, mając na względzie charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości w świetle szkody dla budżetu UE oraz stopień naruszenia zasady przejrzystości, że wskaźnik korekty na poziomie 10% jest wystarczający i adekwatny do okoliczności niniejszej sprawy. Za wymierzeniem powyższej stawki przemawia fakt, że Beneficjent miał zastosować przepis ustawy, który jest jasny w swym brzmieniu i nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych, zarówno co do sposobu publikacji, jak i rodzaju publikatora. Jednocześnie przy tym przepis ten jest Beneficjentowi doskonale znany, albowiem – na co także zwrócono już uprzednio uwagę w niniejszej decyzji – dokonując kolejnej modyfikacji SIWZ, tj. w dniu 16 lutego 2018 r. (SIWZ_271.1.14. 2018 – Zmiana 2), która prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, bowiem na jej mocy został wydłużony termin składania ofert do dnia 05 marca 2018 r., Beneficjent zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp przekazał dnia 17 lutego 2018 r. do UPUE sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji nr 2018/S 036-077984, które zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21 lutego 2018 r. Dodatkowo zauważyć należy, że w ramach postępowania przetargowego dla części I wpłynęła tylko 1 oferta. Nie można przy tym w ocenie organu jednoznacznie potwierdzić, że nie miało na to wpływu właśnie działanie Beneficjenta w trakcie trwania postępowania, polegające na braku zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz odpowiedniego poziomu przejrzystości prowadzonej procedury przetargowej.

Jednocześnie odnosząc się do ferowanej przez Beneficjenta możliwości obniżenia nałożonej korekty finansowej do 5% organ zwraca uwagę, że przepis art. 144 Rozporządzenia nr 1303/2013 i art. 101 ust. 8 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylające rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012, nie dają podstawy do dowolnego zmiarkowania wysokości nałożonej korekty. W regulacjach tym wskazano, iż przy określaniu wartości korekty finansowej należy wziąć pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. Te zalecenia zostały następnie sprecyzowane w wytycznych, tj. Decyzji Komisji Europejskiej C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych. W załączniku do powyższej Decyzji KE w pozycji 9 wskazano, iż za naruszenie polegające na braku przekazania/publikacji i wyjaśnień/dodatkowych informacji związanych z kryteriami kwalifikacji (tzn. warunkami udzielania zamówień) dostarczonych przez instytucję zamawiającą, przewidziane jest pomniejszenie/korekta w wysokości 10%, która to pozycja w drodze analogii miała zastosowanie do sytuacji Beneficjenta. IZ RPO WZ nakładając na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 10% w oparciu o zapisy Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych i Taryfikatora, słusznie i trafnie swoje stanowisko uzasadniła nadto poprzez odwołanie się do powyższej regulacji. Decyzja Komisji Europejskiej jest elementem prawa wspólnotowego, do stosowania którego Beneficjent zobowiązał się podpisując Umowę (§ 7 ust. 9). Organ zwraca także w tym miejscu uwagę, że zgodnie z art. 2 Decyzji KE ustanowione jej mocą wytyczne stosowane mają być do procedur korekt finansowych wszczętych po dniu przyjęcia niniejszej decyzji, czyli po 14 maja 2019 r. W niniejszej sprawie kontrola, a następnie procedura odzyskiwania środków zostały wszczęte wobec Beneficjenta odpowiednio w dniu 17 – 21 kwietnia 2020 r. i 20 lipca 2020 r., a więc w okresie obowiązywania komentowanej Decyzji KE. IZ RPO WZ miała w związku z tym prawo do odwołania się do powyższej regulacji w szczególności, że

działanie takie pozostawało w zgodzie z zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego nad prawem krajowym.

