



Załącznik do uchwały nr 393/16  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 16 marca 2016 r.

Gmina Przybiernów  
ul. Cisowa 3  
72-110 Przybiernów

WWRPO.VIII.3162.99.2015.AJ

**DECYZJA**  
**Nr WWRPO/13/W/2016**

podjęta w dniu 16 marca 2016 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

*Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Robert Grzywacz - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm.), art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r. poz. 1392 tekst jednolity)

**orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – Gminy Przybiernów z siedzibą przy ul. Cisowej 3 w Przybiernowie, środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-006/14-00 zawartej w Przybiernowie w dniu 21.10.2014 r. na realizację projektu pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego” w łącznej kwocie 72 340,09 zł (słownie: siedemdziesiąt dwa tysiące trzysta czterdzieści złotych 09/100) wraz z odsetkami określonym jak dla zaległości podatkowych liczonymi w następujący sposób:

- od kwoty 30 962,65 zł (słownie: trzydzieści tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote 65/100) od dnia 26.11.2014 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- od kwoty 41 377,44 zł (słownie: czterdzieści jeden tysięcy złotych trzysta siedemdziesiąt siedem złotych 44/100) od dnia 12.05.2015 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 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 częściowy zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

## Uzasadnienie

Beneficjent – Gmina Przybiernów z siedzibą przy ul. Cisowej 3 w Przybiernowie – w dniu 21.10.2014 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-006/14-00 na realizację projektu pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego” 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 aneksy do umowy o dofinansowanie: nr UDA-RPZP.04.05.02-32-006/14-01 z dnia 21.10.2014 r., nr UDA-RPZP.04.05.02-32-006/14-02 z dnia 06.07.2015 r. oraz nr UDA-RPZP.04.05.02-32-006/14-03 z dnia 27.10.2015 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-006/14-00 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 zobligowany 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 2013 r. poz. 907 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. 10 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia przez Beneficjenta pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Rozwoju, zwane 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 26.07.2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r. Uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 205/13 z dnia 13.02.2013 r., a następnie uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 09.06.2014 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 28-29.07.2015 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji w/w 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., zwane dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006) – spowodowane uchybieniami w stosowaniu pzp. Mianowicie w ramach postępowania przetargowego pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego

samochodu ratowniczo-gaśniczego” (ogłoszenie o postępowaniu nr 194221-2014 umieszczone w BZP dnia 11.09.2014 r.; ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 194004-2015 zamieszczone dnia 30.07.2015 r.) stwierdzono naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i nie zapewnia równego traktowania wykonawców. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz. 12 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
- 2) art. 29 ust. 1 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewystarczający, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 10% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz. 22 „Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia”);
- 3) art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp poprzez brak zamieszczenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) opisu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz. 11 „Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert”);
- 4) art. 41 pkt 9 pzp poprzez brak w ogłoszeniu o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (zwanym dalej: BZP) opisu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz. 11 „Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz kryteriach oceny ofert”);
- 5) art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela 2 poz. 30 „Naruszenie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty”).

Zgodnie z Taryfikatorem w przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych, należy zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej, a zatem w niniejszej sprawie wskaźnik korekty finansowej w wysokości 25%.

Już w tym miejscu warto wskazać, iż przez „nieprawidłowość” zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Szkada w budżecie UE określona została na dwa sposoby, jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, oraz szkoda potencjalna, na którą składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Zgodnie z powyższym, do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości UE przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Zaś wykrycie takowego naruszenia i uznanie go za nieprawidłowość rodzi obowiązek nałożenia korekty finansowej (art. 98 rozporządzenie nr 1083/2006), nawet jeżeli wywołuje ono jedynie możliwość powstania szkody w budżecie UE.

Pismem z dnia 27.08.2015 r. oraz dnia 23.09.2015 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia i zastrzeżenia do wyników przeprowadzonych przez IZ RPO WZ w dniach 28-29.07.2015 r. czynności kontrolnych. Po przeanalizowaniu wyjaśnień i zastrzeżeń Beneficjenta IZ RPO WZ (pismo kończące czynności kontrolne z dnia 10.11.2015 r.) podtrzymała swoje ustalenia w zakresie stwierdzonego naruszenia przez Beneficjenta przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 41 pkt 9 oraz art. 26 ust. 3 pzp, jednocześnie odstępując od wykazania naruszenia art. 29 ust. 1 pzp.

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 (zwanego dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 03.12.2015 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w kwocie 72 340,09 zł wraz z odsetkami

liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na częściowe pomniejszenie powyższej kwoty z kolejnej płatności – kwota do wypłaty we wniosku o płatność końcową nr WNP-RPZP.04.05.02-32-006/14-03 nie była wystarczająca na pełne pokrycie kwoty należnej do zwrotu). Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: ufp) w przypadku stwierdzenia okoliczności, 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. Ponadto poinformowano Beneficjenta, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone, zostały również poniesione z naruszeniem procedur, w związku czym nałożono korektę finansową w kwocie 8 981,46 zł. Wobec powyższego, jak wskazano w piśmie z dnia 03.12.2015 r. kwota ta zostanie potrącona z płatności końcowej w projekcie (zgoda Beneficjenta w tym przypadku nie jest wymagana).

W związku z tym, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu środków w wyznaczonym terminie (ani nie wyraził zgody na ich częściowe potrącenie z kolejnej przysługującej mu płatności), z dniem 22.12.2015 r. wszczęte zostało wobec niego postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-006/14-00 na realizację projektu pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego”. Strona została również poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń w sprawie.

W piśmie z dnia 18.12.2015 r. (doręczonym do Wydziału Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego dnia 22.12.2015 r.) oraz 29.12.2015 r. Beneficjent przedstawił dodatkowe wyjaśnienia. Wskazał m.in., iż w SIWZ dokładnie i precyzyjnie opisano zarówno nabywany w postępowaniu przetargowym samochód, jak i jego wyposażenie, mając na uwadze uzyskanie przedmiotu zamówienia zgodnego z potrzebami Zamawiającego. Podkreślono, iż opis przedmiotu zamówienia miał na celu również zrealizowanie przedmiotu zamówienia oszczędnie. Beneficjent podniósł, iż przedmiotem dostawy był używany pojazd specjalny, a zatem nienależący do kategorii M (przypis własny: kategoria M – pojazdy samochodowe mające co najmniej cztery koła oraz zaprojektowane i wykonane do przewozu osób) lub N (przypis własny: kategoria N – pojazdy samochodowe mające co najmniej cztery koła oraz zaprojektowane i wykonane do przewozu ładunków). Tym samym w analizowanym przypadku nie mają zastosowania regulacje rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 r., Nr 96, poz. 559, zwanego dalej: rozporządzeniem PRM). Ponadto Beneficjent zwrócił uwagę, iż katalog kryteriów oceny ofert zawarty w znowelizowanym przepisie art. 91 ust. 2 pzp, analogicznie jak dotychczas jest katalogiem otwartym, zaś kryteria w nim podane mają wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający posiada swobodę w doborze kryteriów oceny ofert, co umożliwia mu wybór optymalnej oferty. Uzupełnienie przez ustawodawcę katalogu kryteriów oceny ofert o kryteria pozacenowe ma na celu zachęcanie Zamawiających do stosowania tych kryteriów, lecz nie stanowi jednocześnie zakazu stosowania kryterium najniższej ceny. Znowelizowane przepisy pzp umożliwiają Zamawiającemu, w przypadku wystąpienia ustawowo wskazanych przesłanek, odstąpienie od wprowadzania w dokumentacji przetargowej dodatkowych kryteriów. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 18.10.2014 r. kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Beneficjent podał, że kierując się wykładnią celowościową można stwierdzić, że tylko cena umożliwia odróżnienie od siebie przedmiotów charakteryzujących się ustalonymi standardami, które to standardy Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił. Jak podkreślono przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie ograniczyło konkurencji. W zakresie zdolności ekonomicznej wykonawcy (polisa OC) Beneficjent przyznał, iż to Zamawiający wzywa do uzupełnienia brakujących dokumentów. Jednakże analiza orzecznictwa pozwala, w jego ocenie, na wniosek, że również wykonawca może samodzielnie dokonać uzupełnienia dokumentów, tj. bez wezwania Zamawiającego. Istotnym jest, aby uzupełnione dokumenty były ważne na dzień składania ofert. W analizowanym przypadku, jak wskazał Beneficjent, wykonawca samodzielnie dokonał uzupełnienia dokumentów, polisy obejmują właściwe okresy ich ważności i są opłacone przed datą składania ofert. Zdaniem Beneficjenta nie można też zarzucić wykonawcy, że ubezpieczenie obejmujące ochronę budynków podmiotu gospodarczego nie jest ubezpieczeniem w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Beneficjent powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO) z dnia 21.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1084/08), w którym Izba wskazała, że nawet jeśli w dokumencie rejestrowym wykonawca nie ma ujawnionej działalności gospodarczej będącej przedmiotem zamówienia to przedłożona polisa OC

spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do określenia pojęcia „działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia” Beneficjent odwołał się do wyroku KIO z dnia 20.08.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 808/08), w którym wskazano, iż zapis ten należy interpretować łącznie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 3 (obecnie pkt 4) pzp, gdzie jest mowa o znajdowaniu się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Jak podał Beneficjent celem tych uregulowań prawnych nie jest przecież posiadanie polisy OC na okres realizacji zamówienia i zabezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przyszłej umowy, a fakt znajdowania się w odpowiedniej kondycji ekonomicznej sprawdzonej przez ubezpieczyciela. W badanym przypadku ubezpieczyciel wydając polisy dla wykonawcy określił w poszczególnych polisach wartości, które swym podpisem gwarantuje jako zdolność ekonomiczną wykonawcy. Beneficjent dodał, iż jeśli wykonawca przedstawi w postępowaniu więcej niż jedną polisę ubezpieczeniową i dopiero po zsumowaniu podanych w nich kwot ubezpieczenia spełnia warunek wymagany w postępowaniu o udzielenie zamówienia to należy uznać, że warunek został spełniony. Tak więc w ocenie Beneficjenta wykonawca może ubezpieczyć swoją działalność, mienie w takim zakresie by ubezpieczenie chroniło różne aspekty działalności i aktywności od odpowiedzialności cywilnej. Ponadto Beneficjent zwrócił uwagę, iż zapisy Taryfikatora nie pozwalają na mechaniczne nakładanie korekty finansowej, uprzednio należy stwierdzić nieprawidłowość. W ocenie Beneficjenta nie doszło do żadnej straty finansowej w budżecie Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) na skutek realizowanego przez niego projektu, a waga ewentualnych nieprawidłowości nie jest adekwatna do 25% stawki korekty finansowej.

Następnie IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 21.01.2016 r. oraz dnia 22.02.2016 r. zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania w przedmiocie zwrotu środków. Nadto pismem z dnia 22.02.2016 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 2016 r. poz. 23 tekst jednolity).

Po dokonaniu całościowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w tym analizy wyjaśnień przedstawionych przez Gminę Przybiernów, 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. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a uzppr ustalanie i nakładanie korekt finansowych, 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 ustawy o finansach publicznych, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie 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., zwanej 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 podkreślić, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie, Wytocznych dla Wnioskodawców, Uszczegółowienia RPO WZ. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur, na podstawie których wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzanej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (zob. art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. Umowa ta określa warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane (art. 30 ust. 1 i 2

uzppr). Umowa jest zatem elementem projektu. W związku z powyższym, niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi.

W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisu pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 upf, albowiem podjął działanie niezgodne z umową o dofinansowanie, oraz niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany jest stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż 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).

Jak ustalono w trakcie czynności kontrolnych Beneficjent w postępowaniu pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego” dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców, art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp poprzez brak zamieszczenia w SIWZ opisu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz art. 41 pkt 9 pzp poprzez brak w ogłoszeniu o zamówieniu w BZP opisu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, od stwierdzenia których to naruszeń po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego organ odstępkuje, o czym mowa poniżej.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 2 pzp obowiązującym do dnia 18.10.2014 r. „kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia”. Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) zmieniono zapis cyt. powyżej artykułu. Celem nowelizacji było wyeliminowanie krytykowanych przez wiele środowisk dotychczasowych mankamentów takich jak ustalanie ceny jako wyłącznego kryterium. Dzięki nowelizacji miało nastąpić podniesienie standardów jakości realizowanych zamówień publicznych. Stosownie do obowiązującej od dnia 19.10.2014 r. zmiany art. 91 ust. 2 pzp brzmi „kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji”. Jednocześnie dodano ust. 2a zgodnie z którym „kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku Zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”. Zgodnie z brzmieniem art. 3 ustawy nowelizującej, do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy zmienianej. Postępowanie przetargowe pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego” zostało ogłoszone przez Zamawiającego w BZP dnia 11.09.2014 r. (nr ogłoszenia 194221-2014), a tym samym obowiązany był on do stosowania przepisu art. 91 ust. 2 pzp sprzed nowelizacji, przy czym należy też mieć na uwadze jaki był przedmiot postępowania przetargowego. Otóż Zamawiający oczekiwał dostawy używanego średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego wraz z wyposażeniem. W związku z wymogami zawartymi w dyrektywie 2009/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz. Urz. UE L 120/S), działając na podstawie art. 91 ust. 8 pzp (który został wprowadzony i obowiązuje od dnia 01.03.2011 r. na podstawie art. 75 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym) Prezes Rady Ministrów wydał w dniu 10.05.2011 r. rozporządzenie w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 r., Nr 96 poz. 559). Wskazane rozporządzenie – obowiązujące na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego przez Zamawiającego – określa inne niż cena obowiązkowe kryteria oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N. Stosownie do zapisu § 3 rozporządzenia w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych, kryteriami oceny

ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N są: 1) zużycie energii, 2) emisja dwutlenku węgla, 3) emisje zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów. Jednakże należy zauważyć, iż zgodnie z § 1 w/w rozporządzenia, określa ono inne niż cena obowiązkowe kryteria oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N, jednak niebędących pojazdami specjalnymi. Z uwagi na fakt, iż pojazd zakupiony w ramach projektu przez Beneficjenta stanowi pojazd specjalny, IZ RPO WZ na skutek przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego stwierdziła, iż Beneficjent nie musiał stosować dodatkowych tj. środowiskowych kryteriów oceny ofert, a tym samym odstąpiła od stwierdzonego pierwotnie naruszenia przez Beneficjenta art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2, a także związanych z nim naruszeń art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 41 pkt 9 pzp i nałożenia korekty finansowej w powyższym zakresie. W tym miejscu warto dodać, iż z ogłoszenia o zamówieniu nie wynikało jednoznacznie, iż samochód, który Beneficjent zamierza zakupić na skutek realizacji projektu ma być samochodem specjalnym, powyższe wynika co prawda z dowodu rejestracyjnego, a więc dokumentu, który pojawił się już po wyborze oferty.

W tym miejscu należy wskazać, iż jednocześnie IZ RPO WZ stwierdziła (zarówno w trakcie czynności kontrolnych, jak i postępowania administracyjnego), iż w postępowaniu pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego” doszło do naruszenia przez Beneficjenta art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Zgodnie z zapisem ust. 1 rozdziału VIII SIWZ pn. „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków wymaganych od wykonawców” o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy niewykluczeni na podstawie art. 24 pzp oraz spełniający warunki zawarte w art. 22 ust. 1 pzp, dotyczące:

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

Jak ustanowił Zamawiający w ust. 2 pkt 4 w/w rozdziału SIWZ, celem spełnienia warunku zawartego w art. 22 pzp wykonawca w zakresie wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej musi wykazać, iż:

- a) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 400 000,00 zł i
- b) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 200 000,00 zł.

Ponadto w ust. 1 pkt 4 rozdziału IX SIWZ pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 pzp” Zamawiający podał, iż w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, szczegółowo opisanych w rozdziale VIII SIWZ należy przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zauważyć należy, że przepis art. 26 ust. 3 pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny, obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu, w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Zamawiający wzywając do

uzupełnienia dokumentów, powinien jednocześnie wskazać, jakie widzi w nich braki i w jakim zakresie winny być uzupełnione.

W tym miejscu należy wskazać, iż dołączona pierwotnie, w ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, do oferty wykonawcy polisa mająca potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej opiewała na kwotę 300 000,00 zł. Jak wynika z wyjaśnień Beneficjenta (pismo z dnia 23.09.2015 r.), wykonawca, po uprzednim telefonicznym kontakcie w tej sprawie ze strony Zamawiającego (a konkretnie „reprezentującego” go ...), dokonał samodzielnego uzupełnienia oferty. W związku z dostarczeniem jeszcze tego samego dnia przez wykonawcę brakujących dokumentów w postaci dwóch polis ubezpieczeniowych na kwoty 140 000,00 zł i 70 000,00 zł, Zamawiający nie skierował do wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentacji, o której mowa w art. 25 ust. 1 pzp, w formie pisemnej.

Interpretując ściśle zapisy przywoływanego już powyżej art. 26 ust. 3 pzp należy uznać, iż samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę co do zasady jest niedopuszczalne. Obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji leży po stronie Zamawiającego, co wynika z faktu, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, on dokonuje oceny złożonych ofert i on decyduje, które z złożonych dokumentów są prawidłowe, a które wymagają uzupełnienia bądź wyjaśnienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.10.2011 r. (sygn. akt KIO 2209/11): „zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp, uzupełnienie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp może nastąpić wyłącznie na wezwanie Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym”. Kolejnym przykładem orzecznictwa w analizowanej materii jest wyrok KIO z dnia 25.03.2011 r. (sygn. akt KIO 510/11), gdzie stwierdzono, że braki dokumentów i oświadczeń dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co do zasady podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Ponieważ wykonawca formalnie nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów, lecz przedłożył je samodzielnie, zatem nie została wyczerpana procedura określona w tym przepisie. W wyroku KIO z dnia 28.07.2011 r. (sygn. akt 1521/11) wskazano, że „samodzielne uzupełnianie przez wykonawców dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp nie poprzedzone wezwaniem Zamawiającego o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne”. Według wyroku KIO z dnia 19.06.2012 r. (sygn. akt KIO 1152/12): „samodzielne uzupełnianie dokumentów nie jest przewidziane w przepisach i tym samym nie jest dopuszczalne”. W wyroku KIO z dnia 19.05.2014 r. (sygn. akt KIO 846/14) Izba uznała, że „(...) wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie powinno obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego. W ocenie Izby, z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp, nie zwalnia Zamawiającego fakt, iż odwołujący samodzielnie uzupełnił dokumenty (...). W świetle w/w przepisu jedynymi okolicznościami, które uprawniają zamawiającego do rezygnacji z obowiązku wezwania jest konieczność unieważnienia postępowania lub konieczność odrzucenia oferty odwołującego”. W wyroku KIO z dnia 21.10.2014 r. (sygn. akt 2079/14) dodano, że „samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę może być, co najwyżej poczytywane, jako wykazywanie zdolności do uzupełnienia braku i nie zwalnia Zamawiającego od zastosowania art. 26 ust. 3 pzp. Po otrzymaniu wezwania – wykonawca może wnosić o zaliczenie samodzielnie wcześniej złożonego dokumentu – jako dotyczącego danego wezwania”.

Mając na uwadze powyższe, w związku z brakiem pisemnego wezwania wykonawcy do złożenia uzupełnień w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (sytuacji ekonomicznej i finansowej) Beneficjent dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp.

W tym miejscu należy ponownie wyraźnie podkreślić, iż podmiotem, który winien wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów jest Zamawiający. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pzp to Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanym przypadku wezwanie do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 pzp wystosowało (...), z którym Gmina miała podpisaną umowę m.in. na sprawdzanie ofert pod względem formalnym. Z wyjaśnień udzielonych przez Beneficjenta (pismo z dnia 27.08.2015 r.) wynika, że (...), które otrzymało od wykonawcy dodatkowe polisy uznało, że oferta dzięki uzupełnieniu jej przez wykonawcę jest kompletna, jednak nie przekazało Gminie dodatkowych polis uznając, że wykonawca przesłał je również, a raczej przede wszystkim do Gminy i Zamawiający o nich wie. Należy dodać, że podczas przeprowadzanych w dniach 28-29.07.2015 r. czynności kontrolnych nie przedstawiono dokumentów wskazujących, że przedstawiciel (...) jest uprawniony do prowadzenia korespondencji z wykonawcami, jak również do wezwania wykonawcy do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów w imieniu Zamawiającego. Beneficjent pismem z dnia 23.09.2015 r. potwierdził, że nie posiada przedmiotowych dokumentów, a wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp dokonało (...) telefonicznie. Jednocześnie nie przedstawił dokumentów, które pozwoliłyby na uznanie, iż Zamawiający powierzył –

na podstawie art. 15 ust. 2 pzp – prowadzenie postępowania osobie trzeciej. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 9 ust. 1 pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Z uwagi na powyższe nie można uznać czynności wezwania do uzupełnienia oferty za skuteczną.

Niemniej jednak nawet gdyby uznać takie wezwanie za skuteczne (którego to poglądu organ nie podziela) to i tak dostarczone dokumenty nie potwierdziłyby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Dostarczona, na telefoniczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, przez wykonawcę polisa seria TPP nr 27487223 dotyczyła ubezpieczenia mienia od ognia i innych żywiołów dla małych i średnich przedsiębiorców (grupa A7) na sumę ubezpieczenia 140 000,00 zł (zapłata za składkę polisy nastąpiła w dniu podpisania polisy), a nie OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Wobec powyższego wykonawca (...) powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Zdaniem Beneficjenta wyrażonym w piśmie z dnia 18.12.2015 r. i 29.12.2015 r. nie można zarzucić wykonawcy, że ubezpieczenie obejmujące ochronę budynków podmiotu gospodarczego nie jest ubezpieczeniem w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Beneficjent powołał się na wyrok KIO z dnia 21.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1084/08), w którym Izba wskazała, że nawet jeśli w dokumencie rejestrowym wykonawca nie ma ujawnionej działalności gospodarczej będącej przedmiotem zamówienia to przedłożona polisa OC spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do określenia pojęcia „działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia” Beneficjent odwołał się do wyroku KIO z dnia 20.08.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 808/08), w którym wskazano, iż zapis ten należy interpretować łącznie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 3 (obecnie pkt 4) pzp, gdzie jest mowa o znajdowaniu się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Jak podał Beneficjent celem tych uregulowań prawnych nie jest posiadanie polisy OC na okres realizacji zamówienia i zabezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przyszłej umowy, a fakt znajdowania się w odpowiedniej kondycji ekonomicznej sprawdzonej przez ubezpieczyciela. W ocenie Beneficjenta wykonawca może ubezpieczyć swoją działalność, mienie w takim zakresie by ubezpieczenie chroniło różne aspekty działalności i aktywności od odpowiedzialności cywilnej. Beneficjent zwrócił również uwagę na fakt, że jeżeli wykonawca przedstawi w postępowaniu więcej niż jedną polisę ubezpieczeniową to oceny czy wymagany warunek udziału w postępowaniu został spełniony należy dokonać dopiero po zsumowaniu podanych w polisach kwot ubezpieczenia.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, iż wyrok KIO z dnia 20.08.2008 r. dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego od tego, który jest przedmiotem rozpoznania organu. W analizowanej przez KIO sprawie, Zamawiający żądał w SIWZ w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia załączenia do oferty polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Wykonawca przedłożył w tej sprawie w ofercie polisę, która wskazywała, że jest on objęty ubezpieczeniem w zakresie podstawowym: „OC związana z prowadzeniem działalności gospodarczej i posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności”, na sumę ubezpieczenia 100 000,00 zł. W ocenie KIO, wykonawca spełnił określony przez Zamawiającego wymóg dotyczący ubezpieczenia. Jak podano, załączona do oferty wykonawcy polisa stwierdzała fakt objęcia ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzeniem przez wykonawcę działalności gospodarczej. Izba zwróciła uwagę, że polski system prawny nie uzależnia prowadzenia działalności gospodarczej od ujawnienia w ewidencji działalności gospodarczej danego rodzaju działalności jeśli prowadzenie tej działalności nie wymaga uzyskania stosownych koncesji, licencji, zezwoleń. Jak podkreśliła, pzp nie daje podstaw do żądania od wykonawców, aby przedmiot ich działalności ujawniony we właściwym rejestrze (bądź ewidencji) odpowiadał przedmiotowi określonemu zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności. W świetle powyższego, jak zaznaczyła KIO, fakt niewyszczególnienia w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej działalności w zakresie budowy nawierzchni obiektów sportowych (45.23B PKD) nie oznacza, że wykonawca nie posiada uprawnień do wykonywania takiej działalności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp i pozostaje bez znaczenia z punktu oceny spełnienia przez wykonawcę wymogu złożenia wymaganej przez Zamawiającego polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia. Jak zatem wynika z powyższego trudno odnieść powyższy wyrok do stanu faktycznego w rozpatrywanej przez organ sprawie. Po pierwsze należy zauważyć, iż polisa jaką posiadał wykonawca w analizowanym wyroku była polisą związaną z prowadzeniem działalności gospodarczej (i jednocześnie posiadaniem mienia wykorzystywanego w tej działalności), z kolei wykonawca w analizowanej przez organ sprawie poza polisą na kwotę 300 000,00 zł w zakresie prowadzonej działalności przedstawił także w drodze uzupełnienia dokumentacji polisy na kwoty 70 000,00 zł oraz 140 000,00 zł, przy czym ta druga dotyczyła ubezpieczenia mienia od ognia i innych

żywiółów dla małych i średnich przedsiębiorców (grupa A7). A zatem jej zakres był zupełnie inny od tego w analizowanym wyroku KIO. Poza tym należy zwrócić uwagę, iż organ nie stawia zarzutu, iż Zamawiający przyjął ofertę wykonawcy, który nie posiada uprawnień do wykonywania określonego rodzaju działalności czy też nie ma ujawnionej tej działalności w dokumencie rejestrowym. Ponadto organ nie zaprzecza, że możliwym jest sumowanie podanych w polisach kwot ubezpieczenia i dopiero po dokonaniu tej czynności ocenianie spełnienia warunku wymaganego w postępowaniu. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający wymagał w SIWZ od wykonawcy przedstawienia polisy OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 400 000,00 zł, zaś wykonawca przedłożył polisy na łączną sumę 510 000,00 zł, przy czym polisa na kwotę 140 000,00 zł nie dotyczyła prowadzonej działalności gospodarczej, to wspomniany warunek nie został ostatecznie spełniony. Wobec powyższego jak już wskazano wcześniej wykonawca (...) powinien być przez Zamawiającego wykluczony, a jego oferta odrzucona. Zamawiający winien zakończyć postępowanie bez wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie przeprowadzić kolejne w celu wyboru wykonawcy, który będzie spełniał postawione wymogi udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu należy podkreślić, iż to inny podmiot aniżeli wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...) winien realizować zamówienie w postępowaniu pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego”. Wykonawca, o którym mowa powyżej nie spełniał w ocenie organu określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Jak już wskazywano, nie przedłożył on polisy OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na wymaganą kwotę. W związku z faktem, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęła tylko jedna oferta, która winna zostać odrzucona ze względów jak powyżej, to Zamawiający winien ponownie przeprowadzić postępowanie. W opisanym przypadku należało zakończyć postępowanie bez wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a zatem dokonać jego unieważnienia. Nie jest wykluczonym, iż w ponownie przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęłaby większa liczba ofert aniżeli jedna, a także iż oferty te byłyby korzystniejsze m.in. cenowo. Mając na uwadze powyższe działanie Beneficjenta mogło przyczynić się do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE poprzez finansowanie wydatku, który gdyby Beneficjent nie dopuścił się naruszenia pzp mógłby być niższy, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE.

Jak podkreślił TSWE (obecnie TSUE) w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 dotyczącej zaskarżonej przez Irlandię decyzji Komisji C(2003) 99 z dnia 27.02.2003 r.: „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy UE oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję”. Podobne stanowisko prezentują także polskie sądy administracyjne. NSA w wyroku z dnia 20.01.2015 r. (sygn. akt II GSK 1745/13) wskazał, że „organy orzekające o zwrocie nie muszą zatem ustalać konkretnej wielkości szkody. W większości przypadków takie ustalenie w ogóle nie byłoby możliwe, co nie oznacza, jak wyżej to już zauważono, że w sprawach takich nie zachodzą nieprawidłowości implikujące zwrot dofinansowania”. Nadto NSA w wyroku z dnia 12.02.2015 r. (sygn. akt II GSK 2470/13) wyjaśnił, iż „do zaistnienia naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie jest konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego z tym związanego, lecz jedynie zaistnienie możliwości spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej z tytułu finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, co wynika z treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Z tego względu brak jest podstaw do wymagania od instytucji zarządzającej, by poddawała ocenie rozmiary i skutki naruszenia przepisów normujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego dla finansów publicznych Unii Europejskiej w sytuacji, gdy zasadnym było posłużenie się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej”. Podobnie w wyroku z dnia 19.03.2015 r. NSA (sygn. akt II GSK 392/14) podał, że „nie może budzić wątpliwość, że szkoda (...) nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie”.

Reasumując, w wyniku przeprowadzonych czynności ustalono i nałożono korektę finansową w ramach postępowania pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego”, której wysokość została obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999994702%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia tj. umowy nr 77/2014 z dnia 02.10.2014 r. (433 714,92 zł). W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach w/w postępowania wynosi 81 321,55 zł.

Tym samym wartość środków wykorzystanych przez Beneficjenta z naruszeniem procedur wynosi 81 321,55 zł, z czego kwota 8 981,46 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, gdzie środki nie zostały jeszcze wypłacone. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków Beneficjentowi określa umowa o dofinansowanie, według której jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o odpowiednie kwoty. Podsumowując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 72 340,09 zł (81 321,55 zł – 8 981,46 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Należy dodać, iż z wytycznych MR wynika, iż ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. 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, za niekwalifikowalną część wydatku przyjmuje się kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Należy podkreślić, iż stosowanie Taryfikatora do obliczania korekt finansowych jest działaniem korzystniejszym dla Beneficjenta (opinię tę podziela także MR), bowiem w przypadku, gdyby nie zastosowano metody wskaźnikowej, wszystkie wydatki związane z dokonaniem naruszenia podlegałyby zwrotowi w pełnej wysokości.

W analizowanej sprawie wysokość powstałej na skutek powyższych naruszeń szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie o ile niższy byłby wkład UE gdyby Beneficjent nie dopuścił się naruszenia pzp. Nie sposób wycenić o ile niższe byłyby oferty wykonawców, którzy przystąpiliby do kolejnego ogłoszonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, tj. ogłoszonego po unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania ogłoszonego dnia 11.09.2014 r. (nr ogłoszenia w BZP 194221-2014), której to czynności jak już wskazywano Zamawiający winien w zaistniałym stanie faktycznym dokonać.

Należy jeszcze dodać, iż Beneficjent w pismach z dnia 18.12.2015 r. i 29.12.2015 r. zwrócił uwagę, iż zapisy Taryfikatora nie pozwalają na mechaniczne nakładanie korekty finansowej, uprzednio należy stwierdzić nieprawidłowość. W ocenie Beneficjenta nie doszło do żadnej straty finansowej w budżecie UE na skutek realizowanego przez niego projektu, a waga ewentualnych nieprawidłowości nie jest adekwatna do 25% stawki korekty finansowej.

W tym miejscu należy wskazać, iż organ rozważył również w niniejszej sprawie możliwość obniżenia korekty finansowej. Zgodnie z zapisami Taryfikatora, przedstawione w jego tabelach 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. Wskaźniki procentowe nie mogą być obniżane w przypadku kategorii, dla których wskazano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżania. Obniżenie korekty powinno być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie w odniesieniu do konkretnego zamówienia.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy należy wskazać, iż w przypadku stwierdzonego w ramach postępowania przetargowego pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego” naruszenia art. 26 ust. 3 pzp Taryfikator podaje wskaźnik korekty na poziomie 25% z możliwością obniżenia stawki procentowej do 10% lub 5% w zależności od wagi nieprawidłowości. Organ rozważył w tej sytuacji możliwość obniżenia korekty finansowej, lecz mając na uwadze, iż działanie Beneficjenta doprowadziło do wyboru oferty, która winna zostać odrzucona stwierdził, że obniżenie takie będzie niezasadne i tym samym uznał za właściwe ustalenie i nałożenie korekty finansowej w postępowaniu pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego” w oparciu o wskaźnik na poziomie 25%. Zamawiający winien zakończyć postępowanie przetargowe bez wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Wspomniane postępowanie należało unieważnić, a następnie przeprowadzić ponowne postępowanie w toku którego wybrany zostałby podmiot spełniający warunki udziału w postępowaniu. Przy tym niewykluczonym jest, iż w

ponownie przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia więcej podmiotów złożyłoby swoje oferty, w tym korzystniejsze m.in. cenowo, co pozwoliłoby na niższy wkład finansowy z budżetu UE.

Reasumując, IZ RPO WZ w trakcie trwania czynności kontrolnych ustaliła, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 41 pkt 9 i art. 26 ust. 3 pzp w ramach postępowania pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego”, a w związku z tym nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości i w oparciu o zapisy Taryfikatora ustalono wysokość korekty finansowej. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Należy podkreślić, iż IZ RPO WZ w toku prowadzonego postępowania administracyjnego była zobowiązana zweryfikować zasadność stwierdzenia korekty finansowej i jej wysokość, co też uczyniono i wyniku przeprowadzonej analizy całokształtu materiału dowodowego, w tym wyjaśnień Strony z dnia 18.12.2015 r. i 29.12.2015 r. potwierdzono naruszenie przez Beneficjenta jedynie art. 26 ust. 3 pzp w ramach postępowania pn. „Zakup specjalistycznego sprzętu ratowniczo-gaśniczego dla OSP w Przybiernowie, w tym średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego”, mogące prowadzić do wystąpienia szkody w budżecie UE, a więc wystąpienie nieprawidłowości w projekcie. Od stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 oraz związanych z nim naruszeń art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 41 pkt 9 pzp, a tym samym nałożenia w tym zakresie korekty finansowej odstąpiono, przy czym nie wpłynęło to na łączną kwotę do zwrotu określoną niniejszą decyzją, gdyż jak już wskazywano w przypadku naruszenia art. 26 ust. 3 pzp Taryfikator przewiduje wskaźnik korekty finansowej na poziomie 25%.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyniki czynności kontrolnych, jak również korespondencję z Beneficjentem, właściwym jest wskazanie, iż doszło do naruszenia przepisu pzp, a tym samym procedur obowiązujących w ramach RPO WZ. W związku z tym, że zaszły przesłanki, o których mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, a Beneficjent nie dokonał zwrotu środków wskazanych w skierowanym do niego wezwaniu do zwrotu, koniecznym stało się wydanie niniejszej decyzji administracyjnej.

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

### **Pouczenie**

Od niniejszej decyzji nie służy odwołanie, jednakże Strona 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.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) Gmina Przybiernów  
ul. Cisowa 3  
72-110 Przybiernów
- 2) a/a



