

Załącznik do uchwały nr 311/16
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 24 lutego 2016 r.

Gmina Police
ul. Stefana Batorego 3
72-010 Police

WWRPO.VIII.3162.57.2015.AJ

DECYZJA
Nr WWRPO/11/W/2016

podjęta w dniu 24 lutego 2016 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

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

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r., poz. 1649 t.j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 j.t. ze zm.) w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 t.j.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r. poz. 1392 t. j. ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 t.j.),

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – Gminy Police z siedzibą przy ul. Stefana Batorego 3 w Policach – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/38/W/2015 z dnia 22 października 2015 r. zobowiązującą do zwrotu środków, wykorzystanych z naruszeniem procedur, otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 z dnia 19 listopada 2013 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013

- uchyla w całości zaskarżoną decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/38/W/2015 z dnia 22 października 2015 r.;
- orzeka od Gminy Police zwrot środków w łącznej wysokości 39 326,40 zł (słownie: trzydzieści dziewięć tysięcy trzysta dwadzieścia sześć złotych 40/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości

podatkowych liczonymi od kwoty 39 326,40 od dnia 10 czerwca 2015 r. do dnia zapłaty należności głównej na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r., poz. 1649 t. j. ze zm., dalej: uzppr), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych.

Gmina Police z siedzibą przy ul. Stefana Batorego 3 w Policach w dniu 29 marca 2010 r. w odpowiedzi na konkurs nr RPOWZ/4.5.2/2010/1 złożyła wniosek o dofinansowanie projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego”.

Uchwałą nr 1355/10 z dnia 29 lipca 2010 r., Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję o dofinansowaniu projektów umieszczonych na liście rankingowej będącej wynikiem prac Komisji Oceniającej Projekty w ramach konkursu RPOWZ/4.5.2/2010/1 Poddziałanie 4.5.2. „Zapobieganie zagrożeniom”, ogłoszonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (dalej: RPO WZ) oraz ustalił listę rezerwową projektów, którym nie udzielono dofinansowania ze względu na ograniczoną ilość środków finansowych przeznaczonych na konkurs. Na liście rezerwowej umieszczono m.in. projekt Gminy Police pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego”. Uchwałą nr 1824/10 z dnia 7 października 2010 r. ustalono ostateczną listę rezerwową projektów w ramach konkursu nr RPOWZ/4.5.2/2010/1, zaktualizowaną następnie uchwałami nr 1946/10 z dnia 26 października 2010 r., nr 1431/11 z dnia 6 września 2011 r., nr 508/13 z 4 kwietnia 2013 r., nr 1356/13 z dnia 20 sierpnia 2013 r., przyznającymi dofinansowanie kolejnym projektom z listy rezerwowej.

Pojawienie się wolnych środków w konkursie nr RPOWZ/4.5.2/2010/1 związane m.in. ze zwiększeniem alokacji, umożliwiło zaproponowanie wsparcia dla wniosku nr WND-RPZP.04.05.02-32-010/10 o dofinansowanie projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo – gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego”. Wnioskodawca wyraził chęć przystąpienia do realizacji przedmiotowej inwestycji, w związku z czym zmodyfikowana dokumentacja aplikacyjna złożona przez Wnioskodawcę podlegała ponownej ocenie formalnej. W dniu 5 sierpnia 2013 r. Gmina Police złożyła w IZ RPO WZ poprawny formalnie wniosek o dofinansowanie.

We wniosku o dofinansowanie nr WND-RPZP.04.05.02-32-010/10 (pkt C.6 pn. „Cele projektu i ich zgodność z celami RPO WZ (działania/poddziałania RPO WZ) oraz z innymi dokumentami strategicznymi”), Gmina Police wskazała, że nadrzędnym celem projektu jest umożliwienie podjęcia skutecznych i kompleksowych działań na rzecz poprawy bezpieczeństwa, warunków funkcjonowania oraz stanu wyposażenia państwowych i ochotniczych jednostek straży pożarnej. Kierunki działań określono tak, by stworzyć w pełni kompleksowy i efektywny system bezpieczeństwa ludności, mienia oraz zachowania i racjonalnego użytkowania środowiska regionu, niezależnie od rodzaju i rozmiarów zagrożeń. Wnioskodawca podkreślił, że projekt w perspektywie długofalowej ma służyć tworzeniu warunków dla kompleksowych działań na rzecz bezpieczeństwa i ochrony przeciwpożarowej, wsparciu funkcjonowania Krajowego Systemu Ratowniczo – Gaśniczego, poprawie ochrony

przeciwpożarowej lasów oraz obszarów chronionych w tym obszarów Natura 2000, poprawie stanu technicznego obiektu zabytkowego administrowanego przez jednostkę Ochotniczej Straży Pożarnej. Ponadto wskazano, iż realizacja projektu miała obejmować swoim zakresem przebudowę istniejącego budynku z dostosowaniem drugiego stanowiska garażowego, dobudowę do istniejącego budynku pomieszczeń spełniających rolę pomieszczeń szkoleniowo – socjalnych, nowego pokrycia dachu, wymianę okien i drzwi, docieplenie całego budynku, przebudowę pomieszczeń, wykonanie nowych izolacji, instalacji sanitarnych i elektrycznych. Projekt zakładał ponadto wyposażenie Ochotniczej Straży Pożarnej (dalej: OSP) Trzebież i OSP Tanowo funkcjonujących w ramach Krajowego Systemu Ratowniczo – Gaśniczego w 4 średnie samochody ratowniczo – gaśnicze z wyposażeniem. Ponadto Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej (dalej: KP PSP) w Policach miała zostać wyposażona w samochód specjalny (wniosek o dofinansowanie, pkt C.7 pn. „Opis przedsięwzięcia (z wyłączeniem cross – finansingu)”).

Mając na uwadze powyższe, uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 3 września 2013 r. nr 1429/13 podjęto decyzję o dofinansowaniu projektu umieszczonego na ostatecznej liście rezerwowej projektów w ramach konkursu nr RPOWZ/4.5.2/2010/1. Wnioskodawcy przyznano dofinansowanie na realizację projektu ze środków finansowych Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (dalej: EFRR) w wysokości 2 910 735,75 zł. Wobec tego, w dniu 19 listopada 2013 r. Beneficjent – Gmina Police zawarł z IZ RPO WZ, umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego” Oś priorytetowa 4 „Infrastruktura ochrony środowiska”, Działanie 4.5 „Ochrona przyrody i zapobieganie zagrożeniom”, Poddziałanie 4.5.2 „Zapobieganie zagrożeniom”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte następujące aneksy do umowy o dofinansowanie: nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-01 z dnia 02 stycznia 2014 r., nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-02 z dnia 31 grudnia 2014 r. oraz nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-03 z dnia 26 lutego 2015 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wniosek o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobowiązany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej: pzp) w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż wedle zapisu § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia przez Beneficjenta pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Rozwoju, dalej: MR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanym dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. Uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r., a następnie uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r. zmieniono uchwałę nr 94/12, w związku z czym dotychczas obowiązujący dokument otrzymał nowe brzmienie, które z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych zostało uwzględnione w niniejszej sprawie.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 3 – 5 lutego 2015 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji ww. projektu. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości – w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm.,

dalej: rozporządzenie nr 1083/2006) – spowodowane uchybieniami w stosowaniu pzp. I tak, w ramach:

- 1) postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodu specjalnego ciężkiego – ciągnik siodłowy przeznaczony do ciągnięcia naczepy zabudowanej cysterną przeznaczoną do transportu 20m³ wody na potrzeby Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Policach” stwierdzono naruszenie:
 - art. 7 ust. 1 pzp poprzez wskazanie, w ramach zapisów ogłoszenia o zamówieniu, obowiązku złożenia zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, jakie winny złożyć podmioty mające siedzibę poza granicami kraju, wobec braku takiego wymogu względem podmiotów krajowych. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje wysokość korekty finansowej w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Tabela nr 2 poz. 12 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
- 2) postępowania przetargowego pn. „Przebudowa remizy ochotniczej straży pożarnej w Trzebieży” stwierdzono naruszenie:
 - art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia – żądanie od wykonawcy dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w branży drogowej. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje wysokość korekty finansowej w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Tabela nr 2 poz. 12 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
 - art. 144 ust. 1 pzp poprzez wprowadzenie niedozwolonych (nieprzewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – zwanej dalej: SIWZ – i ogłoszeniu o zamówieniu) zmian do umowy w zakresie zmiany terminu realizacji zadania. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje wysokość korekty finansowej w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Tabela nr 2 poz. 26 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”);
- 3) postępowania pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” stwierdzono naruszenie:
 - art. 67 ust 1 pkt 5 pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy w trybie z wolnej ręki bez wykazania ustawowych przesłanek umożliwiających zastosowanie procedury niekonkurencyjnej. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje korektę w oparciu o wskaźnik w wysokości 25% (Tabela nr 2 poz. 8 „Bezprawne udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień dodatkowych lub uzupełniających, których wartość nie przekracza 20% lub 50% wartości zamówienia realizowanego”);
- 4) postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” stwierdzono naruszenie:
 - art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia – żądanie od wykonawcy zrealizowania min. 5 dostaw (wobec przedmiotu zamówienia dotyczącego 1 dostawy) wozów średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych o łącznej wartości 3 500 000,00 zł. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje korektę w oparciu o wskaźnik w maksymalnej wysokości 25% (Tabela nr 1 poz. 19 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
 - art. 29 ust. 2 pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący naruszać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (w ramach opisu przedmiotu zamówienia ujętym w SIWZ Zamawiający wskazał m.in., iż będzie wymagał od dostawców dostarczenia wozów z napędem na obie osie oraz możliwością odłączenia osi przedniej). Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje korektę w oparciu o wskaźnik w maksymalnej wysokości 25% (Tabela nr 1 poz. 21 „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia”);

Pismem z dnia 08 kwietnia 2015 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia i zastrzeżenia do wyników czynności kontrolnych przeprowadzonych przez IZ RPO WZ. Po przeanalizowaniu wyjaśnień i zastrzeżeń Beneficjenta IZ RPO WZ uznała w części argumenty Beneficjenta, o czym poinformowała Beneficjenta w piśmie kończącym czynności kontrolne z dnia 25 maja 2015 r. i odstąpiła od nałożenia korekty finansowej za następujące naruszenia:

- 1) w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodu specjalnego ciężkiego – ciągnik siodłowy przeznaczony do ciągnięcia naczepy zabudowanej cysterną przeznaczoną do transportu 20m³ wody na potrzeby Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Policach” – art. 7 ust. 1 pzp poprzez wskazanie w ramach zapisów ogłoszenia o zamówieniu

- zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego jakie winny złożyć podmioty mające siedzibę poza granicami kraju, wobec braku takiego wymogu względem podmiotów krajowych;
- 2) w ramach postępowania przetargowego pn. „Przebudowa remizy ochotniczej straży pożarnej w Trzebieży” – art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia – żądanie od wykonawcy dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w branży drogowej oraz art. 144 pzp poprzez wprowadzenie zmiany do umowy w zakresie terminu zakończenia robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia;
 - 3) w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP-czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” – art. 29 ust. 2 poprzez sporządzenie dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia, który bezpodstawnie preferował wskazanego producenta wozu pożarniczego-gaśniczego.

Jednocześnie po analizie wyjaśnień i zastrzeżeń Beneficjenta IZ RPO WZ podtrzymała swoje ustalenia w zakresie stwierdzonych naruszeń:

- 1) w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” – art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp,
- 2) w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” – art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp.

W związku z ww. stanowiskiem IZ RPO WZ, za powyższe naruszenia ustalono korektę finansową (dla obu ww. postępowań) w oparciu o wskaźnik procentowy Taryfikatora w wysokości 25%. Tym samym korekta finansowa wyniosła łącznie 555 939,34 zł.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 11 czerwca 2015 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu wypłaconych w ramach zaliczki środków w łącznej kwocie 196 632,00 zł (555 939,34 zł – 359 307,34 zł) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na pomniejszenie powyższej kwoty z kolejnej płatności). Ponadto poinformowano Beneficjenta, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone, zostały również poniesione z naruszeniem procedur. Mając na uwadze powyższe wskazano, iż o kwotę korekty finansowej w wysokości 359 307,34 zł zostanie pomniejszona płatność końcowa przysługująca Gminie Police.

Wobec braku zwrotu przez Beneficjenta środków w wyznaczonym terminie, z dniem 30 czerwca 2015 r. wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego”.

Po dokonaniu całościowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w tym opinii prawnych i analizy wyjaśnień przedstawionych przez Gminę Police, Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął w dniu 22 października 2015 r. decyzję administracyjną nr WWRPO/38/W/2015 orzekającą od Beneficjenta zwrot środków w wysokości 196 632,00 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Beneficjent nie zwrócił wymaganych środków wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych w terminie wskazanym w ww. decyzji, jednakże korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12a pkt 1 up, pismem z dnia 5 listopada 2015 r. (wpływ do IZ RPO WZ dnia 9 listopada 2015 r.), wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej ww. decyzją administracyjną, nie zgadzając się z jej rozstrzygnięciem.

W uzasadnieniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent szczegółowo odniósł się do naruszeń stwierdzonych przez IZ RPO WZ w ramach dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Strona wskazała nadto, iż maksymalna wysokość korekty finansowej jaką zastosowała IZ RPO WZ, tj. 25%, nie ma związku z hipotetyczną możliwością zmniejszenia budżetu Unii Europejskiej (dalej: UE) i jest krzywdzące dla Beneficjenta z uwagi na rażącą różnicę między wielkością domniemanej szkody a wysokością zastosowanej korekty finansowej. Wobec powyższego, Beneficjent zwrócił się o ponowne rozpatrzenie sprawy dotyczącej nałożonej korekty finansowej.

Z uwagi na konieczność dokonania szczegółowej analizy m.in. zarzutów podniesionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania administracyjnego. Nadto pismem z dnia 8 stycznia 2016 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. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 tekst jednolity ze zm., dalej: kpa). Mając na uwadze konieczność zapewnienia Beneficjentowi możliwości zapoznania się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów, a także zgłoszonych żądań oraz spełnienia wymogów formalnych określonych w kpa, IZ RPO WZ wydłużyła postępowanie administracyjne do dnia 8 marca 2016 r.

W związku ze skorzystaniem przez Beneficjenta z prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ po raz kolejny przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w ww. wniosku oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku jak poniżej.

Jedną z kompetencji, a zarazem obowiązków ustawowych IZ RPO WZ jest prowadzenie kontroli realizacji poszczególnych projektów w ramach RPO WZ, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi. Obowiązkiem IZ RPO WZ jest zatem nie tylko ustalanie zasad konkursu, zawieranie umów z beneficjentami czy zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, ale również czuwanie nad przebiegiem realizacji projektu i weryfikowanie czy projekt, na który przekazano środki publiczne, realizowany jest zgodnie z prawem oraz zasadami określonymi przez IZ RPO WZ dla danego konkursu. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. Należy wskazać, iż do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi, jak wynika z art. 26 uzppr, nie tylko dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjentów, ale i również monitorowanie postępów w realizacji, ewaluacji programu operacyjnego oraz stopnia osiągania jego celów, a także prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym poszczególnych dofinansowanych projektów oraz odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, a także wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Przyjęte rozwiązania jak wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (Sygn. akt II GSK 1945/12) stanowią refleks obowiązujących w tym zakresie aktów prawa unijnego, a w tym kontekście wymaga przypomnienia, że instytucja zarządzająca odpowiadając za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zobowiązana jest do uwzględniania zasad należytego zarządzania finansami (art. 60 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999). W świetle powyższego nie może budzić żadnych wątpliwości to, że instytucja zarządzająca powinna być wyposażona w efektywne instrumenty i środki realizacji powierzonych jej zadań, w tym tych, o których mowa między innymi w art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr.

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 powyższe, w związku ze stwierdzeniem wykorzystania przez Beneficjenta środków z naruszeniem procedur, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm., dalej: 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 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.

Należy również wskazać, iż obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika także wprost z § 8 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO, 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. Naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp, w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których

mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jak wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 października 2015 r. (sygn. akt II GSK 2109/14), podpisana przez beneficjenta według wzoru umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu "innych procedur" mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Ponadto, co istotne jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych (ustawy pzp, a w konsekwencji także ufp), jak i przepisów unijnych. Pogląd ten został również zaprezentowany przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (sygn. akt II GSK 1980/12) gdzie wskazano, iż nie sposób przyjąć, aby ustawodawca do procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków nie zaliczał przepisów prawa – pzp lub też innych ustaw mających zastosowanie przy realizacji określonego projektu. Zatem obowiązkiem Beneficjenta jest stosowanie procedur przewidzianych w pzp, zaś dla oceny, czy środki pochodzące z budżetu UE były wydatkowane zgodnie z umową, konieczne jest stwierdzenie, czy Beneficjent w sposób prawidłowy zastosował przepisy pzp określające m.in. zasady i tryb udzielania zamówień publicznych (por wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 2727/14).

Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy ma obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących reguł, zasad i postanowień wynikających z Programu, Uszczegółowienia Programu, obowiązujących procedur, wytycznych, a także informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest wniosek, iż w analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp, albowiem podejmował działania niezgodne z umową o dofinansowanie oraz z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

IZ RPO WZ poniżej odnie się do obu stwierdzonych naruszeń (tj. art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp) w kontekście zarzutów oraz wyjaśnień podniesionych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie z dnia 5 listopada 2015 r.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” IZ RPO WZ stwierdziła naruszenie przez Beneficjenta art. 67 ust 1 pkt 5 pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy w trybie z wolnej ręki bez wykazania ustawowych przesłanek umożliwiających zastosowanie procedury niekonkurencyjnej. Zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego polegającego na dostosowaniu wymiarów budynku (garażu) do wymiarów zakupionego wozu strażackiego.

Wobec stwierdzenia przez IZ RPO WZ naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 pzp, Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie podkreślił, iż planując zamówienie wykazał się należyłą starannością, bowiem jako Zamawiający nie miał możliwości przewidzenia konieczności przeprowadzenia dodatkowych robót przystępując do postępowania o zamówienie publiczne na roboty budowlane na przełomie 2011 i 2012 r. Zdaniem Strony konieczność wprowadzenia odpowiednich zmian wynikała dopiero w trakcie realizacji robót. Ponadto nie mógł wyłonić wykonawcy na roboty dodatkowe w trybie konkurencyjnym, bowiem doszło do modyfikacji już udzielonego zamówienia (zmieniono m.in. konstrukcję i wysokość części ścian oraz konstrukcję dachu). Beneficjent wskazał nadto, iż w przypadku rozbicia prac powstałby m.in. problem z gwarancją wykonanych poszczególnych prac przez różnych wykonawców. Dodatkowo podkreślił, iż nie można się zgodzić z hipotetyczną diagnozą IZ RPO WZ, dotyczącą sytuacji, która mogłaby wystąpić, gdyby wykonawcy biorący udział w podstawowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiedzieli o planowanych zmianach w momencie składania ofert, gdyż o takiej możliwości nie wiedzieli i nie uwzględniali jej w ofercie. Zdaniem Strony błędna jest teza IZ RPO WZ o potencjalnych nowych wykonawcach, którzy mogliby zaproponować korzystniejszą cenę. Tym samym Strona we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wskazała, iż jest pewna, że w takim postępowaniu wzięliby udział ci sami wykonawcy, a procedura zamówienia w trybie z wolnej ręki zostałaby zawarta z każdym innym wykonawcą, który w postępowaniu złożyłby najkorzystniejszą ofertę.

Odnosząc się do powyższego, na samym początku zaznaczenia wymaga, iż Zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy

usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b pzp uzależniona jest zatem od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

- wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,
- wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia,
- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że ustawodawca dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki wyłącznie w sytuacjach szczególnych, które zostały enumeratywnie wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 07 stycznia 2015 r. (sygn. KIO/KD 116/14), w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreśla się, że przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Jak wskazała Główna Komisja Orzekająca (dalej: GKO) w orzeczeniu z dnia 19 stycznia 2015 r. (sygn. akt BDF1/4900/93/95/14) z „sytuacją niemożliwą wcześniej do przewidzenia” opisaną dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b pzp mamy do czynienia gdy ma ona charakter obiektywny i nie wynika z zaniedbań (niezachowania staranności) Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógłby przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania należytej staranności (por. uchwałę KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/KD 28/10).

W przedmiotowej sprawie, konieczność dostosowania obiektu do możliwości garażowania wozu strażackiego stanowi niedopatrzenie zamawiającego na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego przebudowy budynku remizy strażackiej, gdyż możliwym było wybudowanie garażu zapewniającego możliwość garażowania wozów o różnych wymiarach. Zamawiający długofalowo planując zamówienie powinien wziąć pod uwagę fakt, iż na rynku istnieje wiele wozów strażackich o różnych parametrach (również jeżeli chodzi o wymiary), oferowanych przez różnych producentów, co z resztą sam Beneficjent podkreślał w swoich wyjaśnieniach. Brak jest zatem podstaw do uznania, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia, gdy przesłanka ta nie ma charakteru obiektywnego i nie wynika z przyczyn zewnętrznych niezależnych od zamawiającego. Nie można się zgodzić z Beneficjentem, iż Zamawiający nie miał możliwości przewidzenia konieczności przeprowadzenia dodatkowych robót przystępując do postępowania o zamówienie publiczne na roboty budowlane na przełomie 2011 i 2012 r. Tym samym nie została wypełniona podstawowa przesłanka dotycząca trybu zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, tj. brak możliwości przewidzenia konieczności wykonania robót. Brak jest argumentów za przyjęciem, że zaistniała sytuacja była niemożliwa wcześniej do przewidzenia przez Zamawiającego. Beneficjent uzasadniając we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy udzielenie zamówienia dodatkowego wskazał nadto, iż w przypadku rozbicia prac powstałby m.in. problem z gwarancją wykonanych poszczególnych prac przez różnych wykonawców. Powyższe jednak nie jest wystarczającym argumentem przemawiającym za udzieleniem zamówienia dodatkowego, gdyż umowę Zamawiającego z wykonawcą można było skonstruować w taki sposób,

aby gwarancja obejmowała poszczególne elementy wykonanych robót. W ocenie IZ RPO WZ, Zamawiający mógł zaplanować dopuszczalność wprowadzenia zmian dotyczących możliwości przebudowy garażu. Odstąpienie od trybu konkurencyjnego i udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki było w przedmiotowej sprawie bezpodstawne, nie spełniono bowiem przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp.

IZ RPO WZ nie przychyliła się także do kolejnego zarzutu Beneficjenta podniesionego we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, iż nie można się zgodzić z hipotetyczną diagnozą IZ RPO WZ, dotyczącą sytuacji, która mogłaby wystąpić, gdyby wykonawcy biorący udział w podstawowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiedzieli o planowanych zmianach w momencie składania ofert, gdyż jak wskazał Beneficjent o takiej możliwości nie wiedzieli i nie uwzględniali jej w ofercie. Zdaniem Strony błędna jest teza IZ RPO WZ o potencjalnych nowych wykonawcach, którzy mogliby zaproponować korzystniejszą cenę. Strona wskazała nadto, iż jest pewna, że w postępowaniu dotyczącym przebudowy remizy OSP w Trzebieży wzięliby udział ci sami wykonawcy, a procedura zamówienia w trybie z wolnej ręki zostałaby zawarta z każdym innym wykonawcą, który w postępowaniu złożyłby najkorzystniejszą ofertę. Podkreślenia wymaga, iż powyższe dotyczyło hipotetycznej sytuacji, którą Zamawiający powinien był jak już podkreślono wcześniej przewidzieć przed udzieleniem wykonawcy zamówienia. W przedmiotowej sprawie możliwym było (co już także podkreślono wcześniej), wybudowanie pomieszczenia o takich parametrach, aby zapewniło możliwość garażowania wozów o różnych wymiarach. Zdaniem IZ RPO WZ, Zamawiający planując inwestycję polegającą na przebudowie remizy strażackiej nie dołożył więc należytej staranności, polegającej m.in. na zbadaniu rynku producentów wozów i ich oferowanych parametrów w taki sposób, aby w przyszłości podczas wyboru konkretnego dostawcy, każdy z zakupionych wozów mógł bez problemu zmieścić się w budynku. Istotna jest bowiem sama możliwość przewidzenia takiej sytuacji podczas planowania zamówienia. Gdyby zmiana, o której mowa powyżej była określona w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, potencjalni wykonawcy mogliby złożyć oferty zupełnie odmienne, w tym korzystniejsze od rzeczywiście złożonej. Beneficjent nie może domniemywać, że gdyby przewidział taką możliwość, oferty złożyliby ci sami wykonawcy. Pewnym jest natomiast, że w każdym przypadku Zamawiający jest zobowiązany do zachowania zasady konkurencyjności, czego w przedmiotowej sprawie nie uczynił. Staranny i rzetelny opis przedmiotu zamówienia jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego, zatem zaniedbania w przedmiotowym zakresie nie mogą stanowić podstawy do udzielenia wykonawcy zamówienia w oparciu o tryb szczególny, którego zastosowanie uzależnione jest ściśle od spełnienia ustawowych przesłanek.

Podsumowując, IZ RPO WZ uznała wyjaśnienia Beneficjenta przedstawione we wniosku o ponowne rozpatrzenie za niewystarczające, podtrzymując stwierdzenie naruszenia przez Gminę Police art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Należy ponownie podkreślić, że w związku z bezprawnym udzieleniem wykonawcy robót budowlanych zamówienia z wolnej ręki, doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, które doprowadziło do powstania potencjalnej szkody w budżecie ogólnym UE, gdyż Zamawiający nie przeprowadził w ogóle postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Ustawodawca dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki wyłącznie w sytuacjach szczególnych, które zostały enumeratywnie wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Zaniedbania w zakresie rzetelnego przygotowania opisu zamówienia nie mogą stanowić podstawy do udzielenia wykonawcy zamówienia w oparciu o tryb szczególny, którego zastosowanie uzależnione jest ściśle od spełnienia ustawowych przesłanek. Podstawową zasadą pzp jest udzielanie zamówień w trybach podstawowych z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bez jakiegokolwiek dyskryminacji. Nieprzeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, co do zasady ogranicza dostępność oferty potencjalnym wykonawcom. Zatem Zamawiający nie stosując trybu konkurencyjnego nie zagwarantował udzielenia zamówienia w sposób oszczędny, a tym samym przynajmniej potencjalnie doprowadził do powstania szkody w budżecie UE. Powyższe mogło bowiem spowodować sytuację, w której w przypadku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, inny wykonawca mógłby zaproponować niższą cenę realizacji zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, iż odnośnie wysokości korekty finansowej za ww. naruszenie IZ RPO WZ ustosunkuje się w dalszej części niniejszej decyzji.

Przechodząc do omówienia kolejnego naruszenia należy wskazać, iż w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” stwierdzono naruszenie przez Gminę Police art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia – żądanie od wykonawcy zrealizowania min. 5 dostaw (wobec przedmiotu zamówienia dotyczącego 1 dostawy) wozów średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych o łącznej wartości 3 500 000,00 zł. Beneficjent formułując

warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do niezbędnej wiedzy i doświadczenia określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (rozdział IIA pkt 3), iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą się „(...) należyтым wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiednio co najmniej 5 dostaw średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych – o wartości min. 3 500 000 zł łącznie”. Tymczasem przedmiotem zamówienia była 1 dostawa czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4 (rozdział I pkt 1.1 SIWZ), których wartość szacunkową ustalono na kwotę 2 450 422,11 zł. W tym miejscu warto dodać, iż kwota na sfinansowanie zamówienia jaką Zamawiający podał na otwarcie ofert wyniosła 2 874 000,00 zł, zaś cena oferty najkorzystniejszej wyniosła 2 898 028,80 zł (umowę z wykonawcą zawarto dnia 12 marca 2014 r.).

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie zakwestionował interpretację IZ RPO WZ odnośnie doktryny i orzecznictwa, a także analizy rynku dotyczącej przedmiotowego postępowania, powołując się na cztery orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) dotyczące zachowania zasad konkurencyjności. Strona wskazała, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszyła zasad konkurencyjności i nie wyeliminowała z udziału w postępowaniu żadnego potencjalnego wykonawcy. Tym samym zdaniem Beneficjenta nie naruszył on zasad proporcjonalności i adekwatności do przedmiotu zamówienia przy opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy oraz doświadczenia, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest doprecyzowanie warunku „wiedza i doświadczenie”, powołując się przy tym na odpowiedź Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 10 sierpnia 2012 r. na interpelację posłów. Ponadto podkreślił, iż w postępowaniu określono minimalną liczbę dostaw tj. 5 szt oraz wartość 3 500 000,00 zł. Jednocześnie Beneficjent wskazał, iż jako Zamawiający dopuścił również wykazanie się przez oferentów dostawami samochodów o porównywalnym poziomie trudności technicznych związanych z ich wykonaniem, jednakże obejmującym dodatkowo inny typ niż samochody objęte zamówieniem (dopuszczono wykazanie się wykonaniem samochodów średnich i także ciężkich, podczas gdy przedmiotem zamówienia były samochody średnie). Zdaniem Beneficjenta w sposób oczywisty firma, która nie jest w stanie zrealizować choćby 5 dostaw w ciągu 3 lat nie jest w stanie utrzymać takiego potencjału, dlatego takie firmy nie funkcjonują na rynku. Beneficjent wskazał, iż ustalił wymóg 5 dostaw, aby nie ograniczyć konkurencji poprzez określenie mniejszej ilości, ale ze zbyt szczegółowym opisem realizowanych technologii. Zdaniem Beneficjenta żadne z przywołanych przez IZ RPO WZ w decyzji administracyjnej nr WWRPO/38/W/2015 orzeczeń KIO nie zabraniają wymagania doświadczenia wielokrotnego i nie orzekają o granicznej krotności tego doświadczenia odbiegającego od przedmiotu zamówienia. Dalej Strona wskazała, iż kwotowa wartość zamówienia wymagana przez Zamawiającego wynikała z wielokrotności 5 dostaw i ceny samochodu (w przetargu oszacowano cenę 718 500,00 zł za 1 samochód średni). Nadmienila, że samochody ciężkie mogą być dwukrotnie droższe, więc wartość 3 500 000,00 zł jest proporcjonalna do minimalnej ilości dostaw samochodów średnich. Ponadto Beneficjent podkreślił, iż ustalając wskazane warunki w praktyce dopuścił do postępowania wszystkich funkcjonujących na rynku wykonawców posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Następnie Beneficjent szczegółowo odniósł się do analizy rynku przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, wskazując m.in., iż nie da się wskazać choćby jednego wykonawcy funkcjonującego na rynku w latach 2011-2014 i szerzej w kolejnym roku (poza 5 głównymi firmami, spełniającymi wymogi) który zrealizowałby 2 lub 3 dostawy średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych i byłby w stanie przystąpić do przetargu, ale nie mógł tego zrobić, gdyż Zamawiający zawyżył kryteria udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta, na samym początku wskazania wymaga, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Powyższe jest pochodną założenia, że zamówienie publiczne może być udzielone jedynie wykonawcy, który gwarantuje prawidłowość jego realizacji i został zweryfikowany na etapie postępowania w oparciu o złożone dokumenty i oświadczenia, pod kątem możliwości realizacji danego zamówienia publicznego. Jak wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 2015 r. (sygn. akt II GSK 1980/12) na weryfikowanie warunków, jakie powinni spełniać wykonawcy – w sensie kompetencji i doświadczenia – aby sprostać wykonaniu zamówienia pozwalają przepisy, stanowi o tym art. 22 ust. 1 pkt 2, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawiają pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tego potencjału. Zatem wymienione enumeratywnie w art. 22 ust. 1 pzp przesłanki udziału w postępowaniu mają charakter norm blankietowych, zaś ich dookreślenie następuje każdorazowo na etapie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez doprecyzowanie przez

zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, które z nich winny być spełnione przez każdego wykonawcę przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazuje m.in. użycie przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp zwrotu niedookreślonego „posiadają wiedzę i doświadczenie”. Charakter ww. normy spowodowany został brakiem możliwości określenia uniwersalnych wymagań dla wszystkich rodzajów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest także możliwości precyzyjnego określenia warunków w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji. Blankietowy charakter przepisów art. 22 pzp nie oznacza jednak, iż Zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w ustalaniu warunków udziału w postępowaniu oraz swobodę w żądaniu dokumentów i oświadczeń potwierdzających, na etapie postępowania, ich spełnienie przez wykonawców.

Wobec powyższego nie można się zgodzić z Beneficjentem, iż do wykonania zamówienia dotyczącego 1 dostawy 4 samochodów ratowniczo-gaśniczych niezbędne jest doświadczenie w zakresie dostarczenia większej liczby samochodów, tj. co najmniej 5. Z powyższego warunku wynika, że Zamawiający nie wymagał wykazania się dostarczeniem 5 średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, lecz zrealizowaniem 5 dostaw. W jednej dostawie natomiast może zawierać się konieczność dostarczenia przez wykonawców wielu pojazdów, tak jak to miało miejsce także w przedmiotowej sprawie, gdzie przedmiot zamówienia stanowiła 1 dostawa 4 pojazdów. Sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu uniemożliwia zatem udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotom, które nie mogą się wykazać wykonaniem aż 5 dostaw określonych pojazdów, jednakże byłyby zdolne do jego wykonania wykazując się doświadczeniem np. jedną dostawą średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, która obejmowała większą liczbę pojazdów.

Opis sposobu oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia dokonany przez Zamawiającego mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy mogliby wykazać się zrealizowaniem chociażby 1, 2 lub 3 dostaw określonych pojazdów, a zatem dawaliby rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tak sporządzony opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu godzi w fundamentalną zasadę równości i uczciwej konkurencji.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie wskazał, iż w postępowaniu określił minimalną liczbę dostaw tj. 5 szt. oraz wartość 3 500 000,00 zł. Jako Zamawiający dopuścił również wykazanie się przez oferentów dostawami samochodów o porównywalnym poziomie trudności technicznych związanych z ich wykonaniem, jednakże obejmującym dodatkowo inny typ niż samochody objęte zamówieniem (dopuszczono wykazanie się wykonaniem samochodów średnich i także ciężkich, podczas gdy przedmiotem zamówienia były samochody średnie). Beneficjent wskazał, iż ustalił wymóg 5 dostaw samochodów pożarniczo-gaśniczych, aby nie ograniczyć konkurencji poprzez określenie mniejszej ilości dostaw, ale ze zbyt szczegółowym opisem realizowanych technologii. Wobec powyższego wskazania Beneficjenta, IZ RPO WZ nie kwestionuje faktu, iż weryfikacja doświadczenia jest istotna, zwłaszcza pod kątem powtarzalności realizacji wykonanych zamówień. Jednakże ilość dostaw określona na poziomie 5, mając na uwadze wielkość zamówienia, tj. 1 dostawa 4 samochodów, jest wygórowana, nawet jeżeli Zamawiający dopuścił wykazanie się przez oferentów dostawami samochodów o porównywalnym poziomie trudności. Strona wskazała, iż kwotowa wartość zamówienia wymagana przez Zamawiającego wynikała z wielokrotności 5 dostaw i ceny samochodu (w przetargu oszacowano cenę 718 500,00 zł za 1 samochód średni). Nadmienila, że samochody ciężkie mogą być dwukrotnie droższe, więc wartość 3 500 000,00 zł jest proporcjonalna do minimalnej ilości dostaw samochodów średnich. Powyższe tym bardziej potwierdza co już podkreśliła wcześniej IZ RPO WZ, iż ustalony wymóg jest zbyt wygórowany. Gdyby Beneficjent ustalił mniejszą liczbę wymaganych dostaw, wartość jaką miałyby się wykazać potencjalny wykonawca byłaby odpowiednio niższa. Beneficjent w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, iż określenie wymaganego poziomu w liczbie dostaw było niezbędne i nie spowodowało ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Zamawiający uzasadniając proporcjonalność warunku względem opisu przedmiotu zamówienia nie wykazał również, że realizacja mniejszej liczby dostaw nie gwarantowała wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji danego zamówienia, tłumaczył jedynie, iż jego zdaniem „w sposób oczywisty firma, która nie jest w stanie zrealizować choćby 5 dostaw w ciągu 3 lat nie jest w stanie utrzymać takiego potencjału, dlatego takie firmy nie funkcjonują na rynku”. Powyższe rozumowanie Beneficjenta także potwierdza wskazane wcześniej przez IZ RPO WZ ustalenia (wskazując, iż ustalił wymóg 5 dostaw, aby nie ograniczyć konkurencji poprzez określenie mniejszej ilości, ale ze zbyt szczegółowym opisem realizowanych technologii) – Beneficjent ustanowił wygórowane warunki do spełnienia przez potencjalnych wykonawców, co mogło spowodować wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy byłiby w stanie zrealizować zamówienie w zakresie 1 dostawy 4 samochodów. Beneficjent jednak z góry założył, że takie firmy na rynku nie funkcjonują.

Tym samym, przygotowując ww. warunki udziału w postępowaniu Beneficjent naruszył zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie zarzucił IZ RPO WZ błędne zinterpretowanie w zaskarżonej decyzji administracyjnej, danych z zakresu analizy Biuletynu Zamówień Publicznych, wymieniając jako potencjalnie zdolnych do realizacji zamówienia takich producentów jak: Frank-Cars Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BIBMOT Sp. j. P.P.H.U. STAR SAN DUO Dominik Pater, Konsorcjum Alu Steel Power Sp. z o.o., AUTONIX R. Podkulski, S. Podkulski Sp. j., F.H.U. PROFIS Robert Janczy, MARVEL Sp. o.o., NAWROT Sp. z o.o. Zdaniem Beneficjenta żadna z powyższych firm nigdy nie produkowała nowych średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, a co najwyżej samochody klasy lekkiej lub samochody osobowe, ewentualnie serwisowała zabudowy. Strona odnosząc się do analizy rynku przeprowadzonej przez IZ RPO WZ powołała się na listę Centrum Naukowo Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej (dalej: CNBOP) zamieszczoną na stronie internetowej, która wskazuje wszystkich wykonawców, posiadających świadectwo dopuszczenia do użytkowania w ochronie przeciwpożarowej (ważne 5 lat), tj. 5 głównych firm oraz firmę Germaz, Arkom i Protect Fire. Beneficjent wskazał jednak, iż 3 firmy, które posiadają świadectwa dopuszczenia nie mogą wykazać się wymaganym doświadczeniem. Beneficjent wskazał, iż w oparciu o bazy danych TED, BZP i wykaz CNBOP z całą pewnością nie da się uzasadnić tezy, że na rynku występowały i występuje duża grupa wykonawców wykonujących zabudowy nowych i średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, a kryteria ustalone przez zamawiającego dyskryminują małych wykonawców. Ponadto nadmienił, iż nie da się wskazać choćby jednego wykonawcy funkcjonującego na rynku w latach 2011-2014 i szerzej w kolejnym roku (poza 5 głównymi firmami, spełniającymi wymogi) który zrealizowałby 2 lub 3 dostawy średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych i byłby w stanie przystąpić do przetargu, ale nie mógł tego zrobić, gdyż Zamawiający zawyżył kryteria udziału w postępowaniu. Beneficjent wskazał także, iż żaden z wykonawców nie podważał wymogów postawionych przez Zamawiającego, nie informował o czynnościach niezgodnych z ustawą i nie korzystał ze środków ochrony prawnej.

IZ RPO WZ wzięła pod uwagę ww. wyjaśnienia Beneficjenta i ponownie zweryfikowała przedstawione informacje. Powyższe doprowadziło do wniosku, iż należy się przychylić do wskazania Beneficjenta, iż na liście CNBOP znajdują się wszyscy wykonawcy, posiadający świadectwo dopuszczenia do użytkowania w ochronie przeciwpożarowej (ważne 5 lat), tj. 5 głównych firm oraz firma Germaz, Arkom i Protect Fire, które mogłyby zrealizować dostawę średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych. Po dokonaniu analizy bazy CNBOP oraz TED, a także opinii prawnej z dnia 30 czerwca 2015 r. przedstawionej przez Stronę, należy również przyznać rację Beneficjentowi w kwestii braku doświadczenia przez mniejsze firmy tj. Germaz, Arkom i Protect Fire. Powyższe jednak nie oznacza, że Beneficjent poprzez sformułowanie zawyżonego warunku nie naruszył zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Mimo, iż wskazuje Beneficjent, żaden z potencjalnych wykonawców nie podważał wymogów postawionych przez Zamawiającego, nie informował o czynnościach niezgodnych z ustawą i nie korzystał ze środków ochrony prawnej, to jednak w postępowaniu ofertę złożył jedynie 1 wykonawca tj. Stolarczyk Mirosław PUH z siedzibą w Kielcach, z którym podpisano umowę. Zatem mimo tego, że na rynku w tym czasie funkcjonowały jeszcze 4 firmy (wskazane także w opinii prawnej z dnia 30 czerwca 2015 r. przedstawionej przez Stronę), które mogłyby złożyć ofertę w postępowaniu, albowiem posiadały świadectwo dopuszczenia, tj. m.in. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne BOCAR Sp. z o.o., „WAWRZASZEK ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka Komandytowo-Akcyjna, P.U.H. „MOTO-TRUCK” Leszek Chmiel, Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., ofertę złożył jedynie 1 wykonawca. Powyższe mogłoby zatem wskazywać na możliwość ograniczenia konkurencji poprzez sformułowanie takiego wymogu, który doprowadził do rezygnacji z udziału w postępowaniu ww. potencjalnych wykonawców. Na każdym etapie postępowania wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Zatem Beneficjent swoim działaniem ograniczył dostępność oferty potencjalnym wykonawcom.

Podsumowując, odnosząc się do stwierdzonego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp, IZ RPO WZ podtrzymuje swoje stanowisko, iż ewidentnie doszło do naruszenia przepisów pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, iż zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki. Faktem jest, iż w postępowaniu ofertę złożył 1 wykonawca, ale gdyby ograniczenia w postaci warunku wykazania się nadmiernym doświadczeniem nie było, ofert mogłoby

być więcej. Żadne przepisy nie wyznaczają liczby ofert, które mogłyby zostać uznane za wystarczające w przetargu, w art. 7 ust. 1 pzp mowa jest natomiast o obowiązku zachowania zasad konkurencyjności i równego traktowania wszystkich potencjalnych wykonawców. Każdy potencjalny oferent, który spełnia warunki postawione przez Zamawiającego ma prawo przystąpić do postępowania. Uchybienie przepisom pzp mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nawet podjęcie przez potencjalnych wykonawców decyzji, iż nie złożą swojej oferty w ramach postępowania, które przeprowadzałby Beneficjent. Rynek podmiotów, które mogłyby być zdolne do wykonania zamówienia polegającego na dostawie 4 samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP jest jak już wskazano powyżej ograniczony do kilku podmiotów, zaś sytuacja, w której potencjalny wykonawca nie złożył oferty ze względu na zbyt wygórowane warunki zamówienia jest wysoce prawdopodobna, bowiem istnieją podmioty, które swojej oferty nie złożyły. W ten sposób Beneficjent przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu ww. zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Nie sposób w tym przypadku jest wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania przy zachowaniu zasad konkurencyjności. Z drugiej strony wysokość szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby to wkład UE. IZ RPO WZ biorąc jednak pod uwagę uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przychyliła się do części wyjaśnień Beneficjenta i przedstawionych w nim argumentów, co doprowadziło do zweryfikowania stanowiska IZ RPO WZ w zakresie wysokości korekty finansowej. IZ RPO WZ zdecydowała o obniżeniu korekty finansowej nałożonej za przedmiotowe naruszenie z 25% do 5%, a zatem zastosowała najniższą sankcję wykazaną w Taryfikatorze, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszej decyzji.

Mając powyższe na uwadze, po przeanalizowaniu całej dokumentacji, IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie stwierdziła naruszenie przepisów pzp w dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym na wydatki poniesione w ramach ww. postępowań nałożono korektę finansową.

W tym miejscu wskazania wymaga, iż z Wytycznych MR pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” wynika, 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 co do wagi naruszenia. Podkreślenia wymaga, iż przedstawione w tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe mogą być obniżane jedynie w przypadku wskazanych w tych tabelach kategorii, które w kolumnie *Uwagi* zawierają informację o możliwości stopniowania korekty w zależności od wagi nieprawidłowości. Co istotne, wskaźniki procentowe nie mogą być obniżane w przypadku kategorii, dla których wskazano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżania. Nadto w Wytycznych MR podkreślono, iż obniżenie korekty powinno być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie w odniesieniu do konkretnego zamówienia.

Ustalając wysokość kwoty wymaganej do zwrotu IZ RPO WZ wzięła pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym przede wszystkim rodzaj i wagę dokonanych naruszeń oraz konsekwencje z nich wynikające. Mając na uwadze powyższe, stosując zapisy Taryfikatora, w wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono i nałożono korektę finansową, której zasadność i wysokość zweryfikowano w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy na wniosek Beneficjenta z dnia 5 listopada 2015 r.

Po przeanalizowaniu zasadności oraz możliwości obniżenia korekty finansowej IZ RPO WZ ustaliła, iż wobec stwierdzonego w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 pzp, Taryfikator w tabeli nr 2 poz. 8 „Bezprawne udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień dodatkowych lub uzupełniających, których wartość nie przekracza 20% lub 50% wartości zamówienia realizowanego”, przewiduje korektę finansową w oparciu o wskaźnik w wysokości 25% bez możliwości

obniżenia tejże stawki procentowej. Tym samym IZ RPO WZ nie ma możliwości obniżenia korekty finansowej dla wskazanego naruszenia w przypadku naruszenia przez Beneficjenta powyższego przepisu. Zatem wysokość korekty finansowej w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% dla naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 pzp jest ostateczna.

Natomiast w odniesieniu do kolejnego ze stwierdzonych naruszeń, IZ RPO WZ uznała, iż Beneficjent poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu, które mogły ograniczyć zasadę konkurencyjności, naruszył zapisy art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4”. Tym samym doprowadził do powstania przynajmniej potencjalnej szkody finansowej w budżecie UE, a co za tym idzie wobec wskazanej nieprawidłowości, zasadnym jest ustalenie korekty finansowej. IZ RPO WZ jednak po przeprowadzeniu ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej decyzją administracyjną nr WWRPO/38/W/2015 z dnia 22 października 2015 r. uznała, iż korekta finansowa w wysokości 25% nałożona na wydatki poniesione w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” jest niewspółmierna do dokonanego naruszenia. Uznano, iż argumenty Beneficjenta przedstawione we wniosku o ponowne rozpatrzenie z dnia 5 listopada 2015 r. przemawiają za zastosowaniem niższej stawki procentowej. Na powyższe składają się m.in. wyjaśnienia dotyczące przeprowadzonej przez IZ RPO WZ analizy rynku producentów wozów, które były przedmiotem dostawy w ww. postępowaniu. Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy udowodnił, iż specyfika rynku z uwagi na ograniczoną liczbę producentów posiadających stosowne uprawnienia i zdolnych do wykonania zamówienia, była na tyle szczególna, że nie ma żadnej innej firmy, niż 5 głównych producentów tj. Stolarczyk Mirosław PUH z siedzibą w Kielcach, Przedsiębiorstwo Specjalistyczne BOCAR Sp. z o.o., „WAWRZASZEK ISS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” Spółka Komandytowo-Akcyjna, P.U.H. „MOTO-TRUCK” Leszek Chmiel, Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczeńsiak Sp. z o.o., które mogłyby spełnić warunki w postępowaniu i zrealizować dostawę 4 nowych samochodów pożarniczo – gaśniczych, zgodnych z parametrami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto na stanowisko IZ RPO WZ miał również wpływ fakt, iż żaden potencjalny wykonawca nie informował Zamawiającego o czynnościach niezgodnych z ustawą i nie korzystał ze środków ochrony prawnej, za pomocą których podmioty będące narażone na uszczerbek, wynikający z nieprawidłowości zaistniałych w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego mogłyby bronić swoich praw. Mimo jednak, iż żaden z ww. potencjalnych wykonawców nie skorzystał ze środków wskazanych powyżej, to jednak jak już wskazywano wcześniej, na rynku w tym czasie funkcjonowało 5 firm, które mogłyby złożyć ofertę, natomiast w postępowaniu ofertę złożył tylko 1 wykonawca tj. Stolarczyk Mirosław PUH z siedzibą w Kielcach, z którym podpisano umowę. IZ RPO WZ na chwilę obecną nie jest w stanie wskazać, jakie oferty mogłyby zostać złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w sytuacji, kiedy Zamawiający ustaliłby warunki udziału w postępowaniu adekwatne do przedmiotu zamówienia. Nie można zatem wykluczyć sytuacji, w której w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu wzięłyby udział więcej niż 1 wykonawca, oferując niższą cenę, niż ta która została określona przez wykonawcę finalnie wybranego przez Beneficjenta. Bezspornym jest zatem, iż Gmina Police poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu, które mogły ograniczyć zasadę konkurencyjności, naruszyła zapisy art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp. Mając na uwadze powyższe wskazania wymaga, iż korekta finansowa w wysokości 25% jest w przedmiotowym postępowaniu zbyt dotkliwa, w stosunku do dokonanego naruszenia. Zatem wobec faktu, iż Taryfikator, w tabeli nr 1 poz. 19 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert” dopuszcza możliwość obniżenia stawki procentowej z 25% do 10% lub 5%, a ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do IZ RPO WZ, w ramach ww. postępowania obniżono z 25% do 5% wysokość wskaźnika korekty finansowej. Korekta finansowa w wysokości 5% jest najniższą możliwą korektą finansową przewidzianą w Taryfikatorze za dopuszczenie się przez Beneficjenta naruszenia zapisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp.

Wobec powyższych ustaleń, odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- postępowania na zamówienie dodatkowe pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży””, w związku z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999994203%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr TI-272/39/2012 z dnia 07 grudnia 2012 r. W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 12 558,94 zł,

- postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4”, w związku z naruszeniem art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (5%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999994203%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr SO.271.1.2014 z dnia 12 marca 2014 r. W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 108 676,08 zł.

Zatem łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, została przez IZ RPO WZ ustalona w kwocie 121 235,02 zł. Powyższa kwota zawiera dotychczas wypłaconą Beneficjentowi należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 39 326,40 zł (którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwotę, o którą zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. 81 908,62 zł.

Kwota 81 908,62 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, gdzie środki nie zostały jeszcze wypłacone w ramach refundacji. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków Beneficjentowi określa umowa o dofinansowanie, według której jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o odpowiednie kwoty. Podsumowując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 39 326,40 zł (121 235,02 zł – 81 908,62 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Konkludując wskazać należy, iż w trakcie czynności kontrolnych po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie stwierdzono, że Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. W związku z naruszeniem ww. przepisów, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, przez którą wskazuje się jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Wskazać należy, iż do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego, którego poszczególne regulacje zostały przytoczone powyżej na etapie opisu nieprawidłowości jakiej dopuścił się Beneficjent. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt II GSK 1065/14) szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad pzp. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Ponadto jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. akt II GSK 1653/14) szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, 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. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 17 grudnia 2014 r. (II GSK 1467/13), z dnia 19 marca 2013 r., (sygn. akt II GSK 51/13)). Co istotne, na co zwrócił również uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 29 kwietnia 2015 r. (sygn. akt II GSK 610/14) warunkiem nałożenia korekty 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 7 rozporządzenia nr 1083/2006.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości, o której mowa powyżej ustaliła, iż Beneficjent w ramach postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy

OSP w Trzebieży” nie przeprowadził w ogóle postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Ponadto w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” poprzez ustanowienie zawyżonego warunku udziału w postępowaniu, naruszył zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Powyższymi działaniami Beneficjent doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie oraz przepisami prawa tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia ww. przepisów, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy, gdyby Beneficjent przestrzegał zasad wynikających z prawa zamówień publicznych. Jednocześnie należy wskazać, iż bezspornym jest fakt, że już nawet poprzez sam fakt naruszenia ww. zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców, zaistniała w rozpatrywanej sprawie sytuację w pełni zasadnie ocenić należało, jako nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Powyższe potwierdza również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 19 marca 2015 r. (sygn. akt II GSK 392/14). Z kolei w wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt II GSK 1618/14) Naczelny Sąd Administracyjny wprost wyjaśnił, iż nie powinno budzić możliwości, że brak zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z naruszeniem art. 7 pzp - co do zasady - jest przesłanką do stwierdzenia, że mogło dojść do nieuzasadnionego wydatku.

Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 7 października 2011 r. (sygn. akt II GSK 1932/11) stwierdził, iż wynik kontroli udzielonego zamówienia publicznego jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Zamawiającego, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 upf, który obliguje IZ RPO do skierowania do Beneficjenta wezwania do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Bezskuteczny upływ 14-dniowego terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, skutkuje wobec Beneficjenta wszczęciem postępowania administracyjnego zakończonego wydaniem decyzji administracyjnej określającej kwotę wymaganą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków. W związku z zaistnieniem w przedmiotowej sprawie powyższych przesłanek koniecznym stało się wydanie przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego dnia 22 października 2015 r. decyzji administracyjnej nr WWRPO/38/W/2015.

Od ww. decyzji wydanej na podstawie art. 207 ust. 1 upf nie służy stronie odwołanie, lecz Strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do IZ RPO WZ z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, z czego Strona w przedmiotowej sprawie skorzystała wnosząc pismem z dnia 05 listopada 2015 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną nr WWRPO/38/W/2015 z dnia 22 października 2015 r.

Organ rozpatrujący wniosek, jest zobowiązany do przeprowadzenia powtórnego postępowania w celu rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, gdyż do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie z art. 138 § 1 kpa organ odwoławczy wydaje decyzję, w której utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję, uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy, albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, bądź też umarza postępowanie odwoławcze.

Kierując się powyższym oraz mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie, wyjaśnienia Beneficjenta, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, IZ RPO WZ znalazła podstawy do uchylecia zaskarżonej decyzji w całości. Poprzez zmianę wysokości korekty finansowej, Beneficjent – Gmina Police jest zobowiązany do zwrotu części środków przekazanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego”, w wysokości 39 326,40 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych liczonymi od daty przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie.

Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ orzeka jak w sentencji.

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego