

Załącznik do uchwały nr 1645/20  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 08 grudnia 2020 r.

Adresat  
**Ochotnicza Straż Pożarna w Baniach**  
**P. Ś. F.**  
**(...) B.**

Sygnatura  
WWRPO.VIII.3162.32.2020.MW

## **DECYZJA**

**Nr WWRPO/2014-2020/23/W/2020** podjęta w dniu 08 grudnia 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

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

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a) ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 t. j.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.) 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 2020 r., poz. 1668 t. j.) Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego

### **orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – Ochotniczej Straży Pożarnej w Baniach, części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.03.04.00-32-C008/18-00, zawartej w Pyrzycach w dniu 01 lipca 2019 r. na realizację projektu pn. „Zakup ciężkiego samochodu ratowniczo – gaśniczego z napędem 4x4 oraz innowacyjnego wyposażenia dla OSP Banie w celu zapobiegania zagrożeniom wynikającym ze zmian klimatu”, w kwocie 80 111,14 zł (słownie: osiemdziesiąt tysięcy sto jedenaście złotych 14/100) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonych od dnia 29 listopada 2019 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej, na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 70 1020 4795 0000 9002 0300 8372, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu zwrot części środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej

płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

### **Uzasadnienie**

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. 2020 r. poz. 818 t.j., dalej ustawa wdrożeniowa) pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwany dalej: IZ RPO WZ) do zadań, której należy m.in. prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów – w przypadku krajowego albo regionalnego programu operacyjnego; nakładanie korekt finansowych; odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm., dalej ufp) albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań oraz decyzji o zapłacie odsetek, o których mowa odpowiednio w art. 207 ust. 9 i art. 189 ust. 3b ufp.

W dniu 01 lipca 2019 r. Ochotnicza Straż Pożarna w Baniach (zwana dalej Beneficjentem lub Zamawiającym) zawarła z IZ RPO WZ umowę o dofinansowanie nr RPZP.03.04.00-32-C008/18-00 (zwana dalej Umową) na realizację projektu pn. „Zakup ciężkiego samochodu ratowniczo – gaśniczego z napędem 4x4 oraz innowacyjnego wyposażenia dla OSP Banie w celu zapobiegania zagrożeniom wynikającym ze zmian klimatu” (zwanego dalej Projektem lub Zamówieniem), Oś Priorytetowa 3 Ochrona środowiska i adaptacja klimatu do zmian, Działanie 3.4 Adaptacja do zmian klimatu. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ został zawarty aneks do Umowy nr RPZP.03.04.00-32-C008/18-01 z dnia 01 lipca 2019 r., oraz aneks nr RPZP.03.04.00-32-C008/18-02 z dnia 06 grudnia 2019 r., na mocy którego zmieniony został zapis § 2 ust. 4 pkt 1 Umowy i wysokość przyznanej przez IZ RPO WZ Beneficjentowi na realizację Projektu kwoty dofinansowania, która wyniosła 877 793,30 zł i stanowiła nie więcej niż 83,9995188125 % wydatków kwalifikowalnych. Natomiast całkowitą wartość Projektu ustalono na kwotę 1 084 278,01 zł i tym samym zmieniono zapis § 2 ust. 7 Umowy.

W ramach przedmiotowej Umowy określone zostały szczegółowe zasady dofinansowania Projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami Umowy zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację Projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasad optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, Regulaminem konkursu dla projektów w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020, Oś Priorytetowa 3 Ochrona środowiska i adaptacja klimatu do zmian, Działanie 3.4 Adaptacja do zmian klimatu (zwany dalej Regulaminem naboru), wytycznymi oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu, a także osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 3 Umowy). Jednocześnie Beneficjent na podstawie § 17 ust. 3 Umowy miał obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z procedurami określonymi w „Zasadach w zakresie udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020” wersja 6.1 (zwanym dalej Zasadami), stanowiących załącznik nr 9 do Umowy, które następnie zostały zmienione mocą aneksu do Umowy nr RPZP.03.04.00-32-C008/18-02 z dnia 06 grudnia 2019 r. na „Zasady w zakresie udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020” w wersji 7.0. Z kolei w myśl ust. 6 przywołanej wyżej regulacji, szczegółowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a także pozostałe warunki i procedury określają m.in. przepisy

ustawy wdrożeniowej, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018, poz.1986, t.j. ze zm., w brzmieniu z daty wszczęcia postępowania przetargowego przez Zamawiającego, dalej jako pzp), Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 (zwane dalej Wytycznymi) oraz Zasady.

Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt. 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 16 Umowy, w dniu 24 kwietnia 2020 r. w siedzibie IZ RPO WZ na dokumentach przeprowadzono kontrolę doraźną Projektu. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r. ze zm., dalej jako Rozporządzenie nr 1303/2013).

Zespół kontrolujący dokonał weryfikacji prawidłowości przeprowadzonego postępowania przetargowego pn. „Zakup ciężkiego samochodu ratowniczo – gaśniczego z napędem 4x4 oraz innowacyjnego wyposażenia dla OSP Banie w celu zapobiegania zagrożeniom wynikającym ze zmian klimatu” (zwanego dalej postępowaniem przetargowym).

W trakcie weryfikacji dokumentów dotyczących postępowania przetargowego, stwierdzono naruszenie przepisów pzp, tj.:

1. art. 10a ust. 5 pzp który stanowi, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a pzp, w tym oświadczenie składane na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (zwane dalej JEDZ), sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tymczasem Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ) w Rozdziale VI „Oświadczenia i dokumenty składające się na ofertę” wskazał, że wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien złożyć formularz JEDZ w formie papierowej. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (Dz.U. z 2018, poz. 971, t.j., dalej jako Rozporządzenie w sprawie korekt finansowych) wraz z załącznikiem – Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych (w brzmieniu nadanym mu Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającym rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia Dz. U z 2017, poz. 615, zwanym dalej Taryfikator), za naruszenie w zakresie braku pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zawarcia umowy koncesji, kryteriach kwalifikacji, kryteriach selekcji, fakultatywnych podstawach wykluczenia z postępowania lub kryteriach oceny ofert (punkt 11 Taryfikatora jako najbliższy rodzajowo stwierdzonej nieprawidłowości) poprzez naruszenie art. 41 pkt 7a pzp polegające na nieumieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu przekazanym do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej (dalej jako UPUE) wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz art. 36 ust. 1 pkt 10 pzp polegające na niezamieszczeniu w SIWZ, wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – nakłada się korektę finansową w wysokości 25%, z możliwością obniżenia do wysokości 10% albo 5%. Za powyższe naruszenie IZ RPO WZ nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 25%,
2. art. 42 ust 1 pzp polegające na niedostępności SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień

Publicznych (dalej jako BZP) albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej jako Dz. Urz. UE) do upływu terminu składania ofert. Ogłoszenie o zamówieniu Nr 2019/S 153-376542 zostało przesłane przez Beneficjenta do UPUE w dniu 06 sierpnia 2019 r., a opublikowane w dniu 09 sierpnia 2019 r. Natomiast SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 06 sierpnia 2019 r., tj. 3 dni przed opublikowaniem ogłoszenia w Dz. Urz. UE. Zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie korekt finansowych za naruszenie polegające na niedopełnieniu obowiązków związanych z udostępnianiem dokumentów zamówienia lub dokumentów koncesji (punkt 18 Taryfikatora) poprzez naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy pzp polegające na nieudostępnieniu SIWZ na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu, ww. Rozporządzenie przewiduje korektę w wysokości 25% z możliwością obniżenia do wysokości 10% albo 5%. Za powyższe naruszenie IZ RPO WZ nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 25%,

3. art. 26 ust. 1 pzp poprzez brak wezwania przez Zamawiającego przed udzieleniem Zamówienia wykonawcy, w przypadku kontrolowanego postępowania firmę W. I. Spółka z o.o. sp. k., do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. W ramach kontrolowanej dokumentacji nie zamieszczono wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w SIWZ, w rozdziale VI „Oświadczenia i dokumenty składające się na ofertę”. Powyższe uniemożliwiło zweryfikowanie kiedy wykonawca został wezwany do złożenia uzupełnień, ani też kiedy złożył wymagane oświadczenia i dokumenty. Wobec powyższego stwierdzono wystąpienie naruszenia skutkującego nałożeniem korekty finansowej zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie korekt finansowych za naruszenie w zakresie dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia (punkt 26 Taryfikatora) poprzez naruszenie art. 96 pzp polegające na dokumentowaniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób uniemożliwiający zapewnienie właściwej ścieżki audytu, ww. Rozporządzenie przewiduje korektę w wysokości 25% z możliwością obniżoną do wysokości 10% albo 5%. Za powyższe naruszenie IZ RPO WZ nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 25%,
4. Zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania niezbędnego doświadczenia (w zakresie warunków odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców) przewidział, iż wykonawca spełni powyższy warunek, jeśli wykonał należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostawę co najmniej dwóch ciężkich samochodów pożarniczych. Zamawiający dalej określił, że dopuszcza spełnienie warunku w ramach jednej lub kilku dostaw. Zamawiający ustalił, że celem potwierdzenia tego warunku wykonawca powinien przedłożyć wykaz dostaw wykonanych – zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ. W ramach badanej dokumentacji Beneficjent nie przedstawił wymaganego załącznika do SIWZ, który powinna złożyć w swojej ofercie firma W. I. Sp. z o.o. sp.k. Tym samym wykonawca wybrany w ramach postępowania nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie korekt finansowych za naruszenie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty (punkt 24 Taryfikatora) poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pzp polegające wyborze oferty jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu, ww. Rozporządzenie przewiduje korektę w wysokości 25% z możliwością jej obniżoną do poziomu 10% albo 5%. Za powyższe naruszenie IZ RPO WZ nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 25%,
5. Zamawiający w SIWZ nie zamieścił informacji na temat składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wykonawcy złożyli oferty w kopercie w formie papierowej osobiście w dniu 11 września 2019 r. Powyższe pozostawało w sprzeczności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w tym z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U z 2020 r., poz. 344 t. j. ze zm), zgodnie z którym środkami komunikacji elektronicznej są rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami

teleinformatycznymi, a w szczególności pocztą elektroniczną. Zamawiający powinien umożliwić wykonawcy złożenie oferty w sposób zgodny z powyższą ustawą. Jeśli nie dopełnia tego obowiązku, to mamy wówczas do czynienia z ofertą sprzeczną z przepisami prawa, tj. zapisami pzp. W związku z powyższym Zamawiający powinien odrzucić oferty wykonawców z postępowania w związku ze złożeniem ofert niezgodnych z zapisami wnikającymi z pzp. Zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie korekt finansowych za naruszenie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty (pozycja 24 Taryfikatora) poprzez naruszenie art. 89 ust. 1 pzp polegające na wyborze oferty jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu, ww. Rozporządzenie przewiduje korektę w wysokości 25% z możliwością jej obniżenia do poziomu 10% albo 5%. Za powyższe naruszenie IZ RPO WZ nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 25%.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, zgodnie z § 9 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych, w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych, wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu, a dla wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości. W związku z tym na Beneficjenta nałożona została korekta finansowa w wysokości 25%.

Powyższe ustalenia przedstawiono w protokole pokontrolnym z dnia 22 maja 2020 r.

Beneficjent pismem z dnia 10 czerwca 2020 r. wniósł zastrzeżenia do protokołu z przeprowadzonej kontroli. W przedmiotowym piśmie Beneficjent odniósł się do każdego z naruszeń stwierdzonych w trakcie kontroli. Odnośnie pierwszego z nich wyjaśnił, iż formułując zapisy SIWZ bazował na wiedzy, że wprowadzenie elektronizacji zamówień w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zostało przesunięte do końca 2019 roku, tj. do czasu pełnego wdrożenia modelu docelowego zakładającego istnienie centralnej Platformy e-Zamówień, w którą zintegrowane są Portale e-Usług. Dalej Beneficjent wskazał, że opracowanie SIWZ oraz prowadzenie postępowania w formie papierowej oparte zostało na przepisach obowiązujących w 2018 roku i było na tamten moment akceptowalne przez jednostkę Beneficjenta, jako Zamawiającego, jak również przez obydwie firmy zainteresowane udziałem w postępowaniu przetargowym na dostawę wozu strażackiego. Wobec powyższego, zdaniem Beneficjenta, niekorzystanie z postaci czysto elektronicznej i niestosowanie kwalifikowanych podpisów elektronicznych nie miało wpływu na przebieg i wynik postępowania przetargowego na dostawę samochodu. Odnośnie drugiego naruszenia pzp w toku postępowania przetargowego Beneficjent wskazał, że różnica w terminach pomiędzy datą publikacji w Dz. Urz. UE a datą publikacji na stronie internetowej Zamawiającego wynikała ze zwykłej niewiedzy, że Dz. Urz. UE nie opublikuje ogłoszenia w tym samym dniu, kiedy nastąpiło wypełnienie elektronicznego formularza i przesłanie go do urzędu. Beneficjent zwrócił jednocześnie uwagę, że zachowana została kolejność działań, tj. w pierwszej kolejności wypełniony został formularz w Dzienniku Urzędowym, następnie ogłoszenie o zamówieniu trafiło na stronę internetową jednostki Beneficjenta i na Biuletyn Informacji Publicznej Gminy Banie, gdzie zostały umieszczone pliki do pobrania. Powyższe nieświadome działanie w ocenie Zamawiającego nie utrudniało wykonawcom zagranicznym przystąpienia do niniejszego postępowania przetargowego tym bardziej, że w czasie jego trwania nie zgłosiła się do Beneficjenta z pytaniami żadna firma zagraniczna. Wobec tego Beneficjent podniósł, że różnica w datach publikacji nie miała żadnego wpływu na przebieg i wynik postępowania przetargowego. W kwestii trzeciego z naruszeń, Beneficjent wraz z pismem z dnia 10 czerwca 2019 r. dostarczył wezwanie do przedstawienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp razem z potwierdzeniem otrzymania go przez wybranego wykonawcę, tj. W. I. Spółka z o.o. sp.k. Podobnie co do naruszenia opisanego w punkcie 4 niniejszej decyzji, w ramach wyjaśnień do pisma z dnia 10 czerwca 2019 r. Beneficjent załączył poprawny wykaz dostaw wykonanych – zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ, sporządzony przez wybranego wykonawcę. Końcowo, odnosząc się do ostatniego zastrzeżenia sformułowanego w trakcie kontroli Beneficjent wyjaśnił, że niezamieszczenie informacji w SIWZ na temat składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wynikało z jego niewiedzy. Żadna jednak z dwóch zainteresowanych firm (W. I. Sp. z o.o. sp.k. oraz Sz. P. S. Sp. z o.o.) nie zapytała ani razu o taką możliwość. Obydwie firmy tłumaczyły w toku postępowania przetargowego, że dokumenty zostaną dostarczone w formie papierowej w kopercie. Zdaniem

Beneficjenta brak zapisów o ofertach przy użyciu środków komunikacji elektronicznej nie ograniczyło w żaden sposób konkurencji, bo więcej firm chętnych do udziału w postępowaniu przetargowym nie było. W związku ze sformułowanymi wyjaśnieniami Beneficjent wniósł o zakwalifikowanie stwierdzonych przez IZ RPO WZ uchybień na naruszenia formalne, niemające wpływu na przebieg i wynik postępowania przetargowego.

Po analizie zastrzeżeń Beneficjenta, pismem z dnia 30 czerwca 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała go o odstąpieniu od wykazania naruszenia w kwestii braku wezwania wykonawcy – firmy W. I. Spółka z o.o. sp.k. do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp oraz braku przedstawienia przez wybranego wykonawcę wykazu dostaw wykonanych w okresie wskazanym w ogłoszeniu o Zamówieniu – zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ, wobec uzupełnienia przedmiotowej dokumentacji poprzez załączenie jej do ww. pisma przez Beneficjenta. Odnośnie pozostałych naruszeń IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o podtrzymaniu swojego stanowiska w sprawie.

W wyniku stwierdzonych nieprawidłowości, IZ RPO WZ pismem z dnia 13 lipca 2020 r. (doręczonym w dniu 17 lipca 2020 r.) wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 80 111,14 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, w terminie 14 dni od otrzymania pisma. Jednocześnie poinformowano Beneficjenta, że pierwotnie zaakceptowana, wnioskowana kwota do wypłaty ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.03.04.00-32-C008/18-002, zostanie pomniejszona o kwotę korekty finansowej w wysokości 130 051,36 zł nałożonej na wydatki, dla których dofinansowanie nie zostało jeszcze wypłacone. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 8 ufp w przypadku stwierdzenia, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie do zwrotu Beneficjent pismem z dnia 31 lipca 2020 r. wskazał, że nie jest w stanie zapłacić kwoty z wezwania, albowiem nie dysponuje on tak wysokim budżetem. Wyjaśnił dalej, że podstawowym źródłem finansowania jednostki Beneficjenta są środki przekazywane przez Gminę i wniósł o ponowne przeanalizowanie jego sytuacji.

Wobec bezskutecznego upływu terminu wskazanego w wezwaniu do zapłaty, w dniu 05 sierpnia 2020 r. IZ RPO WZ wszczęła wobec Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych na podstawie Umowy w związku z wykorzystaniem ich z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanego dalej RPO WZ). Jednocześnie pismem tym Beneficjent został pouczone, w związku z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 491), iż wobec wejścia w życie ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694, zwana dalej Ustawą COVID-19), na mocy art. 19 terminy określone w art. 35 § 3 kpa na załatwienie sprawy ulegają przedłużeniu o 3 miesiące, przepisów art. 36-38 kpa (dotyczących m.in. obowiązku organu po upływie terminu załatwienia sprawy administracyjnej, a także ponaglenia) nie stosuje się. W oparciu o art. 20 ust. 1-2 Ustawy COVID-19, w przypadku, o którym mowa w art. 19, istnieje możliwość zawieszenia postępowania na uzasadniony wniosek Strony, jednak nie dłużej niż na 180 dni, przy czym za okres od dnia wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania do dnia doręczenia postanowienia o podjęciu zawieszzonego postępowania nie nalicza się odsetek. Organ poinformował również Beneficjenta o treści art. 15zzzzzz ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 poz. 374, zwana dalej: Specustawą), zgodnie z którym w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, w szczególności, gdy urząd administracji obsługujący organ administracji publicznej wykonuje zadania w sposób wyłączający bezpośrednią obsługę interesantów, organ administracji publicznej:

- 1) może odstąpić od zasady określonej w art. 10 § 1 kpa (zasada czynnego udziału Strony) także w przypadku, gdy wszystkie Strony zrzekły się swego prawa;

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

IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 19 listopada 2020 r. przedłużyła prowadzone postępowanie administracyjnie do dnia 5 stycznia 2021 r.

Pismem z dnia 19 listopada 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 t.j. ze zm., dalej: kpa).

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie, umowy o dofinansowanie wraz z aneksami, wynikami kontroli, wyjaśnieniami Beneficjenta) oraz pełnej analizy stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

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

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

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

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

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

Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 184 ufp należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami niemającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez Beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym Beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego i składa się na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, należy uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 184 ufp o „innych procedurach” obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 207 ust. 1 pkt

2 ufp byłoby w ogóle wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, zwanego dalej: NSA, z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt II GSK 197/16). Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny (dalej: WSA) w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które Beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Również w literaturze zwrócono uwagę, iż pojęcie procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu powinno być rozumiane szeroko. Przykładowo jak wskazał Zbigniew Ofiarski w komentarzu „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, wyd. WKP 2019: „(...) inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków europejskich mogą wynikać nie tylko z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, lecz także mogą być kreowane przez specyficzne akty, stanowiące element umowy zawartej z Beneficjentem (...)”.

Wskazać należy, że zgodnie z zapisami § 17 ust. 6 Umowy, Beneficjent zobowiązany był do przestrzegania szczegółowych zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenia Zamówienia, a także pozostałych warunków i procedur określonych m.in. przez przepisy pzp. W niniejszej sprawie Beneficjent udzielał Zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Z uwagi na wartość udzielanego Zamówienia, postępowanie podlegało reżimowi przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp (tzw. postępowanie unijne). W okolicznościach niniejszej sprawy Beneficjent nie przygotował i nie przeprowadził postępowania przetargowego z poszanowaniem reguł właściwych dla wskazanego trybu procedury o udzielenie zamówienia publicznego, a dokładniej w zakresie realizacji obowiązku elektronicznej zamawiania zamówień publicznych.

Precyzując powyższe tytułem wstępu zwrócić należy uwagę, że w związku z implementacją Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L nr 94, str. 65, dalej jako dyrektywa 2014/24/UE) polski ustawodawca został zobligowany do przeniesienia na grunt prawa krajowego unijnych zasad regulujących kwestie elektronicznej zamawiania zamówień publicznych. Od 2018 r. sukcesywnie tradycyjna forma postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zastępowana przez formę elektroniczną. Od 18 października 2018 r. pełną elektroniczną są objęte postępowania, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w treści przepisów wydanych zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 8 pzp. W niniejszej sprawie wszczęcie postępowania przetargowego nastąpiło w dniu 09 sierpnia 2019 r., tj. w momencie opublikowania ogłoszenia o Zamówieniu w Dz. Urz. UE. Beneficjent zobowiązany był zatem do umożliwienia wykonawcom uczestnictwa w procedurze przetargowej za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Jedynie marginalnie organ zwraca uwagę w tym miejscu – jednocześnie w ten sposób odnosząc się do argumentacji Beneficjenta zawartej w piśmie z dnia 10 czerwca 2020 r., gdzie wskazywał on na przeświadczenie, że elektroniczna zamawiania zamówień publicznych została przesunięta do końca 2019 r. – że do pozostałych postępowań przetargowych o mniejszej wartości, aniżeli kwoty określone w treści przepisów wydanych zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 8 pzp, czyli w stosunku do tzw. postępowań krajowych, elektroniczna zamawiania docelowo ma być stosowana od stycznia 2021 r.

Wspomniany obowiązek po stronie Zamawiającego, tj. przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego z uwzględnieniem wymogu jego elektronicznej zamawiania, znajduje uszczegółowienie w odpowiednich przepisach pzp. I tak, zgodnie z art. 10a ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wskazany przepis w ust. 5 stanowi dalej, że oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym

jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W art. 25a ust. 1 pzp mowa jest o aktualnym na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wykonawca dołącza do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Informacje zawarte we wskazanym oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także że spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 pzp. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu (art. 25a ust.2 pzp).

Powyższe uregulowania są odzwierciedleniem postulatu pełnej elektronicznej komunikacji między zamawiającym a wykonawcom i to na każdym etapie postępowania, łącznie ze składaniem elektronicznych ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie Beneficjent omawiany wymóg elektronizacji postępowania naruszył w dwojaki sposób.

Po pierwsze, jak zostało to ustalone w trakcie kontroli, w SIWZ w Rozdziale VI „Oświadczenia i dokumenty składające się na ofertę” Zamawiający wskazał, że wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien złożyć formularz JEDZ w formie papierowej. Nie budzi natomiast wątpliwości, w świetle przywołanego powyżej art. 10a ust. 5 pzp, że JEDZ powinien być sporządzony w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zaś niedochowanie ww. wymogów skutkuje jego nieważnością. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ustawodawca w art. 10a ust. 5 pzp przesądził, iż oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia z art. 25 a, w tym jednolity dokument muszą być „sporządzone” w postaci elektronicznej. Analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że dokumenty i oświadczenia wymienione w tym przepisie, a więc i oferta nie mogą być sporządzone w formie papierowej. Tymczasem Zamawiający w SIWZ w Rozdziale XI „Opis sposobu przygotowania ofert” wskazał, że ofertę należy sporządzić w języku polskim w zachowaniu formy pisemnej pod rygorem nieważności. Przewidziany zatem przez Beneficjenta sposób przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu, włącznie z wymaganiami dotyczącymi dokumentu JEDZ, zostały określone w sposób sprzeczny z przepisami prawa, tj. pzp. Sporządzenie oferty, a dalej dokumentów koniecznych do złożenia wraz z nią (w rozpatrywanej sprawie JEDZ) w formie niezgodnej z wymogami przewidzianymi ustawą pzp, należy uznać za niezgodność oferty z ustawą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, co z kolei powinno skutkować koniecznością jej odrzucenia na tej podstawie. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający zawarł umowę, a tym samym udzielił Zamówienia wybranemu wykonawcy, który ofertę wraz z JEDZ złożył w formie papierowej, a więc w formie sprzecznej z przepisami pzp. Organ wskazuje, że dla skutecznego złożenia oferty w ustalonym stanie rzeczy, winna mieć ona postać elektroniczną, opatrzoną kwalifikowanym podpisem, podobnie jak dokument JEDZ, która to forma została zastrzeżona przez ustawodawcę *ad solemnitatem*. Zamawiający nie zadbał zatem o to, aby prawidłowo przygotować przetarg, w sposób umożliwiający wszystkim uczestnikom prawidłowe złożenie ofert, tj. w formie przewidzianej przez obowiązujące przepisy prawa.

Potwierdzeniem powyższej tezy, jest drugie uchybienie Zamawiającego, w zakresie komentowanego postulatu elektronizacji postępowań przetargowych. Mianowicie, Beneficjent w ramach prowadzonego postępowania przetargowego zastosował niewłaściwe, a przez to dyskryminujące środki komunikacji z wykonawcami, poprzez brak zamieszczenia w SIWZ informacji odnośnie możliwości składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wykonawcy, zainteresowani przedmiotowym Zamówieniem, złożyli oferty w kopercie osobiście w dniu 11 września 2019 r. Przytoczyć należy w tym miejscu przepis art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, który stawowi, że środkami komunikacji elektronicznej są rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną. Uszczegółowieniem powyższych reguł na gruncie pzp są zapisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1261 t. j. ze zm). Zgodnie z § 2 ust. 1 przywołanego rozporządzenia, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu lub w SIWZ albo w innym dokumencie rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia środki komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wraz z wymaganiami technicznymi i organizacyjnymi wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy ich użyciu.

Przenosząc powyższe regulacje prawne na grunt niniejszej sprawy organ wskazuje, że Zamawiający zobowiązany był do ukształtowania wszczętego postępowania przetargowego w taki sposób, aby umożliwić wykonawcom złożenie oferty w sposób przewidziany przez obowiązujące przepisy prawa, tj. za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Informacji powyższych Beneficjent nie zamieścił w SIWZ opracowanej na potrzeby przeprowadzanej procedury przetargowej. Wszystkie oferty, które zostały złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o Zamówieniu w związku ze wszczętym przez Beneficjenta postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zostały złożone w sposób oraz w formie sprzecznej z przepisami ustawy pzp. Konsekwencją takiego stanu rzeczy, powinno być – na co zwrócono już uprzednio uwagę – odrzucenie złożonych ofert, jako niezgodnych z ustawą. Organ zwraca uwagę, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający postąpił przeciwnie i udzielił Zamówienia wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. W ten sposób Beneficjent naruszył jednocześnie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna z ustawą, co w dalszej kolejności spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz zasady, w myśl której zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp (art. 7 ust. 1 i 3 pzp). Nie jest bowiem zgodne z procedurą udzielania zamówień publicznych nieodrzućenie oferty w przypadku, gdy zachodzi któraś z przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 pzp.

Wskazania wymaga, że obydwie z omówionych powyżej uchybień po stronie Zamawiającego, tj. co do uniemożliwienia wykonawcom złożenia oferty w rozpatrywanym postępowaniu przetargowym za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, przy jednoczesnym zastrzeżeniu składania ofert i dokumentu JEDZ w formie papierowej, a więc sprzecznej z przepisami pzp, interpretować należy łącznie jako uszczegóławiające zasady partycypacji w przetargu za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Natomiast głównym celem elektronizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych, który wyrażony został w motywie 52 preambuły dyrektywy 2014/24/UE było założenie, że elektroniczne środki informacji i komunikacji poprawią skuteczność procesu udzielania zamówień i zwiększą one możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień.

Mając na uwadze powyższe organ stwierdza, że wskazane powyżej nieprawidłowe zachowania Zamawiającego, dalekie od realizacji przywołanych postulatów, stanowiły uchybienia mające wpływ na przebieg i wynik prowadzonego postępowania przetargowego. Brak zapewnienia przez Zamawiającego możliwości składania ofert w formie elektronicznej, mógł spowodować zawężenie kręgu podmiotów zainteresowanych Zamówieniem. Gdyby bowiem przedmiotowa forma składania ofert została przewidziana przez Beneficjenta, tj. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, to krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców mógłby być szerszy, co w szczególności dotyczy wykonawców zagranicznych. Wówczas, decyzję o złożeniu oferty mógł podjąć podmiot z zagranicy, a jego oferta mogłaby być korzystniejsza, niż oferta podmiotu wybranego ostatecznie przez Zamawiającego. Nie zasługują przy tym na uwzględnienie argumenty Beneficjenta przedstawione w piśmie z dnia 10 czerwca 2020 r., a sprowadzające się do wskazania, że dwie zainteresowane Zamówieniem firmy oświadczyły, że dokumenty wymagane w postępowaniu przetargowym zostaną dostarczone do Zamawiającego w formie papierowej w kopercie, zaś więcej chętnych podmiotów do udziału w postępowaniu nie było, w związku z czym brak zapisów o możliwości złożenia oferty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej nie ograniczało w żaden sposób konkurencji. Zdaniem organu zaprezentowany przez Beneficjenta tok myślowy nie pozwala na stwierdzenie ponad wszelką wątpliwość, że oferta przez podmiot zagraniczny nie mogłaby i nie zostałaby złożona w rozpatrywanym postępowaniu przetargowym. Podobnie jak nie można stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że do udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym nie zgłosiłby inny podmiot krajowy. Swoim zachowaniem Zamawiający pozbawił potencjalnych wykonawców możliwości

uczestnictwa w postępowaniu i w ten sposób naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Nie sposób w związku z tym komentowanych nieprawidłowości uznać za mające wyłącznie charakter formalny, jak feruje Beneficjent. Po raz kolejny organ zwraca uwagę, że sposób przeprowadzenia postępowania przetargowego przez Zamawiającego, był sprzeczny z dyspozycją przepisu art. 7 ust. 3 pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 7 ust. 3 pzp odsyła do innych przepisów ustawy pzp, jednocześnie wyraźnie wskazując, że niezgodność procedury udzielenia zamówienia z jakimkolwiek przepisem dotyczącym procesu wyboru wykonawcy, skutkuje zakazem udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Dowodzi tego zwłaszcza użycie w przepisie słowa „wyłącznie”, które zawęża możliwość wyboru wykonawcy jedynie do takiego, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, tym samym wyłączając możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jakimkolwiek przepisem ustawy mającym wpływ na wybór oferty.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy organ wskazuje, że Beneficjent nie zadbał o to, aby prawidłowo przygotować rozpatrywane postępowanie przetargowe, w sposób umożliwiający wszystkim zainteresowanym Zamówieniem wykonawcom złożenie ofert, albowiem nie przewidział w zakresie komunikacji z wykonawcami możliwości składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Natomiast podmiotom już uczestniczącym w przetargu, Zamawiający uniemożliwił prawidłowe złożenie ofert formułując wymóg, ażeby oferta wraz z JEDZ zostały złożone w formie papierowej. Z całą mocą po raz wtóry należy zwrócić uwagę, że ustawodawca wyraźnie wskazał, iż ujawnienie woli wykonawcy, będącej ofertą, odbywa się w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zaś niezachowanie wskazanej formy powoduje nieważność czynności prawnej. Oznacza to, że oferta bez postaci elektronicznej i bez podpisu kwalifikowanego jest nieważna – nie stanowi bowiem prawnie dopuszczalnej formy wyrażenia woli wykonawcy. W postępowaniu przetargowym będącym przedmiotem niniejszej sprawy wpłynęły dwie oferty, obydwie w formie papierowej, a ostatecznie z firmą W. I. Sp. z o.o. sp.k. Zamawiający zawarł umowę. Zamawiający naruszył w ten sposób art. 7 ust. 3 pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór był niezgodny z przepisami pzp, tj. art. 10a ust. 1 i ust. 5 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp. Tym samym zamawiający naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i naruszył jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień. Nakaz ten bowiem sformułowany został w dziale I rozdziale 2 ustawy pzp, który zawiera zasady udzielania zamówień, tj. podstawowe i zasadnicze reguły, które stanowią wytyczne co do interpretacji pozostałych przepisów ustawy pzp i muszą być przestrzegane w procesie udzielenia zamówienia. Naruszenie ww. nakazu świadczy o niedopuszczalności wyboru oferty wykonawcy W. I. Sp. z o.o. sp.k. Jednocześnie sposób ukształtowania i przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania przetargowego był sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ideą przejrzystości. Wobec zastosowania przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu niewłaściwych środków komunikacji z wykonawcami w zakresie sposobu składania ofert, w lepszej pozycji znaleźli się wykonawcy krajowi, a w gorszej wykonawcy zagraniczni. Co więcej, Zamawiający uprzywilejował wykonawców krajowych z siedzibą z obszaru gminy Beneficjenta, w stosunku do podmiotów z innych regionów Polski, dla których złożenie oferty w formie papierowej w związku z odległością ich przedsiębiorstw od siedziby Beneficjenta, mogło stanowić niedogodność powodującą rezygnację z zainteresowania rozpatrywanym postępowaniem przetargowym. Elektronizacja postępowań unijnych miała właśnie na celu zapobiec przedstawionemu powyżej stanowi rzeczy i zwiększyć możliwość udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla każdego zainteresowanego nim podmiotu, bez względu na usytuowanie jego siedziby.

Organ za zasadne uważa poczynienie w tym miejscu uwagi tego rodzaju, że „niewiedza”, na którą powoływał się Beneficjent w piśmie stanowiącym zastrzeżenia do wyników przeprowadzonej kontroli, co do obowiązku elektronizacji postępowań unijnych, nie może stanowić usprawiedliwienia dla stwierdzonych nieprawidłowości. Zgodnie z opinią Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) wyrażoną w uchwale z dnia 15 października 2019 r. (sygnatura akt KIO/KU 61/19) – którą organ w całej rozciągłości podziela – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, lecz stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia i jest kreowane przez obowiązujące

przepisy prawa. Aktualne regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na zamawiającego, jak również podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania. W zamian regulacje te są gwarantem jasnej i przejrzystej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, która w efekcie prowadzi do zawarcia umowy przez podmiot publiczny z wybranym w ramach procedury wykonawcą. Dlatego też w ocenie organu element jakiegokolwiek „niewiedzy” po stronie Zamawiającego, prowadzący do zmiany, bądź odstąpienia od ustawowych reguł procedury przetargowej, nie może wystąpić na żadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może skutecznie ingerować tam, gdzie ustawa na to nie pozwala i sama tworzy dla zamawiającego konkretne i precyzyjne dyrektywy zachowań.

Przechodząc tym samym do omówienia kolejnego z naruszeń, do którego doszło w związku z udzielanym przez Beneficjenta Zamówieniem, tj. przepisu art. 42 ust. 1 pzp organ wskazuje, że także w tym przypadku „niewiedza” Zamawiającego – o której także mowa w piśmie Beneficjenta z dnia 10 czerwca 2020 r. – nie ma żadnego znaczenia dla stwierdzonego naruszenia.

Zgodnie z art. 42 ust. 1 pzp SIWZ udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP albo publikacji w Dz. U. UE do upływu terminu składania ofert. Przepis ten precyzyjnie wyznacza termin dokonywania czynności zamieszczenia przez zamawiającego SIWZ na stronie internetowej precyzując, że – w przypadku postępowań powyżej tzw. progów unijnych – jest to dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE. Powyższy przepis jest odzwierciedleniem art. 53 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, który nakłada na podmioty zamawiające obowiązek zapewnienia za pomocą środków elektronicznych nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów zamówienia, od daty publikacji ogłoszenia lub od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Ponadto, na uwagę zasługuje opinia wyrażona przez KIO w uchwale z 23 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO/KU 23/17, zgodnie z którą brzmienie wskazanego przepisu pzp jest jasne, jednoznaczne i wynika z niego wprost, że dniem, w którym zamawiający powinien zamieścić SIWZ na stronie internetowej (wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu), jest dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP albo publikacji ogłoszenia w Dz. Urz. UE. Art. 42 ust. 1 pzp stanowi również jedno z szeregu narzędzi mających zapewnić istnienie w postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i jego przejrzystość. Równocześnie określa on pewną zasadę – okres, w którym SIWZ ma być dostępna dla wykonawców – w ramach tej zasady specyfikacja powinna być zamieszczona w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W analizowanej sprawie Zamawiający nie zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE, co nastąpiło 9 sierpnia 2019 r., ale trzy dni wcześniej (6 sierpnia 2019 r.), tj. w dniu przekazania do publikacji do UPUE ogłoszenia o Zamówieniu Nr 2019/S 153-376542 i jednocześnie w dniu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego i na Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Banie. Beneficjent uzasadniając powyższą kolejność zdarzeń wskazał, że nie wiedział o tym, iż opublikowanie ogłoszenia w Dz. Urz. UE nie następuje w tym samym dniu, kiedy następuje wypełnienie elektronicznego formularza i przesłanie go do UPUE. Organ zwraca w tym miejscu uwagę, że okoliczność, iż publikacja ogłoszenia o zamówieniu nie następuje równocześnie w dniu jego przekazania do UPUE, wynika z treści art. 51 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że ogłoszenia, o których mowa w art. 48, 49 i 50, są sporządzane i przesyłane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej za pomocą środków elektronicznych oraz publikowane zgodnie z załącznikiem VIII. Ogłoszenia są publikowane nie później niż w terminie pięciu dni od daty ich wysłania.

Powyższe regulacje są jasne, precyzyjne i nie budzą wątpliwości interpretacyjnych, zaś Beneficjent powinien je znać. Brak wiedzy Zamawiającego odnośnie podstawowych i elementarnych reguł przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których niewątpliwie należą m.in. zasady publikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, nie może gwarantować, że takie postępowanie i zawarta w jego następstwie umowa będą zgodne z przepisami prawa. Stąd też, zdaniem organu, przedmiotowe uchybienie także mogło mieć wpływ na przebieg i wynik postępowania przetargowego. Obowiązek zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze służy zapewnieniu istnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i jego przejrzystości, poprzez

umożliwienie wszystkim wykonawcom zapoznanie się z SIWZ w tym samym momencie i dysponowanie jednakowym czasem na przygotowanie ofert, niezależnie od źródła i czasu pozyskania informacji o zamówieniu na podstawie ogłoszenia zamieszczonego na stronie internetowej wcześniej, niż opublikowanego w Dz. Urz. UE. Działanie Zamawiającego takie jakie miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, czyli publikacja postanowień SIWZ przed publikacją ogłoszenia, narusza te zasady, bo de facto spowodowało preferowanie podmiotów krajowych kosztem podmiotów zagranicznych, albowiem wykonawcy krajowi w tym samym momencie powzięli informację o ogłoszeniu o Zamówieniu i SIWZ, dysponując kompleksową wiedzą odnośnie Zamówienia. Organ wskazuje także, że uchybienie w zakresie obowiązku udostępnienia SIWZ w określonym w art. 42 ust. 1 pzp terminie, może utrudniać wykonawcom chcącym ubiegać się o udzielenie zamówienia niezwłoczne przystąpienie do sporządzania ofert. Każdy dzień zwłoki w publikacji SIWZ na stronie internetowej w praktyce może wpływać na złożenie oferty, gdyż skraca czas, np. na kalkulację ofertową czy konsultacje z ewentualnymi dostawcami i podwykonawcami. Ponadto, brak publikacji SIWZ w określonym ustawowo terminie ma wpływ również na ograniczenie czasu przeznaczanego dla wykonawców na składanie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Aby zapobiec ograniczeniu konkurencji w powyższy sposób, ustawodawca w art. 42 ust. 1 pzp precyzyjnie wyznaczył termin na dokonanie czynności udostępnienia SIWZ na stronie internetowej. Powyższy termin został bezpośrednio powiązany z dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu i w przypadku procedur „unijnych” wyznaczony został „od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”. Konieczność upowszechnienia SIWZ na stronie internetowej, zważając na doniosłość tej czynności w procesie udzielania zamówienia, wypełnia wskazaną przesłankę (tak: K. Różowicz, Termin udostępnienia SIWZ, M.Zam.Pub. 2015/5/41-43, LEX). Organ zwraca jednocześnie uwagę, że bez znaczenia w komentowanej materii jest wskazywanie przez Beneficjenta w piśmie z dnia 10 czerwca 2020 r., że jego nieświadome działanie nie utrudniło wykonawcom zagranicznym przystąpienia do sporządzenia ofert, a w czasie trwania przetargu nie zgłosiła się do Zamawiającego żadna firma zagraniczna. Istotnym jest to, że uchybienie w zakresie obowiązku udostępnienia SIWZ w określonym w art. 42 ust. 1 pzp terminie mogło utrudniać wykonawcom zagranicznym chcącym ubiegać się o udzielenie Zamówienia, niezwłoczne przystąpienie do sporządzania ofert. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z zasadą publikacji SIWZ wyrażoną w przepisie art. 42 ust. 1 pzp, to wszyscy wykonawcy otrzymaliby możliwość zapoznania się z SIWZ w tym samym momencie i na równych zasadach dostępności oraz mieliby również odpowiedni czas na przygotowanie ofert.

Konkludując powyższe organ stoi na stanowisku, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego przez Zamawiającego z pominięciem możliwości wykorzystania środków komunikacji elektronicznej w zakresie składania ofert, przy jednoczesnym sformułowaniu reguł składania ofert i JEDZ w formie sprzecznej z przepisami pzp oraz przy uchybieniu terminu udostępnienia SIWZ na stronie internetowej zgodnie z wytycznymi z art. 42 ust. 1 pzp, jest naruszeniem przepisów prawa, tj. art. 10a ust. 1 i ust 5 pzp i art. 42 ust. 1 pzp, a dalej podstawowych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp, a więc procedur, do przestrzegania których zobowiązał się Beneficjent podpisując Umowę i które był obowiązany przestrzegać z mocy samej ustawy pzp (Wyrok NSA z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt II GSK 1572/14). Konsekwencją powyższego jest wydatkowanie przez Zamawiającego środków przekazanych na realizację projektu pn. „Zakup ciężkiego samochodu ratowniczo – gaśniczego z napędem 4x4 oraz innowacyjnego wyposażenia dla OSP Banie w celu zapobiegania zagrożeniom wynikającym ze zmian klimatu” niezgodnie z procedurami, o których mowa w art. 184 ufp, co wywołało skutki określone w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Wskazane wyżej naruszenia pzp stanowią nieprawidłowość indywidualną wymienioną w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013, zgodnie z którym nieprawidłowość „(...) oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. Zatem zarówno wykrycie naruszenia prawa UE, jak też naruszenia prawa krajowego takiego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego stanowi nieprawidłowość i skutkuje powstaniem

obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo. Wskazać należy, iż do stwierdzenia przywołanej nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet UE poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Warunkiem nałożenia korekty finansowej i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Podkreślić w tym miejscu należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem krajowym oraz unijnym w komentowanej materii, szkoda nie musi być w tym przypadku konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy IZ RPO WZ wskazuje, że naruszenie przez Beneficjenta obowiązków wynikających z art. 10 a ust. 1 i ust. 5 pzp i art. 42 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp stanowi naruszenie przepisów krajowych ustanawiających wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych z budżetu Unii, które to naruszenie mogło mieć wpływ na krąg osób zgłaszających oferty, tym samym zmienić rozstrzygnięcie przetargu, a zatem potencjalnie spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej. W niniejszej sprawie wystąpiła potencjalna szkoda wynikająca z uniemożliwienia przez Zamawiającego wykonawcom złożenia oferty w rozpatrywanym postępowaniu przetargowym za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej przy jednoczesnym zastrzeżeniu składania ofert i dokumentu JEDZ w formie papierowej, a więc sprzecznej z przepisami pzp oraz udostępnienia SIWZ przez Zamawiającego na swojej stronie internetowej wcześniej, aniżeli nastąpiła publikacja ogłoszenia o Zamówieniu w Dz. Urz. UE. W ten sposób działanie Beneficjenta doprowadziło do dyskryminacji potencjalnych wykonawców zdolnych do zrealizowania Zamówienia, w szczególności podmiotów zagranicznych oraz tych, którzy korzystali wyłącznie z dostępu do informacji zawartych w ogłoszeniu o Zamówieniu zamieszczonym w Dz. Urz. UE. Ci ostatni bowiem, znaleźli się w sytuacji gorszej, od wykonawców krajowych korzystających z lokalnych publikatorów, gdyż jednocześnie z zapoznaniem się przez nich z ogłoszeniem o Zamówieniu mieli oni pełen dostęp do SIWZ, podczas gdy podmioty zagraniczne oraz korzystające z europejskiego publikatora w terminie późniejszym miały możliwość zapoznania się z treścią ogłoszenia o Zamówieniu. Precyzując powyższe stwierdzenie organ wskazuje, że wykonawcy zagraniczni oraz krajowi korzystający z europejskiego publikatora, nie mieli możliwości równoczesnego zapoznania się z ofertą o Zamówieniu oraz z SIWZ. Przy czym zwrócić należy w tym miejscu uwagę, że SIWZ stanowi instrukcję dla wykonawców, gdyż określa, kto może złożyć ofertę i na jakich warunkach. SIWZ stanowi element przyszłego stosunku łączącego wykonawcę z zamawiającym i jednocześnie wraz ze sporządzonym w oparciu o nią ogłoszeniem o zamówieniu stanowią oświadczenie woli zamawiającego. Jest to zatem jeden z najważniejszych i podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem określa wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. W praktyce treść SIWZ determinuje decyzję wykonawcy o przystąpieniu lub nie do danego postępowania przetargowego. Dlatego też, aby proces decyzyjny mógł być z odpowiednim rozeznaniem podjęty, wykonawca musi posiadać odpowiednią wiedzę o zakresie przedmiotu zamówienia i okolicznościach dotyczących jego wykonania. Innymi słowy: dokument jakim jest SIWZ pozwala dowiedzieć się potencjalnym wykonawcom czego dokładnie oczekuje od nich zamawiający oraz jakie są warunki udziału w danym postępowaniu, jak również w oparciu o jego treść potencjalni wykonawcy weryfikują, czy są w stanie wykonać dane zamówienie. Nie sposób jednak dokonać oceny powyższych kwestii, bez równoczesnego zapoznania się przez wykonawców z samą treścią oferty o zamówieniu. Stąd też, w ocenie organu, brak zachowania przez Zamawiającego właściwego terminu do dokonania czynności zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej w związku ze wszczęciem niniejszego postępowania przetargowego, mogło spowodować rezygnację z przystąpienia do tego postępowania przez

wykonawcę/wykonawców, w szczególności zagranicznych zdolnych do realizacji przedmiotu Zamówienia, którzy wobec braku posiadania pełnej wiedzy co do jego przedmiotu w chwili powzięcia informacji o jego wszczęciu (tj. w dniu zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu w Dz. U. UE), mogli stracić nim zainteresowanie. Precyzując powyższą myśl organ wskazuje, że zarówno podmioty krajowe, jak i zagraniczne zapoznały się z tym samym ogłoszeniem o zamówieniu i takim samym dokumentem SIWZ pod względem treści. Jednakże potencjalni wykonawcy krajowi całościową wiedzę o przedmiotowym Zamówieniu powzięli o 3 dni wcześniej, w stosunku do podmiotów zagranicznych, co u tych ostatnich mogło wywołać przeświadczenie o nierówności szans, albowiem podmioty krajowe już od 6 sierpnia 2019 r. miały możliwość sporządzania swoich ofert, zaś podmioty zagraniczne, mogły do tego przystąpić o 3 dni później. Każdy natomiast dodatkowy dzień w okresie biegu terminu do składania ofert, daje dodatkowe możliwości działania dla wykonawcy celem złożenia jak najbardziej atrakcyjnej oferty, gdyż stanowi dodatkowy czas na sporządzenie kalkulacji, konsultację z ekspertami, prowadzenie rozmów z potencjalnymi podwykonawcami. Po raz kolejny natomiast nadmienić należy w tym miejscu, w ślad za poglądem wyrażonym przez KIO w uchwale z dnia 3 grudnia 2019 r. (sygnatura akt KIO/KU 72/19), że obowiązek zamieszczenia postanowień SIWZ na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze służy zapewnieniu w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i jego przejrzystości, poprzez umożliwienie wszystkim wykonawcom zapoznanie się z postanowieniami SIWZ w tym samym momencie i dysponowanie jednakowym czasem na przygotowanie ofert. Działanie Zamawiającego takie jakie miało miejsce w niniejszej sprawie, czyli publikacja postanowień SIWZ przed publikacją ogłoszenia w Dz. Urz. UE, narusza te zasady, bo de facto oznacza preferowanie przez Beneficjenta podmiotów krajowych kosztem podmiotów europejskich.

Zdaniem IZ RPO WZ w wyniku prawidłowego działania Beneficjenta, które polegać powinno na zapewnieniu dostępu do Zamówień wszystkim podmiotom, będącym w stanie je zrealizować, mogła zostać złożona oferta korzystniejsza cenowo, a tym samym wydatek poniesiony na realizację przedmiotowego Projektu z budżetu UE mógłby być niższy. Istniała zatem możliwość, iż do postępowania przetargowego mógłby przystąpić podmiot z zagranicy i mógł on złożyć ofertę, która byłaby cenowo korzystniejsza od złożonej przez wybranego wykonawcę. Stwierdzone naruszenia miały zatem niewątpliwie merytoryczny, a nie tylko formalny – jak próbuje ferować Beneficjent – charakter. Skutkowały bowiem ograniczeniem kręgu potencjalnych oferentów, a w konsekwencji mogły one wyeliminować z udziału w Zamówieniu podmioty, które zaoferowałyby oferty korzystniejsze finansowo. Dodatkowo w analizowanym stanie faktycznym zachwiane zostały podstawowe zasady prowadzenia przetargów, w tym w szczególności zasady narzucające profesjonalną i transparentną organizację procedury przetargowej, dające z kolei gwarancję przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ażeby w ten sposób udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Uszczegółowiając natomiast powyższe postulaty organ ponownie wyjaśnia, że ukształtowanie przez Zamawiającego postępowania przetargowego z wykorzystaniem niewłaściwych środków komunikacji Zamawiającego z wykonawcami, albowiem z pominięciem środków komunikacji elektronicznej w procesie składania ofert oraz sformułowanie wymogu składania ofert i JEDZ w formie sprzecznej z przepisami pzp, jak również zamieszczenie przez Zamawiającego SIWZ na jego stronie internetowej przed datą publikacji ogłoszenia o Zamówieniu w Dz. Urz. UE mogło mieć, po pierwsze wpływ na liczbę wykonawców zainteresowanych postępowaniem oraz na podjęcie przez nich decyzji o przystąpieniu do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Po drugie mogło pozbawić Zamawiającego możliwości otrzymania ostatecznie większej ilości ofert. Po wtóre, zachowanie Beneficjenta mogło rzutować na cenę złożonej w ramach postępowania oferty, która mogłaby być korzystniejsza dla Zamawiającego, gdyby konkurowała ze sobą większa grupa wykonawców, w wyniku czego poniósłby on niższe wydatki na realizację tego Zamówienia i jednocześnie wnioskowałby o refundację z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w kwocie niższej, od pierwotnie zakładanej w Umowie. W tym miejscu należy przywołać stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku NSA z dnia 17 czerwca 2020 r., sygn. akt: I GSK 108/20 – które organ w całej rozciągłości podziela – w myśl którego „wystarczającą przesłanką naliczenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia Prawa zamówień publicznych, które mogło doprowadzić do uszczuplenia

środków unijnych. Przy takim rozumieniu analizowanej kwestii nie ma więc podstaw do stawiania organowi wymogu wyliczenia szkody i oceniania rozmiaru skutków stwierdzonej nieprawidłowości. Do przyjęcia, że doszło do istotnego naruszenia przepisów regulujących realizację dofinansowanego projektu, nie jest zatem konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego, lecz możliwość spowodowania szkody w budżecie UE, co wynika z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013". Powyższy pogląd, przy uwzględnieniu stanu faktycznego niniejszej sprawy i stwierdzonych przez Zamawiającego naruszeń przepisów pzp w związku z udzielonym Zamówieniem, potwierdzają zasadność wydanego rozstrzygnięcia, wobec ziszczenia się w sprawie przesłanek nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia nr 1303/2013.

Niemniej jednak niezależnie od utrwalonego poglądu w orzecznictwie w materii szkody potencjalnej jako elementu nieprawidłowości w rozumieniu wskazanej powyżej regulacji Rozporządzenia 1303/2013, organ ma na uwadze wyrok NSA z dnia 15 września 2015 r., sygn. akt: II GSK 2370/14 i poczynione w nim rozważania odnośnie powinności uprawdopodobnienia przez organ, że dostrzeżone przez niego nieprawidłowości w działaniu Beneficjenta w związku z kontrolą realizacji danego projektu, spowodowały zachwianiem np. efektywnej konkurencji, a to w konsekwencji spowodowało realną lub mogło spowodować potencjalną szkodę dla budżetu ogólnego Unii Europejskiej poprzez finansowanie nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Czyniąc zatem zadość powyższemu wskazaniu, organ dokonał analizy wykrytej przez IZ RPO WZ nieprawidłowości przez pryzmat prawdopodobieństwa, czy gdyby opisane w niniejszej decyzji nieprawidłowości nie wystąpiły, to istniałaby realna lub potencjalna możliwość wzięcia udziału w realizacji Zamówienia przez innych wykonawców zarówno krajowych, jak i zagranicznych. W tym zakresie organ wziął pod uwagę rodzaj kontrolowanej dostawy, jej rozmiar i stopień skomplikowania, a także fakt, że Zamawiający przewidział niewiele ponad miesiąc na złożenie przez zainteresowane podmioty ofert w stosunku do daty wszczęcia niniejszego postępowania przetargowego. I tak organ zauważa, że kontrolowane postępowanie przetargowe dotyczyło dostawy jednego pojazdu o charakterze specjalistycznym, lecz nie z kategorii niszowych, albowiem rodzaj pojazdu będącego przedmiotem Zamówienia jest wykorzystywany przez Państwową i Ochotnicze Straże Pożarne. W trakcie trwania postępowania przetargowego swój udział do niego zgłosiło dwóch wykonawców, którzy zadawali Zamawiającemu szereg pytań z prośbą o wyjaśnienie SIWZ. Ostatecznie podmioty te złożyły swoje oferty w terminie zakreślonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o Zamówieniu – termin składania ofert nie był przedłużany w niniejszym postępowaniu. Powyższe daje podstawę do stwierdzenia, że przedmiotowe postępowanie przetargowe nie było skomplikowane. Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności w aspekcie czynnika czasu, a mianowicie czy jakkolwiek nowy wykonawca krajowy lub zagraniczny były w stanie przygotować dokumenty uprawniające go do złożenia oferty w przypadku takiego rodzaju dostawy, jak będąca przedmiotem dofinansowania udzielonego Beneficjentowi, organ doszedł do przekonania, że taka możliwość istniała. Gdyby bowiem Zamawiający prawidłowo opublikował SIWZ na swojej stronie internetowej, tj. w dniu publikacji ogłoszenia o Zamówieniu w Dz. Urz. UE, a nie wcześniej i w zakresie sposobu komunikacji z wykonawcami przewidział możliwość składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, to potencjalni wykonawcy z zagranicy oraz krajowi z siedzibą poza obszarem gminy będącej siedzibą Beneficjenta, mieliby około miesiąca na przygotowanie i złożenie swoich ofert z uwzględnieniem ewentualnej możliwości zadawania pytań o wyjaśnienie treści SIWZ, co jest czasem realnym biorąc pod uwagę charakter i rozmiar dostawy objętej Zamówieniem, a co potwierdza przebieg kontrolowanego postępowania przetargowego. Z powyższego wynika zatem, że nieprawidłowości w działaniu Beneficjenta, będące przedmiotem niniejszej decyzji, spowodowały zachwianie efektywnej konkurencji, a to w konsekwencji mogło spowodować potencjalną szkodę dla budżetu ogólnego Unii Europejskiej poprzez finansowanie nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. NSA w przywołanym powyżej wyroku zwrócił uwagę, że wystąpienie potencjalnej szkody siłą rzeczy nie może być „udowodnione”, lecz szkoda ta powinna jednak być dostatecznie uprawdopodobniona, czyli wykazana z dużą dozą prawdopodobieństwa, co w ocenie organu powyżej zostało wyczerpująco wyjaśnione.

W następstwie powyższego Beneficjent naruszył także przepis art. 44 ust. 3 ufp. Przystępując do konkursu, a następnie podpisując Umowę zobowiązał się on do stosowania odpowiednich zasad

gospodarowania środkami publicznymi wynikającymi z przepisów ufp, w szczególności w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższym kwocie wydatku. O powyższym stanowi zapis § 17 ust. 1 pkt 1 Umowy, będący odzwierciedleniem art. 44 ust. 3 ufp. Regulacja art. 44 ust. 3 ufp przewiduje kilka zasad obowiązujących przy dokonywaniu wydatków, które muszą być spełnione łącznie. Są to: celowość i oszczędność, efektywność, skuteczność i terminowość. Celowość oznacza, że poniesienie wydatku jest niezbędne do realizacji zadania publicznego. Oszczędność wiąże się z ograniczeniem wysokości wydatku do minimum niezbędnego, aby zrealizować zadanie na odpowiednim poziomie jakościowym. Uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów jest określane jako efektywność wydatków. Optymalny dobór metod i środków służących osiągnięciu założonych celów określa się skutecznością wydatków. Ponoszenie wydatków w określonych terminach określa się zasadą terminowości (tak: Zbigniew Ofiarski w komentarzu „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, wyd. WKP 2019). Na podstawie zapisów Umowy konieczność zachowania powyższych zasad, sprowadza się w szczególności do konieczności wypełnienia przez Beneficjenta obowiązku wybrania i udzielenia zamówienia w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Nieprzestrzeganie przez Beneficjenta reguł postępowania obowiązujących przy wykorzystywaniu środków pomocowych stanowi także naruszenie art. 184 ufp poprzez uchybienie zapisom Umowy. Wzór Umowy jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Omawiany wzór składa się także na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami Umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych we wskazanej umowie cywilnoprawnej.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości ustaliła, iż Beneficjent swoim działaniem doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych mu w ramach RPO WZ 2014 – 2020 niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, jak również uprzednio omówionymi przepisami art. 10 a ust. 1 i ust. 5 pzp i art. 42 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp, a także art. 184 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wskazanych norm prawnych, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób prawidłowy byłyby niższy. W przedmiotowej sprawie z przyczyn szczegółowo opisanych w niniejszej decyzji Beneficjent poniósł wydatki z naruszeniem procedur, narażając tym samym budżet UE na straty. Tym samym w związku z wydatkowaniem środków niezgodnie z obowiązującymi w ramach RPO WZ procedurami, o których mowa w art. 184 ufp doszło do wystąpienia w projekcie nieprawidłowości. Należy podkreślić również, iż w niniejszej sprawie pomiędzy stwierdzonym naruszeniem, a powstaniem szkody w budżecie ogólnym UE zachodzi związek przyczynowo – skutkowy, co szczegółowo organ opisał i wyjaśnił powyżej.

W związku z tym i mając na uwadze zapis § 12 ust. 1 pkt 2 i ust. 6 Umowy, konsekwencją stwierdzenia nieprawidłowości było nałożenie korekty finansowej na Beneficjenta, zgodnie z zasadami określonymi w Rozporządzeniu w sprawie korekt finansowych i Taryfikatorze. Wskazać należy, że Taryfikator procentowy określony w załączniku do Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych, sam w sobie stanowi o szkodowości pewnych naruszeń procedur w ramach zamówień, szacując je niejako z góry i przesądzając o wystąpieniu szkody w przypadku zaistnienia określonych przesłanek. W przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ uznała za właściwie nałożenie korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 25% w odniesieniu do każdej ze stwierdzonych nieprawidłowości. Wskazać należy, w ślad za stanowiskiem wyrażonym przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 8 maja 2014 r., sygn. akt II GSK 249/13, że nakładanie korekt finansowych jest rezultatem postanowień umownych, które Beneficjent przyjął podpisując umowę, a ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest w przypadku umowy o dofinansowanie obowiązek przestrzegania przepisów ustawy pzp. Dalej NSA określił, iż nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania. Taryfikator przewiduje nałożenie na Beneficjenta odpowiednich

korekt finansowych w sytuacji stwierdzenia naruszenia przez niego procedur udzielania zamówień publicznych wspólnotowych lub przepisów ustawy pzp, przy czym Beneficjent podpisując umowę wyraża zgodę na zastosowanie korekty wydatków kwalifikowalnych rozliczanych w ramach Projektu przez Instytucję Zarządzającą (§ 16 Umowy).

W tym miejscu organ wskazuje i wyjaśnia, że po przeanalizowaniu stanu faktycznego niniejszej sprawy doszedł do przekonania, że należy zmienić pozycję z Taryfikatora odnośnie uchybienia opisanego w punkcie 1 protokołu kontroli oraz w punkcie 1 niniejszej decyzji i zakwalifikować je z pozycji 24, zamiast pozycji 11 jak uczyniono to na etapie kontroli. Nieprawidłowość wskazana w punkcie 11 Taryfikatora polega na braku pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriach oceny ofert, który uniemożliwia potencjalnym wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego lub wpływa na możliwość wzięcia przez wykonawcę udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na etapie kontroli IZ RPO WZ ustaliła, że w praktyce kontrolowanego postępowania przetargowego stwierdzona nieprawidłowość polegać miała na naruszeniu art. 41 pkt. 7a pzp poprzez nieumieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu przekazanym do UPUE wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 pzp poprzez niezamieszczenie w SIWZ wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem stwierdzone w rozpatrywanej sprawie naruszenie, opisane jako pierwsze w protokole kontroli polegało na tym, że Zamawiający w SIWZ w Rozdziale VI „Oświadczenia i dokumenty składające się na ofertę” wskazał, że wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien złożyć formularz JEDZ w formie papierowej. Dodatkowo w Rozdziale XI SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” Zamawiający wskazał, że ofertę należy sporządzić w języku polskim w zachowaniu formy pisemnej pod rygorem nieważności. W następstwie powyższego oferta i wraz z nią dokument JEDZ złożone w niniejszym postępowaniu przez wybranego wykonawcę, były niezgodne z ustawą i powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, wobec jednoznacznego zastrzeżenia przez ustawodawcę w art. 10a ust. 5 pzp rygору nieważności dla oferty i dokumentu JEDZ złożonych w innej formie, aniżeli w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zaistniała sytuacja odpowiadała nieprawidłowości z pozycji 24 Taryfikatora. W praktyce nieprawidłowość ta, zgodnie z opisem z Taryfikatora, polegać może na naruszeniu art. 89 ust. 1 lub art. 138r ust. 1 lub 2 pzp polegającym na odrzuceniu najkorzystniejszej oferty bez zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie lub wyborze jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, z zastrzeżeniem naruszenia wskazanego w kategorii nieprawidłowości indywidualnych określonej w lp. 25. W ocenie organu z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia na gruncie niniejszej sprawy w zakresie komentowanego w tym miejscu naruszenia przez Zamawiającego, w związku z czym należało kwotę korekty finansowej za tę nieprawidłowość zakwalifikować z pozycji 24 Taryfikatora. Przy czym organ zwraca uwagę, że zmiana ta, nie wpłynęła w żaden sposób na sytuację Beneficjenta, albowiem zarówno za nieprawidłowość z pozycji 11 Taryfikatora, jak również z pozycji 24, ustawodawca przedział taką samą wysokość korekty 25%, z możliwością obniżenia wysokości stawki do 10% albo 5%.

Dalej organ zwraca uwagę, że w związku z rozpatrywaniem niniejszej sprawy doszedł także do przekonania, że za naruszenie opisanego w punkcie 2 protokołu kontroli oraz w punkcie 2 niniejszej decyzji, należy zmodyfikować nałożoną uprzednio na Beneficjenta korektę finansową poprzez jej obniżenie. Wyjaśniając powyższe organ wskazuje, że naruszenie zawarte w punkcie 2 protokołu kontroli polegało na udostępnieniu przez Beneficjenta postanowień SIWZ na stronie internetowej od dnia 06 sierpnia 2019 r., tj. 3 dni wcześniej niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE (co nastąpiło w dniu 09 sierpnia 2019 r.). Niewątpliwie swoim zachowaniem Zamawiający naruszył dyspozycję art. 42 ust. 1 pzp. Niemniej jednak Taryfikator mający zastosowanie w niniejszej sprawie, nie przewiduje stawki procentowej dla opisanej powyżej nieprawidłowości indywidualnej. W takiej sytuacji, zgodnie z brzmieniem § 6 Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych. W związku z tym organ wskazuje i podziela ustalenia kontroli o tyle, że powyższe naruszenie należało zakwalifikować z pozycji 18 Taryfikatora, jako że dotyczy ona

nieprawidłowości indywidualnej najbliższej rodzajowo w stosunku do stwierdzonej w kontrolowanym postępowaniu przetargowym. Pod wskazaną kategorią nieprawidłowości indywidualnej ustawodawca przewidział sytuację niedopełnienia obowiązków związanych z udostępnianiem dokumentów zamówienia lub dokumentów koncesji, co w praktyce oznacza naruszenie art. 37 ust. 2, art. 42 ust. 1, art. 51 ust. 4, art. 60 ust. 2 pkt 1, art. 60 ust. 4, art. 60e ust. 3 lub art. 64 ust. 3 pzp polegające na nieudostępnieniu SIWZ na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu lub dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania lub nieprzekazaniu wykonawcom SIWZ wraz z zaproszeniem do składania ofert. Przy czym zwrócić należy uwagę, że procentowa stawka korekty finansowej została w przypadku tej nieprawidłowości indywidualnej uzależniona od okresu, o jaki został skrócony dla wykonawcy czas na zapoznanie się z dokumentacją zamówienia, w stosunku do ustawowego terminu składania ofert. Jak natomiast zostało to wyjaśnione powyżej, Beneficjent publikując SIWZ na stronie internetowej na 3 dni wcześniej niż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE, skrócił dla podmiotów zagranicznych czas na zapoznanie się z dokumentacją dotyczącą niniejszego postępowania przetargowego o wskazane 3 dni. Wobec uwzględnienia ustawowego terminu składania ofert dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, który nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zgodnie z art. 43 ust. 2 pzp, stanowi to o skróceniu przez Zamawiającego czasu na zapoznanie się z dokumentacją dotyczącą Zamówienia do mniej niż 80% ustawowego terminu składania ofert. W takiej sytuacji pozycja 18 Taryfikatora przewiduje wartość korekty finansowej na poziomie 5%. W związku z powyższym należało, w ocenie organu, za komentowaną nieprawidłowość nałożyć na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 5% przy zastosowaniu pozycji 18 Taryfikatora w związku z regulacją § 6 Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych.

Pozostałe ustalenia z kontroli w zakresie przyporządkowania nieprawidłowości z punktu 5 protokołu kontroli do pozycji 24 Taryfikatora, organ w całości podziela.

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

W niniejszej sprawie – co już uprzednio zostało szczegółowo wyjaśnione w niniejszej decyzji – wysokość szkody jest trudna do oszacowania, bowiem na tę chwilę nie jest możliwe precyzyjne określenie na ile mniejszy byłby wkład UE w realizację Projektu. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania, gdyby Beneficjent dochował wskazanych powyżej procedur określonych przepisami pzp. Tym samym IZ RPO WZ była uprawniona do posłużenia się metodą wskaźnikową dla wyliczenia wysokości korekty finansowej. W kontekście uprawnienia IZ RPO WZ do dokonania zmiany wysokości wskaźnika nałożonej na Beneficjenta korekty finansowej wskazać należy, iż przedstawione w tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Niemniej jednak ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do Instytucji Zarządzającej właściwym programem operacyjnym. Możliwość obniżenia korekty przez Instytucję Zarządzającą ma charakter uznania administracyjnego. Tym samym organ może, a nie musi dokonać tego rodzaju obniżenia.

Korzystając w związku z tym z powyższego uprawnienia organ uznał, mając na względzie charakter i wagę stwierdzonych nieprawidłowości w świetle szkody dla budżetu UE oraz stopień naruszenia zasad właściwych dla przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że wskaźnik korekty na poziomie 25% dla nieprawidłowości opisanych w punkcie 1 i 5 protokołu kontroli jest adekwatny do okoliczności niniejszej sprawy. Za naruszenie opisane w punkcie 2 protokołu kontroli oraz w punkcie 2 niniejszej decyzji – jak wyjaśniono to powyżej – organ nałożył na Beneficjenta korektę finansową w najniższej wysokości przewidzianej w Taryfikatorze, tj. 5%. Wyjaśniając wysokość korekty finansowej za nieprawidłowości z punktu 1 i 5 protokołu kontroli organ wskazuje, że za wymierzeniem powyższej stawki przemawia fakt, że Beneficjent miał zastosować przepisy ustawy, które są jasne w swym brzmieniu i nie budzą żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Nie bez znaczenia jest także okoliczność tego rodzaju, że obowiązek elektronicznej postępowania przetargowych w przypadku postępowań, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w treści przepisów wydanych zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 8 pzp, funkcjonował od 18 października 2018 r., a więc od ponad roku, w stosunku do daty wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie. Świadczy to o braku znajomości przez Zamawiającego podstawowych reguł przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jak również o braku śledzenia przez niego na bieżąco wszelkich zmian ustawy pzp, włącznie z zaniechaniem monitorowania regulacji wspólnotowych. Organ zwraca uwagę, że Zamawiający dopuścił się w ramach kontrolowanego postępowania przetargowego szeregu nieprawidłowości naruszając znaczną ilość przepisów pzp, a w konsekwencji zaniechał realizacji podstawowych i fundamentalnych reguł przygotowania i prowadzenia przetargów, w tym w szczególności zasady narzucającej profesjonalną i transparentną organizację procedury przetargowej, dającej z kolei gwarancję przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ażeby w ten sposób udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z uwagi na wszystkie powyższe argumenty, organ nie znalazł podstaw, do obniżenia, a tym samym miarkowania nałożonych na Beneficjenta korekt finansowych w ramach poszczególnych naruszeń. W związku z tym, mając na uwadze zapis § 9 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu, a do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości, organ zastosował łączną korektę o najwyższej wysokości, tj. 25%.

Kwota wydatków kwalifikowalnych przedstawiona do dofinansowania w ramach zamówienia pn. „Zakup ciężkiego samochodu ratowniczo – gaśniczego z napędem 4x4 oraz innowacyjnego wyposażenia dla OSP Banie w celu zapobiegania zagrożeniom wynikającym ze zmian klimatu” zgodnie z fakturą nr 88004307 wyniosła 1 001 300,00 zł. Z uwagi na nałożoną korektę w wysokości 25% wydatków kwalifikowalnych, kwota nieprawidłowości wynosi 250 325,00 zł. Mając na uwadze powyższe, jak również uwzględniając poziom dofinansowania wskazany we wniosku aplikacyjnym, odnoszącym się do określonego rodzaju wydatków, kwota otrzymanego dofinansowania należnego do zwrotu wynosi 210 162,50 zł, z czego kwota 130 051,36 zł zostanie pomniejszona ze środków jeszcze niewypłaconych. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków wymienionemu określa Umowa, zgodnie z którą jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o kwotę ustalonej korekty. Do zwrotu pozostała kwota w wysokości 80 111,14 zł (210 162,50 zł – 130 051,36 zł) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia ich przekazania.

Konkludując, mając na uwadze naruszenie przez Beneficjenta art. 44 ust. 3 ufp oraz wobec naruszenia wskazanych przepisów pzp, zaistniała konieczność odzyskania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację

programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 12 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

## **Pouczenie**

Od przedmiotowej decyzji nie służy odwołanie, jednakże Strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z siedzibą w Szczecinie przy ul. Korsarzy 34, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

W trakcie biegu terminu do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może zrzec się prawa do jego złożenia wobec IZ RPO WZ, która wydała decyzję. Z dniem doręczenia IZ RPO WZ oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Zgodnie z art. 52 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2012 r. Prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (Dz. U z 2019 r. poz. 2325 z późn. zm.) jeżeli Stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 2 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 1.500,00 zł (§ 1 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

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