Powyższych rozważań organu nie zmienia okoliczność przywoływana przez Beneficjenta w piśmie z dnia 22 maja 2020 r., że obecnie obowiązujące Rozporządzenie w sprawie korekt finansowych zostało opracowane na podstawie poprzedniej Decyzji Komisji Europejskiej C(2013) 9527 z dnia 19 grudnia 2013 r., zaś Decyzja KE, na którą powołała się IZ RPO WZ w protokole z przeprowadzonej kontroli, ma być podstawą do wprowadzenia zmian w obowiązującym Rozporządzeniu w sprawie korekt finansowych. Organ zwraca uwagę, że dokument obowiązujący na poziomie unijnym, tj. Decyzji Komisji Europejskiej C(2013) 9527 z dnia 19 grudnia 2013 r., został zmieniony właśnie na mocy decyzji Komisji z dnia 14 maja 2019 r. C(2019) 3452, natomiast dostosowanie do niego krajowego Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych nastąpiło Rozporządzeniem Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 22 czerwca 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, które obowiązuje od 20 lipca 2020 r. Zgodnie z zapisami § 2 wskazanego Rozporządzenia, do ustalenia wartości korekt finansowych dotyczących nieprawidłowości stwierdzonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, prowadzonych zgodnie z warunkami wynikającymi z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych albo z umowy o dofinansowanie projektu, albo z decyzji o dofinansowaniu projektu, wszczętych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że w niniejszej sprawie, dla oceny sytuacji Beneficjenta, IZ RPO WZ w dalszym ciągu zobowiązana była i jest do stosowania Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych z 2016 r. w brzmieniu nadanym mu Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r., które było podstawą do czynienia ustaleń przez zespół kontrolujący i nałożenia wskazanej korekty finansowej. W związku z tym całkowicie niezrozumiałe i pozbawione uzasadnienia są twierdzenia Beneficjenta, zawarte w punkcie 22 i 23 pisma z dnia 22 maja 2020 r., jakoby w niniejszej sprawie Instytucja Zarządzająca dla oceny skutków finansowych stwierdzonych nieprawidłowości miała w dalszym ciągu stosować Rozporządzenie w sprawie korekt finansowych z 2016 r., albowiem w oparciu o regulacje właśnie tego, przywołanego aktu prawnego, IZ RPO WZ nałożyła na Beneficjenta korektę finansową. Zapisy Decyzji KE, podobnie jak pisma Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 17 stycznia 2020 r., znak DKFIV.7518.2.2020.DK, wskazane w protokole kontroli, miały charakter posiłkowy przy wymierzaniu korekty finansowej w tej konkretnej sprawie. Przy czym w związku z poczynioną w komentowanym zakresie uwagą przez Beneficjenta organ jedynie na marginesie zwraca uwagę, że zgodnie z pozycją 9 lit. D załącznika określającego stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych do Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych w nowym brzmieniu obowiązującym od 20 lipca 2020 r., za przedmiotowe uchybienie, polegające na nie przekazaniu wszystkim oferentom, ani nie opublikowaniu wyjaśnień lub dodatkowych informacji (związanych z kryteriami kwalifikacji lub kryteriami udzielenia zamówienia) dostarczonych przez instytucję zamawiającą, ustawodawca przewidział korektę finansową w wysokości 10%, bez możliwości jej miarkowania. Działanie IZ RPO WZ w przypadku Beneficjenta wpisuje się zatem w działania legislacyjne racjonalnego ustawodawcy, których celem było ujednoczenie stawek korekt finansowych za poszczególne uchybienia. Za naruszenie stwierdzone w niniejszej sprawie, za które IZ RPO WZ nałożyła korektę finansową w wysokości 10%, aktualnie ustawodawca przewidział analogiczną wartość.

Kontynuując tę część uzasadnienia wydanego rozstrzygnięcia organ w tym miejscu przyznaje rację twierdzeniom Beneficjenta zawartym w piśmie z dnia 22 maja 2020 r. w punkcie 21 o tyle, że przywołane w protokole kontroli ww. pismo Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 17 stycznia 2020 r., znak DKFIV.7518.2.2020.DK nie jest dokumentem powszechnie dostępnym, a w ten sposób znanym Beneficjentowi. Organ wyjaśnia przy tym, że przywołane pismo jest swoistego rodzaju zbiorem wskazówek i wytycznych skierowanych przez Ministerstwo do Instytucji Zarządzających dotyczących stosowania Decyzji KE i nie zawiera w swojej treści norm prawnych o charakterze stanowiącym. Dlatego też pismo to nie było podstawą, w oparciu o którą IZ RPO WZ

nałożyła w rozpatrywanej sprawie korektę finansową na Beneficjenta, jak próbuje ferować Zamawiający w swoim piśmie z dnia 22 maja 2020 r. Po raz kolejny organ zwraca uwagę, że podstawę tę stanowiło Rozporządzenie w sprawie korekt finansowych wraz z Taryfikatorem, a w procesie nakładania tej korekty IZ RPO WZ posiłkowało się zapisami Decyzji KE i ww. pisma Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej.

Mając na uwadze zapisy § 3 ust. 1 i § 7 Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych organ uznał, że miarkowanie sankcji finansowej nałożonej na Beneficjenta do poziomu 5%, będzie nieadekwatne do okoliczności niniejszej sprawy oraz niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonego naruszenia. Jak bowiem zwrócono już uprzednio uwagę w niniejszej decyzji, Beneficjent w trakcie trwania postępowania przetargowego jeszcze dwukrotnie modyfikował SIWZ i w odniesieniu do zmiany terminu składania ofert zastosował się do obowiązku wynikającego z art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp co oznacza, że uregulowana w tym przepisie procedura publikacji była mu doskonale znana, podobnie jak sam przepis prawa. Przekazując do UPUE informację o zmianie SIWZ celem jej publikacji w Dz. Urz. UE w sposób wybiórczy i selektywny, z pominięciem zmiany wprowadzonej w zakresie warunków udziału w postępowaniu co do sumy gwarancyjnej posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia, Beneficjent dał wyraz lekceważącemu podejściu do obowiązujących go, jako Zamawiającego, zasad prowadzonego postępowania przetargowego. Wzmocnieniem dla powyższego zapatrywania jest fakt, że komentowane uchybienie, w zakresie braku przekazania przez Beneficjenta do publikacji UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, celem jego publikacji w Dz. Urz. UE zmiany SIWZ dokonanej w dniu 06 lutego 2018 r., Zamawiający mógł konwalidować w momencie przekazywania do UPUE do publikacji zmiany SIWZ dokonanej w dniu 18 lutego 2018 r., czego nie uczynił. Stanowiska IZ RPO WZ w zakresie wysokości nałożonej na Beneficjenta korekty finansowej nie zmienia także cel realizowanego Projektu – który jak wskazuje Beneficjent w piśmie z dnia 22 maja 2020 r. – ze względów społecznych i dla ochrony środowiska naturalnego zasługuje na szczególną aprobatę, albowiem zmierza on do wykorzystania i rozwoju specyficznych walorów Świnoujścia jako miejscowości uzdrowiskowej. W kontekście powyższego argumentu należy, w ocenie organu, mieć na uwadze, że Beneficjent nie należy do małych gmin, a jego lokalizacja dotyczy obszaru nadmorskiego, na którym prowadzi się szereg inwestycji, właśnie z uwagi na walory turystyczne. Tym bardziej w związku z tym prowadzona przez Beneficjenta jakakolwiek procedura przetargowa powinna być zgodna z przepisami prawa, a przez to jasna i przejrzysta, niestwarzająca niebezpieczeństwa nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, z uprzywilejowaniem określonej grupy wykonawców. Beneficjent nie przeprowadzał w związku z realizacją Projektu po raz pierwszy postępowania przetargowego. Na mocy art. 3 ust. 1 pkt 1 pzp w zw. z art. 9 pkt 2 ufp Beneficjent zobowiązany jest do stosowania procedury przetargowej dla zamówień o wartości wskazanych w przepisach pzp i zasada ta nie przewiduje w stosunku do niego żadnych wyjątków. Oznacza to, że Beneficjent zna przepisy pzp i stosuje je w praktyce, w związku z czym naruszenie przez niego obowiązku z art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp nie może zostać potraktowane w sposób uprzywilejowany, skoro jednocześnie w ten sposób Zamawiający naruszył podstawowe zasady rządzące postępowaniem przetargowym. Z powyższych szczegółowo omówionych względów organ uznał, że Beneficjent nie zasługuje na obniżenie nałożonej na niego korekty finansowej do minimalnego poziomu 5% przewidzianego przepisami Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych i zapisami Taryfikatora.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami art. 38 ust. 4a pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, IZ RPO WZ nałożyła korektę finansową w wysokości 10%, obniżając 25% korektę przewidzianą w Taryfikatorze. Wyliczona w oparciu o przywołany w § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych wzór (przedstawiany już w niniejszej decyzji), wartość korekty finansowej wyniosła 350 000,00 zł ($7\ 625\ 272,33\ \text{zł} \times 45,8999998758\% \times 10\%$) z czego kwota 154 685,88 zł zostanie pomniejszona z wniosku o płatność końcową (środki niewypłacone, co do których zgoda Beneficjenta na ich pomniejszenie nie jest wymagana). Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast

sposób przekazania środków wymienionemu określa Umowa, zgodnie z którą jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o kwotę ustalonej korekty. Do zwrotu pozostała zatem kwota 195 314,12 zł (350 000,00zł – 154 685,88 zł) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia ich przekazania.

Konkludując, mając na uwadze naruszenie przez Beneficjenta art. 44 ust. 3 ufp oraz wobec naruszenia wskazanych przepisów pzp, tj. art. 38 ust 4 a pkt 2, zaistniała konieczność odzyskania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 15 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

Pouczenie

Od przedmiotowej 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 IZ RPO WZ, która wydała decyzję. Z dniem doręczenia IZ 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 2018 r. poz. 1302 tekst jednolity 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 IZ 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

Otrzymują:

- 1) Pan
F. K. – radca prawny
S. K. i P. K. R. P.
ul. P.
(...) P.
- 2) a/a

Zanonimizowała Magdalena Wróblewska na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych.