

Załącznik do uchwały nr 226/16
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 17 lutego 2016 r.

Powiat Łobeski
ul. Konopnickiej 41
73-150 Łobez

WWRPO.VIII.3162.78.2012.Ała

DECYZJA
Nr WWRPO/9/W/2016

podjęta w dniu 17 lutego 2016 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

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

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a, ust. 9 pkt 1 i ust. 12 a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm.) w zw. z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r. poz. 1392 tekst jednolity) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 tekst jednolity)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta - Powiatu Łobeskiego z siedzibą przy ul. Konopnickiej 41 w Łobzie - o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00

zawartej w Łobzie w dniu 26.03.2010 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” w kwocie 89 424,55 zł (słownie: osiemdziesiąt dziewięć tysięcy czterysta dwadzieścia cztery złote 55/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych,

- utrzymuje się w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. w całości.

Uzasadnienie

Beneficjent - Powiat Łobeski z siedzibą przy ul. Konopnickiej 41 w Łobzie - w dniu 26.03.2010 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” Oś Priorytetowa 2 „Rozwój infrastruktury transportowej i energetycznej”, Działanie 2.1 „Zintegrowany system transportowy województwa”, Poddziałanie 2.1.2 „Lokalna infrastruktura drogowa”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte następujące aneksy do umowy o dofinansowanie: nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-01 z dnia 10.05.2010 r., nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-02 z dnia 15.12.2010 r. oraz nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-03 z dnia 23.02.2012 r.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 12 umowy o dofinansowanie, w dniach 24-26.04.2012 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji w/w projektu. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości – w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm., zwane dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006) – spowodowane uchybieniami w stosowaniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: pzp). W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” stwierdzono naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców. Zamawiający zażądał od wykonawcy wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał 3 roboty budowlane związane z przebudową mostu oraz 5 robót budowlanych związanych z przebudową drogi odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Zamawiający nie określił minimalnego progu wartości dla zamówienia, które spełni warunki udziału w postępowaniu. Ponadto wymagał od wykonawcy spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykazanie przez wykonawcę, że dysponuje sprzętem opisanym w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (zwanej dalej: SST), natomiast nie dookreślił jakim dokładnie sprzętem ma być realizowane zamówienie, nie podał rodzajów i ilości tych sprzętów. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 5% (Taryfikator - dokument opracowany przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego - obecnie Ministerstwo Rozwoju, zwane dalej: MR - określający tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności, Tabela nr 4 poz. 5 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);

- 2) art. 25 ust. 1 pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający zażądał od wykonawców zaakceptowanego wzoru umowy wraz z przedstawionym przez wykonawcę kosztorysem ofertowym. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 2% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 8 „Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców”);
- 3) art. 29 ust. 3 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ), opisie technicznym i przedmiarze robót użyto nazw producentów do opisanie cech materiałów bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 10% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 3 „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia”).

Zgodnie z zapisami Taryfikatora, w przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych należy zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej. W związku z powyższym IZ RPO WZ ustaliła i nałożyła za wskazane powyżej naruszenia łączną korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 10%.

Należy dodać, iż uchwałą nr 1295/10 z dnia 26.07.2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r. Z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych w niniejszej sprawie zostało uwzględnione brzmienie Taryfikatora przyjętego uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r.

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

Pismem z dnia 10.07.2012 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia do wyników przeprowadzonych przez IZ RPO WZ w dniach 24-26.04.2012 r. czynności kontrolnych. Po przeanalizowaniu wyjaśnień Beneficjenta IZ RPO WZ podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko odnośnie naruszenia przez Beneficjenta art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 pzp powodującego konieczność nałożenia korekty finansowej, szczegółowo je uzasadniając w piśmie kończącym czynności kontrolne z dnia 29.08.2012 r.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwanego dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 03.09.2012 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 89 424,55 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na pomniejszenie powyższej kwoty z kolejnej płatności). Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: ufp) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Ponadto poinformowano Beneficjenta, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone, zostały również poniesione z naruszeniem procedur,

w związku czym nałożono korektę finansową w kwocie 41 090,90 zł. Wobec powyższego, jak wskazano w piśmie z dnia 03.09.2012 r. kwota ta pomniejszy płatność końcową w projekcie (zgoda Beneficjenta w tym przypadku nie jest wymagana).

Następnie pismem z dnia 06.09.2012 r. Beneficjent wyraził zgodę na pomniejszenie płatności końcowej o kwotę 130 515,45 zł wraz z odsetkami, po czym dnia 11.09.2012 r. wspomniana zgoda została wycofana.

W związku z tym, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu środków w wyznaczonym terminie (ani nie wyraził ostatecznie zgody na ich potrącenie z kolejnej przysługującej płatności), z dniem 20.09.2012 r. wszczęte zostało wobec niego postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”. Strona została również poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń. Beneficjent korzystając z niniejszego uprawnienia, pismem z dnia 05.10.2012 r. złożył dodatkowe wyjaśnienia w sprawie oraz wniósł o włączenie do akt postępowania dowodów w postaci:

- opinii technicznej rzeczoznawcy budowlanego w zakresie mostów z września 2012 r. na okoliczność postawionego przez IZ RPO WZ zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 3 pzp,
- postanowienia Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 13.07.2012 r. w sprawie odmowy wszczęcia postępowania wyjaśniającego o naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisanemu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w 2010 r. w celu wyboru wykonawcy remontu drogi powiatowej nr 0855Z Resko – Ostrzyca na odcinku 13.127 km z przejściem przez miejscowości Smółsko i Łośnica wraz z elementami bezpieczeństwa ruchu, co było niezgodne z art. 7 ust. 1 pzp.

Następnie z uwagi na przewidziane terminy na zapoznanie się z aktami przez Beneficjenta i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, postanowieniem z dnia 11.10.2012 r. organ przedłużył prowadzone w sprawie postępowanie administracyjne. Po uprzednim poinformowaniu Beneficjenta pismem z dnia 11.10.2012 r. o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczeniu o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 tekst jednolity, zwanej dalej: kpa), Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego dnia 13.11.2012 r. podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/52/W/2012 zobowiązującą Beneficjenta do zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” w łącznej kwocie 89 425,55 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie terminu na zwrot wskazanego w decyzji zwrot ten nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi. IZ RPO WZ po analizie całokształtu materiału dowodowego, w tym przedłożonych przez Beneficjenta pismem z dnia 05.10.2012 r. dodatkowych wyjaśnień i wniesionych dowodów, podtrzymała swoje stanowisko odnośnie naruszenia przez Beneficjenta art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 pzp w ramach postępowania pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”. Jednocześnie uznano, że naruszenie przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 pzp poprzez żądania zaakceptowanego wzoru umowy, mimo że pozostaje ono niezgodne z zapisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 ze zm.), nie wywiera jednak skutków finansowych, w związku z czym należy je traktować jako uchybienie formalne.

Pismem z dnia 30.11.2012 r. Beneficjent wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej w/w decyzją administracyjną. Strona zawnioskowała o uwzględnienie przy ponownym rozpatrzeniu sprawy rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 13.11.2012 r. sygn. akt I ACa 801/12 wskazując, iż umowa o dofinansowanie ma charakter umowy cywilnoprawnej, a zatem przy ocenie prawidłowości jej należytego wykonania winno się stosować przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: kc), nie zaś tryb administracyjny. Zdaniem Beneficjenta należało ocenić czy podstawą zwrotu środków miało być nienależyte wykonanie umowy przez Beneficjenta (art. 471 kc) czy też przepis art. 355 kc. Beneficjent podkreślił, iż żadna z przesłanek wskazanych w tych przepisach w odniesieniu do Beneficjenta nie zachodziła. W opinii Strony nie ma podstaw do ubiegania się o zwrot części środków przekazanych przez IZ RPO WZ, w związku z czym wniosła ona o „odstąpienie od orzeczenia zwrotu” środków

określonych w decyzji administracyjnej Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r.

W związku z zawartymi we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy zarzutami, organ ponownie przeprowadził postępowanie wyjaśniające z uwzględnieniem zarzutów podniesionych przez Beneficjenta, a także pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy. W następstwie powyższego, w dniu 22.01.2013 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/3/W/2013 utrzymującą w całości w mocy decyzję administracyjną nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. Organ wyjaśnił, iż wykrycie nieprawidłowości w projekcie powoduje konieczność dochodzenia zwrotu środków w trybie wskazanym przez przepisy ufp oraz przepisy kpa, które zobligowały IZ RPO WZ do przeprowadzenia postępowania w trybie administracyjnym. IZ RPO WZ nie zgodziła się z poglądem Beneficjenta jakoby wykryte przez IZ RPO WZ naruszenia nie wywierały wpływu na wynik przetargu. Odnosząc się do przywołanego przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 13.11.2012 r., organ wskazał, iż nie można utożsamiać Regionalnych Programów Operacyjnych (zwanych dalej: RPO) na lata 2007-2013 z Sektorowym Programem Operacyjnym Transport na lata 2004-2006, ponadto przytoczony przez Beneficjenta wyrok dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego niż w przedmiotowym postępowaniu. Zasadnicze znaczenie w omawianym przypadku wykazują odmienne przepisy regulujące powyższe okresy programowania.

Następnie Beneficjent złożył do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (zwanego dalej: WSA) w Szczecinie za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego skargę na decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/3/W/2013 z dnia 22.01.2013 r. W odpowiedzi na skargę organ wniósł o jej uchylenie. WSA wyrokiem z dnia 21.08.2013 r. (sygn. akt I SA/Sz 314/13) uchylił zaskarżoną decyzję. Sąd ustalił, iż w wydaniu zaskarżonej decyzji administracyjnej z dnia 22.01.2013 r. w przedmiocie zwrotu środków brały udział osoby, które brały również udział w postępowaniu zakończonym decyzją administracyjną z dnia 13.11.2012 r. W tej sytuacji zdaniem Sądu doszło do naruszenia prawa dającego podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego, na podstawie art. 145 § 1 pkt 3 kpa. Od zapadłego wyroku organ złożył skargę kasacyjną, która została uwzględniona przez Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej: NSA), który wyrokiem z dnia 27.01.2015 r. (sygn. akt II GSK 2194/13) uchylił wyrok WSA z dnia 21.08.2013 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania WSA. W uzasadnieniu NSA wskazał, iż w rozpoznawanej sprawie brak jest możliwości zastosowania art. 24 § 1 pkt 5 lub art. 27 § 1a kpa.

Rozpoznając ponownie sprawę, WSA wyrokiem z dnia 12.08.2015 r. (sygn. akt I SA/Sz 567/15) uchylił zaskarżoną decyzję administracyjną. W ocenie Sądu, organ przedwcześnie uznał, że zachodzi konieczność zwrotu przez Beneficjenta przyznanych mu na realizację projektu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” środków. Zdaniem Sądu, organ zarówno w uzasadnieniu decyzji administracyjnej nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r., jak i nr WWRPO/3/W/2013 z dnia 22.01.2013 r. jedynie ogólnie przytoczył ujawnione podczas czynności kontrolnych naruszenie pzp. Ponadto jak podano, organ ustalając wysokość korekty finansowej nie rozważył ani charakteru ani też wagi stwierdzonej nieprawidłowości, a także jej skutków finansowych poniesionych przez UE. IZ RPO WZ nie oceniła, wedle Sądu, stwierdzonego podczas kontroli naruszenia w odniesieniu do indywidualnej sytuacji Beneficjenta, nie wzięto też pod uwagę charakteru przedmiotu umowy o dofinansowanie, jak też konieczności dbałości o wysoką jakość wykonania zamówienia. Zwrócono uwagę, że ograniczenia zasady uczciwej konkurencji nie można rozumieć w ten sposób, że Zamawiający nie może ustalać określonych standardów przez stawianie wymogów mających na celu wykonanie zamówienia zgodnie z jego założeniami. Sąd podkreślił, iż w uzasadnieniu wydanych przez organ decyzji administracyjnych w przedmiocie zwrotu środków brak jest jednoznacznych ustaleń dokonanych przez organ, organ skupił się na przedstawieniu stanu faktycznego oraz przytoczeniu przepisów prawa, jednakże decyzje nie zawierają elementów indywidualizujących. Powyższe stanowi o naruszeniu przepisów art. 7, art. 8, art. 11 i art. 77 kpa, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy oraz o naruszeniu art. 107 § 3 kpa.

Powyższy wyrok WSA dnia 27.10.2015 r. stał się prawomocny. W dniu 10.11.2015 r. do Kancelarii Ogólnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego wpłynął odpis w/w wyroku oraz akta administracyjne. W tym miejscu należy także zaznaczyć, co wskazał WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 29.01.2014 r. (sygn. akt IV SA/Po 1003/13), iż termin do załatwienia sprawy przez organ po wydaniu wyroku przez sąd administracyjny biegnie od chwili zwrotu akt organowi, dopiero bowiem w chwili otrzymania akt organ formalnie uzyskuje wiedzę o wyniku postępowania sądowo-administracyjnego i ma możliwość podjęcia dalszych działań. A zatem od daty wpływu akt tj. od dnia 10.11.2015 r. IZ RPO WZ powzięła czynności mające na celu przeprowadzenie postępowania

administracyjnego w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy i wydania decyzji administracyjnej w tej sprawie.

Pismem z dnia 08.12.2015 r. Beneficjent został poinformowany, iż mając na względzie wyrok WSA w Szczecinie z dnia 12.08.2015 r., organ aktualnie prowadzi postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy. IZ RPO WZ wskazała, iż mając na względzie zapisy art. 10 kpa Stronie przysługuje prawo czynnego udziału w każdym stadium postępowania administracyjnego, w tym prawo przeglądania akt sprawy, uzyskania wyjaśnień, składania wniosków dowodowych w postępowaniu wyjaśniającym, a przed wydaniem decyzji wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów.

Postanowieniem z dnia 08.12.2015 r. oraz z dnia 08.01.2016 r. organ przedłużył prowadzone postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy dotyczącej wydanej przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego dnia 13.11.2012 r. decyzji administracyjnej nr WWRPO/52/W/2012. Następnie pismem z dnia 08.01.2016 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 kpa. Dnia 18.01.2016 r. Beneficjent skorzystał z prawa do zapoznania się z aktami prowadzonego przez organ postępowania administracyjnego, jednocześnie przedstawiając uwagi i zastrzeżenia odnośnie w/w postępowania. Wskazano, iż Beneficjentowi nie zostały okazane żadne dokumenty, które wskazywały na realizację przez organ zaleceń WSA zawartych w uzasadnieniu wyroku z dnia 12.08.2015 r. (sygn. akt I SA/Sz 567/15) uchylającego decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/3/W/2013 z dnia 22.01.2013 r. Podniesiono, iż organ nie odniósł się m.in. do opinii rzeczoznawcy budowlanego. Strona wniosła także o wykazanie przez organ, że jej działania związane z projektem skutkowały powstaniem szkody w budżecie UE, czego do tej pory nie uczyniono. W związku z powyższym - w ocenie Strony - Beneficjent nie mógł ustosunkować się do zgromadzonego w sprawie po wydaniu wyroku materiału. Beneficjent zwrócił uwagę, iż w obecnym stanie postępowania administracyjnego nie ma on możliwości czynnego udziału w postępowaniu. Poza tym Beneficjent podał, iż zrealizowana w ramach projektu inwestycja została wykonana z należytą starannością, a cele projektu zostały osiągnięte. Nadto dla oceny prawidłowości zrealizowanej inwestycji wniesiono o rozważenie dokonania oceny inwestycji w terenie.

W związku z wydanym przez WSA dnia 12.08.2015 r. wyrokiem, IZ RPO WZ ponownie przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. umowy o dofinansowanie projektu wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta, opinii rzeczoznawcy i wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, uwzględniając zalecenia WSA (sygn. akt I SA/Sz 567/15), co pozwoliło na poniższe ustalenia.

Wskazać należy, iż 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. Jedną z kompetencji, a zarazem obowiązków ustawowych IZ RPO WZ jest prowadzenie kontroli realizacji poszczególnych projektów w ramach RPO WZ, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

W analizowanej sprawie Beneficjent wykorzystał środki przekazane mu na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 z naruszeniem procedur.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wniosek o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie). Zgodnie z § 9 ust. 6 umowy o dofinansowanie, Beneficjent w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy o dofinansowanie ma też obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego, właściwych przepisów prawa polskiego, w tym także wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących odpowiednich reguł, zasad i postanowień wynikających z programu, uszczegółowienia programu, obowiązujących procedur, wytycznych, informacji IZ RPO WZ. Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent

zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 10 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż wedle zapisu § 10 ust. 7 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia przez Beneficjenta pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z Taryfikatorem określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności.

Przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację norm wynikających z dokumentacji aplikacyjnej oraz przepisów prawa. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest obowiązkiem. Wnioskodawcy, w opinii których uregulowania wynikające z w/w dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne nie są zobowiązani do składania wniosków aplikacyjnych czy podpisania umowy o dofinansowanie. Podpisując umowę o dofinansowanie Beneficjent zobowiązuje się do ich przestrzegania i postępowania zgodnie z ich literą. Zasady konkursu określone w regulaminie są jednakowe dla wszystkich i nie mogą być zmieniane dla potrzeb poszczególnych Beneficjentów, a każdy przystępując do konkursu godzi się na te zasady (wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 21.12.2010 r., sygn. akt I SA/Rz 823/10). W niniejszej sprawie Beneficjent składając wniosek aplikacyjny, podpisując w dniu 26.03.2010 r. umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00, a następnie w dniach 10.05.2010 r., 15.12.2010 r. oraz 23.02.2012 r. zawierając aneksy do w/w umowy o dofinansowanie, zaakceptował zapisy przedmiotowych dokumentów i zobowiązał się realizować projekt zgodnie z ich brzmieniem.

W analizowanej sprawie, po ponownym przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego z uwzględnieniem wskazań WSA zawartych w uzasadnieniu wyroku WSA w Szczecinie z dnia 12.08.2015 r. (sygn. akt I SA/Sz 567/15), IZ RPO WZ potwierdziła wystąpienie nieprawidłowości (w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006) w projekcie pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”, potwierdzając tym samym zasadniczo ustalenia poczynione podczas czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach 24-26.04.2012 r. Ustalono, że do nieprawidłowości doszło na skutek naruszenia poprzez działanie Beneficjenta art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 pzp, do którego przestrzegania Beneficjent był zobowiązany na mocy umowy o dofinansowanie – a zatem doszło do naruszenia procedur o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp – które mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Niewypełnienie postanowień umowy stanowiącej element projektu powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi. Zgodnie z art. 207 ust. 1 pzp, w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, podlegają zwrotowi przez Beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczącymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy, z zastrzeżeniem ust. 8 i 10. Zwrot środków może zostać dokonany także przez pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz Beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi, co wynika z treści art. 207 ust. 2 w/w ustawy.

Jak już wspomniano Beneficjent dopuścił się naruszenia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 284564-2010 z dnia 09.09.2010 r.) art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pzp (w brzmieniu na dzień ogłoszenia o wszczęciu przez Beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

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

Beneficjent formułując warunki udziału w postępowaniu, w pkt 6 SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny tych warunków” w ust. 1 wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. warunki dotyczące:

- 1) posiadania wiedzy i doświadczenia – wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał 5 robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia,

- 2) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – wykonawca musi wykazać, że dysponuje sprzętem opisanym w SST oraz dysponuje osobą (osobami) posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności drogowej i mostowej.

Jednocześnie w pkt 6 ust. 2 SIWZ podano, że ocena spełniania w/w warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia - nie spełnia” w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach dołączonych do SIWZ.

W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp Zamawiający żądał od wykonawcy następujących dokumentów:

- 1) wykaz 5 robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że każda robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona,
- 2) wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (pkt 7 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu”).

Zapisy pkt 7 ppkt 1 SIWZ zostały zmienione w ten sposób, że wykonawca winien ostatecznie przedłożyć: „wykaz 3 robót budowlanych związanych z przebudową mostu oraz wykaz 5 robót budowlanych związanych z przebudową drogi, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że każda robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona”.

Jak wynika z powyższego Zamawiający żądał od wykonawców wykazania się wykonaniem łącznie 8 robót budowlanych (3 związane z przebudową mostu, 5 związanych z przebudową drogi). Tymczasem jak wskazano w pkt 5 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” przedmiotem zamówienia była przebudowa drogi oraz przebudowa mostu. Zatem postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest - w opinii organu - nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Przepis ten wskazuje dyrektywy dla Zamawiającego przy dokonywaniu w/w opisu, które mają zapewnić realizację podstawowej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 pzp). Należy zaznaczyć, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Przez „związany z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć opis warunków dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, lecz nie w sposób, który wykracza poza realizację tego celu, z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, jego zakresu i stopnia złożoności. Przez „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” należy rozumieć opis adekwatny do osiągnięcia wspomnianego celu. Ograniczanie konkurencji jest możliwe w stopniu jak najmniejszym i niezbędnym do osiągnięcia zamierzonych celów, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO). Przykładowo w uchwale z dnia 20.05.2010 r. (sygn. akt KIO/KU 34/10) wskazano, iż „przepis ten nie nakazuje określenia warunku mniejszego niż przedmiot zamówienia, lecz proporcjonalnego, a zgodnie ze słownikową definicją „proporcja”, to „równość dwóch stosunków”, a zatem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznaczałoby „mniej więcej taki sam” jak przedmiot zamówienia, jednocześnie „nie za duży, ale i nie za mały””. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Warto przytoczyć w tym miejscu szerzej wyjaśnienia Beneficjenta do wyników kontroli zawarte w piśmie z dnia 10.07.2012 r., gdyż będą stanowiły one punkt odniesienia dla dalszych rozważań. Otóż Beneficjent wskazał w w/w piśmie, iż ustawodawca celowo określił w sposób ogólny warunki udziału w postępowaniu pozostawiając tym samym Zamawiającemu uprawnienia do ich kształtowania w zależności od przedmiotu, rodzaju i charakteru zamówienia. Ostateczną decyzję jak określić warunek tak, aby wykonawca spełnił wymagania co do wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zadania Zamawiający podjął w analizowanym przypadku biorąc pod uwagę szeroki i różnorodny zakres robót do wykonania, dużą wartość inwestycji oraz zagrożenie utraty dofinansowania w razie

nieterminowego i/lub nierzetelnego jej wykonania. Według Beneficjenta, tak sformułowane kryterium pozwalało na wybór wykonawcy, który z większym prawdopodobieństwem wykona zadanie, niż wykonawca bez udokumentowanego doświadczenia lub z mniejszym doświadczeniem. Warto również dodać, iż Beneficjent powołując się na orzecznictwo dodał, iż Zamawiający nie jest zobowiązany do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, aby w danym postępowaniu mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku, a także że Zamawiający może określić warunki jakie stawia wykonawcom w taki sposób, żeby uzyskać usługę jak najwyższej jakości. Ponadto wskazał, iż doświadczenie jest pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonaniem eksperymentem czy próbą, jakby to było w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności. Poza powyższym, o fakcie, iż Beneficjent nie naruszył zasady konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców, świadczy w jego ocenie, również okoliczność, iż do postępowania przetargowego w analizowanej sprawie przystąpiły 3 firmy. Każdy podmiot miał zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania były takie same dla wszystkich. Również ocena ofert była dokonywana z uwzględnieniem tych samych kryteriów. Poza tym jak wskazał Beneficjent, w trakcie postępowania żaden z wykonawców nie wniósł odwołania wobec czynności Zamawiającego (art. 180 ust. 2 pkt 2 pzp), co zdaniem Beneficjenta świadczy o tym, iż nie było podmiotu, który uznał że doszło względem niego do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Również w piśmie z dnia 05.10.2012 r. (złożonym na etapie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków) Beneficjent podtrzymał stanowisko dot. prawidłowego określenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przedstawiając jako dowód postanowienie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 13.07.2012 r. odmawiające wszczęcia postępowania wyjaśniającego o naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisanu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na remont drogi powiatowej Resko – Ostrzyca.

Odnosząc się do powyższego, w ocenie organu nie ulega wątpliwości, iż to w gestii Zamawiającego leży takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które pozwolą na wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Tym niemniej formułując opis przedmiotu zamówienia Zamawiający musi pamiętać, że – jak już wskazywano – winien on być związany z przedmiotem zamówienia, a także do niego proporcjonalny. Tymczasem w przedmiotowej sprawie warunek proporcjonalności nie został spełniony. Zdaniem organu nie można uznać, że do wykonania zamówienia dotyczącego przebudowy drogi oraz mostu niezbędne jest doświadczenie w zakresie wykonania dużo większej, bo aż ośmiu łącznie (w tym 3 roboty związane z przebudową mostu i 5 związanych z przebudową drogi), ilości robót budowlanych. Sformułowany przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie warunek udziału w postępowaniu uniemożliwiał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotom, które byłyby zdolne do jego wykonania – np. nabyły doświadczenie wykonując mniejszą ilość robót budowlanych, a nie mogły się wykazać wykonaniem 3 robót związanych z przebudową mostu i 5 związanych z przebudową drogi. Wykonanie tożsamyh z żądanymi przez Zamawiającego robót, lecz w mniejszej ilości np. po 3 z uwagi na charakter zamówienia, również świadczy o powtarzalności zamówień (nabytej przez wykonawcę praktyce, nie zaś przypadkowości wykonania prac), co daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warto zauważyć, iż Zamawiający żądał wykazania się 3 zrealizowanymi robotami jedynie w przypadku przebudowy mostu (które to zadanie jest w ocenie IZ RPO WZ bardziej skomplikowanym aniżeli przebudowa drogi), zaś w przypadku drogi próg ten ustanowił już na poziomie 5 nieuzasadniając tej rozbieżności. Zatem IZ RPO WZ podziela twierdzenie Beneficjenta, iż weryfikacja doświadczenia jest istotna, niemniej jednak ilość robót określona przez Zamawiającego, mając na uwadze wielkość zamówienia jest wygórowana, a Beneficjent nie wykazał, iż określenie wymaganego poziomu w ilości robót budowlanych było niezbędne i nie spowodowało ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Zamawiający nie wykazał, że realizacja mniejszej ilości robót nie gwarantowała wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji danego zamówienia.

Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu musi mieć na uwadze zasady rządzące systemem zamówień publicznych, przede wszystkim zapewnienie odpowiedniej konkurencyjności, której występowanie jest także w interesie Zamawiającego. Na kwestię tą (znajdującą wprost odzwierciedlenie w przepisach prawnych) zwrócono uwagę m.in. w wyroku z dnia 23.12.2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (sygn. akt C-376/08). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej: TSUE; dawniej: Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich zwany dalej: TSWE) we wspomnianym wyroku wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji, gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską, w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla

osiągnięcia celów. Nadto w wyroku z dnia 27.10.2005 r. w sprawie Conste SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (sygn. akt C-234/03) wyjaśniono, iż naruszeniem Traktatu jest żądany przez Zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto TSWE (obecnie TSUE) w wyroku z dnia 16.09.1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (sygn. akt C-414/97) wskazał, że przy ocenie czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji oznacza, że powinny być one, co już zaznaczano wcześniej, adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepis art. 22 ust. 4 pzp ma charakter blankietowy, a więc podlega konkretyzacji w danym postępowaniu, ale nie oznacza to, że Zamawiający ma całkowitą swobodę w formułowaniu warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia. A zatem organ podziela zdanie Beneficjenta wyrażone w piśmie z dnia 10.07.2012 r. (wyjaśnienia do wyników czynności kontrolnych), iż zadaniem Zamawiającego jest zapewnienie sobie usługi najwyższej jakości, tym nie mniej zadanie to winno być realizowane w ramach zakreślonych przez pzp. Zamawiający winien dokonać konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, ażeby warunki te były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać przedmiot zamówienia z należytą starannością. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. W wyroku z dnia 20.03.2009 r. (sygn. akt VIII Ga 58/09) Sąd Okręgowy w Szczecinie podkreślił, iż „(...) celem przepisu (dot. art. 22 pzp) jest wyłącznie ochrona interesu publicznego i nie może on stanowić podstawy do nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. (...) jeżeli więc Zamawiający twierdzi, że ma prawo żądać od oferenta chcącego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) spełnienia określonych kryteriów, to (...) jest zobowiązany wykazać istnienie faktów uzasadniających to prawo w tym również tego, że jego żądanie nie narusza zakazu określonego normą art. 22 ust. 2 pzp (w aktualnym stanie prawnym przepis znajduje odzwierciedlenie w art. 22 ust. 4 pzp). Określenie warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji przez wykluczenie uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Ustawodawca wskazał, iż dostęp do zamówienia powinien być zapewniony wszystkim wykonawcom, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia”.

Zamawiający uzasadniając (zarówno na etapie czynności kontrolnych jak i postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków) proporcjonalność warunku do opisu przedmiotu zamówienia nie wykazał w ocenie IZ RPO WZ, że postawienie wymogu wykazania się zrealizowaniem 5 robót związanych z przebudową drogi i 3 związanych z przebudową mostu było niezbędne dla wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Nie jest wystarczającym twierdzenie Beneficjenta, iż przy określaniu warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia wzięto pod uwagę szeroki i różnorodny zakres robót do wykonania, dużą wartość inwestycji oraz zagrożenie utraty dofinansowania w razie nieterminowego i/lub nierzetelnego jej wykonania. IZ RPO WZ podziela wprawdzie twierdzenie, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które zapewnią jego właściwą realizację, ale jednocześnie takich, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Należy jednak pamiętać, iż zgodnie z zasadą proporcjonalności warunek udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia nie może przekraczać wielkości zamówienia. Tymczasem jak już wskazywano przy przedmiocie zamówienia obejmującym przebudowę drogi i mostu Zamawiający wymagał od potencjalnych wykonawców wykazania się realizacją 5 robót związanych z przebudową drogi i 3 związanych z przebudową mostu, zaś zdaniem IZ RPO WZ doświadczenie dla zrealizowania takiego zamówienia wykonawca mógł również nabyć wykonując w przeszłości mniejszą ilość robót. Jedynie przykładowo warto wskazać, iż Zamawiający byłby w stanie zagwarantować należyte wykonanie zamówienia również, gdyby zażądał od wykonawców wykazania się realizacją 3 robót zarówno dot. przebudowy mostu, jak i drogi (zamiast 5 dot. przebudowy drogi). Stawianie większych wymogów odnośnie doświadczenia w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi, zaś mniejszych w przypadku przebudowy mostu, w ocenie organu jest niezasadne. Beneficjent nie wyjaśnił przesłanek

dokonanego rozróżnienia. Reasumując, sposób określenia warunków udziału w postępowaniu (przekładający się w rezultacie na ocenę ich spełnienia), np. poprzez określenie zbyt dużego doświadczenia, którym winni się wykazać wykonawcy, nie może prowadzić do ewentualnego wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Tym samym nie uznano wyjaśnień Beneficjenta przedstawianych na etapie czynności kontrolnych i postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków zmierzających do wykazania prawidłowości określenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i tym samym nienaruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym (tj. możliwością wykluczenia przez Zamawiającego części wykonawców poprzez nieproporcjonalne określenie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia w stosunku do przedmiotu zamówienia) nie można także zgodzić się z Beneficjentem (pismo z dnia 10.07.2012 r.) i uznać, iż fakt, że w postępowaniu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” złożyły ofertę 3 podmioty, a także że każdy podmiot miał równy dostęp do informacji, świadczy o tym, że nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Należy mieć na uwadze, iż gdyby nie naruszenie pzp, nie jest wykluczonym, iż więcej wykonawców złożyłoby swoje oferty. Gdyby Zamawiający nie ustanowił nadmiernego warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia i nie uniemożliwił ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy mogliby wykazać się doświadczeniem w realizacji mniejszej ilości robót budowlanych, możliwym jest, iż w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęłaby oferta korzystniejsza cenowo. Ograniczenie konkurencyjności, o którym mowa mogło przyczynić się do powstania szkody w budżecie UE poprzez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego aniżeli mogłoby być to konieczne. Gdyby Zamawiający nie naruszył pzp, złożonych ofert mogłoby być więcej aniżeli 3, mogłaby wpłynąć również oferta niższa cenowo od tej wybranej w postępowaniu, wskutek czego niższy byłby wkład z UE na sfinansowanie wydatku. Tym samym zaistniały wszystkie elementy nieprawidłowości tj. naruszenie prawa spowodowane działaniem Beneficjenta, stwierdzenie możliwości wystąpienia szkody i związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wspomnianym naruszeniem a szkodą potencjalną. Zasadnym było zatem nałożenie przez IZ RPO WZ korekty finansowej w przedmiotowym postępowaniu.

Należy również dodać, iż o tym, że nie doszło do naruszenia podstawowej zasady rządzącej systemem zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie świadczy także fakt, iż żaden wykonawców nie wniósł odwołania wobec dokonanego przez Zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, którą to możliwość stwarza art. 180 ust. 2 pkt 2 pzp (który to argument podniósł Beneficjent w piśmie z dnia 10.07.2012 r.). Nie może umykać uwadze, iż jest to jedynie uprawnienie, a nie obowiązek czy to wykonawcy czy innego podmiotu, który miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego pzp. Tymczasem obowiązkiem IZ RPO WZ – której przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów – jest reagowanie na wszelkie naruszenia ze strony Beneficjentów i w razie uznania ich za nieprawidłowość nałożenie korekty finansowej, co też w niniejszej sprawie uczyniono. Należy też wskazać, iż nie zmienia stanowiska organu przedłożone przez Beneficjenta pismem z dnia 05.10.2012 r. postanowienie Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 13.07.2012 r. w sprawie odmowy wszczęcia postępowania wyjaśniającego o naruszenie dyscypliny finansów publicznych polegającego na nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisanemu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w 2010 r. w celu wyboru wykonawcy remontu drogi powiatowej nr 0855Z Resko - Ostrzyca na odcinku 13.127 km z przejściem przez miejscowości Smólsko i Łośnica wraz z elementami bezpieczeństwa ruchu, co było niezgodne z art. 7 ust. 1 pzp. Postanowienie to dotyczy innego stanu faktycznego niż w badanym postępowaniu. Ponadto IZ RPO WZ posiada uprawnienie do stwierdzania naruszeń pzp i nie jest związana w tym zakresie rozstrzygnięciami innymi organów. Poza tym jak już wskazywano warunki udziału w postępowaniu nie muszą być jednakowo dogodne dla wszystkich potencjalnych wykonawców, ale Zamawiający winien zapewnić możliwie szeroki ich udział, czego nie uczynił ograniczając konkurencyjność. Tym samym IZ RPO WZ podtrzymuje zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp.

Dodatkowo wskazać należy, iż w trakcie czynności kontrolnych w dniach 24-26.04.2012 r. stwierdzono, iż Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886 - 29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców, poprzez wymaganie od wykonawcy spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykazanie przez wykonawcę, że dysponuje sprzętem

opisanym w SST (pkt 6 SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny tych warunków”), natomiast nie dookreślił jakim dokładnie sprzętem ma być realizowane zamówienie, nie podał rodzajów i ilości tych sprzętów. Na skutek ponownej analizy sprawy (w tym wyjaśnień Beneficjenta), organ podtrzymuje stwierdzenie naruszenia w tym zakresie.

W piśmie z dnia 10.07.2012 r. polemizującym z ustaleniami poczynionymi przez IZ RPO WZ w trakcie kontroli w dniach 24-26.04.2012 r. Beneficjent wskazał, iż w opisie warunku dotyczącym dysponowania sprzętem odwołał się do SST (stanowiącej załącznik do SIWZ), w której dokładnie opisano jaki sprzęt jest niezbędny dla wykonania konkretnej roboty budowlanej. Dodał również, iż warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone czytelnie, gdyż w trakcie postępowania nie wpłynęły do Zamawiającego żadne zapytania odnośnie tej kwestii. Powyższe wyjaśnienia powtórzono w piśmie z dnia 05.10.2012 r.

Mając powyższe na uwadze organ poddał ponownej analizie zapisy SST, w następstwie czego uznał, że ich treść nie pozostawia wątpliwości, iż Zamawiający nie dokonał w specyfikacji technicznej uszczegółowienia, o którym mowa. Ustalono jednakże również, iż spis sprzętu stanowił element przedmiaru robót. Jednocześnie wskazać należy, iż jeżeli przedmiar robót miałby samodzielnie służyć do uszczegółowienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane to musiałby występować zawsze, niezależnie od przyjętego przez Zamawiającego trybu udzielania zamówienia. Tymczasem z § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. 2004 r. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) wynika, że w przypadku, gdy zamówienie na roboty budowlane jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót. Poza tym jak stanowi art. 36 ust. 1 pkt 5 pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków to niezbędny element SIWZ i przepis nie zawiera w tym zakresie żadnych wyłączeń uzależnionych od rodzaju zamówienia. Ponadto nawet gdyby uznać, iż wyłącznie przedmiar może posłużyć Zamawiającemu do opisanego sprzętu potrzebnego wykonawcom do wykonania konkretnej roboty budowlanej (którego to zdania organ nie podziela) to należy zauważyć, iż przedmiar (tabela zestawienie sprzętu) w analizowanym przypadku zawierał jedynie informacje o rodzaju sprzętu, nie zaś jego ilości. Poza tym przypisane poszczególnym pozycjom zestawienia sprzętu jednostki miary w postaci maszynogodziny czyli m-g (jednostką, za pomocą której mierzy się nakłady pracy maszyn, sprzętu jest godzina pracy pojedynczej maszyny) stanowią w większości niewielkie wartości. W takim przypadku wymaganie od wykonawcy, aby przy składaniu oferty wykazał się dysponowaniem sprzętem do realizacji zamówienia wraz ze wskazaniem podstawy tego dysponowania, można uznać za nadmierne. Sprzęt taki mógłby przecież zostać przez wykonawcę np. wypożyczony (zwłaszcza w przypadkach, w których Zamawiający przewiduje, że nie zostanie przekroczona 1 m-g) na późniejszym etapie aniżeli składanie oferty. Jak już szeroko wyjaśniano we wcześniejszej części decyzji warunki udziału powinny być adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Niewłaściwe określenie warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 pzp. Nieprecyzyjny zapis w SIWZ mógł zniechęcić potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu, wszakże bezpośrednio nie określono w SIWZ szczegółowo w/w warunku udziału w postępowaniu, warunek ten nie został również skonkretyzowany w SST (do której SIWZ odsyłał), zaś w przedmiarze robót wymogi dotyczące sprzętu jakim mieli dysponować wykonawcy zostały określone w sposób niepełny (np. brak podanej ilości). Ponadto żądanie wykazania na jakiej podstawie wykonawca będzie dysponował sprzętem kiedy ilość m-g wskazana w przedmiarze robót jest niewielka trudno uznać za zasadne przy składaniu ofert (sprzęt mógłby zostać wypożyczony do realizacji zamówienia). Wobec działania Zamawiającego, które mogło zniechęcać potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu okoliczność składania, bądź nie zapytań odnośnie warunku udziału w postępowaniu pozostaje bez znaczenia dla sprawy. Gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia więcej wykonawców aniżeli 3 mogłoby złożyć swoją ofertę, co stwarzałoby szansę wpływu oferty lepszej cenowo. Należy pamiętać, iż większa konkurencja w postępowaniu daje Zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, więc jej ograniczenie mogło przyczynić się do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE poprzez finansowanie wydatku, który gdyby Beneficjent nie dopuścił się w/w naruszenia pzp mógłby być niższy, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE.

Ponadto IZ RPO WZ stwierdziła w trakcie czynności kontrolnych (co potwierdziło prowadzone postępowanie administracyjne), iż w ramach postępowania pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 3 pzp poprzez wskazanie znaków towarowych bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych. Zamawiający w SIWZ, opisie technicznym i przedmiarze robót użył nazw własnych do opisanie cech materiałów bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych. Przy opisie przedmiotu zamówienia zastosowano m.in. takie nazwy jak: MULTI PLATE, rury PECOR 40, kostka betonowa „Polbruk”, kruszywo Pollytag, Icosit EG 1, INTERTOL POXITAR, słupki bariero-poręczy: Mosty Mazowieckie, grunt: typu Sikafloor, w-wa właściwa: typu Elastomastic TF, w-wa zamykająca: typu Sikafloor 363 Elastic, kotwy cynkowe HILTI-HAS M, taśma typu Igas Profile R 10, farba typu POLREFLEX OZ.

Należy wskazać, iż pzp (obowiązujące na dzień ogłoszenia o postępowaniu) w art. 29-31 (z których art. 31 bezpośrednio dotyczy robót budowlanych) precyzuje zasady według jakich Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia.

Najbardziej ogólnym przepisem dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, odnoszącym się zarówno do dostaw i usług, jak i do robót budowlanych, jest art. 29 pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp Zamawiający obowiązany do jego dokonania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia służy jednocześnie Zamawiającemu, jak i wykonawcom - z jednej strony określa rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, z drugiej zaś pozwala wykonawcom realnie wycenić ofertę. Dlatego też nie może on być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, a także nie powinien przenosić na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia.

Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Warto podkreślić, iż do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 pzp opis przedmiotu zamówienia tj. opis przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 3 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. W tym miejscu należy wyjaśnić, iż znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa. Znakiem towarowym może być w szczególności wyraz, rysunek, ornament, kompozycja kolorystyczna, forma przestrzenna, w tym forma towaru lub opakowania, a także melodia lub inny sygnał dźwiękowy. Przez znaki towarowe rozumie się też znaki usługowe. Pojęcie patentu należy odnieść do ograniczonego w czasie prawa właściciela rozwiązania technicznego do korzystania z wynalazku bądź wynalazków będących przedmiotem patentu w celach zawodowych lub zarobkowych na terenie państwa, które decyzją administracyjną patentu udzieliło. Użyte w art. 29 ust. 3 pzp pojęcie pochodzenia nie dotyczy pochodzenia od danego producenta, tylko kraju lub regionu pochodzenia, a więc jest oznaczeniem geograficznym. Oznaczeniami geograficznymi są oznaczenia słowne odnoszące się bezpośrednio lub pośrednio do nazwy miejsca, miejscowości, regionu lub kraju (teren), które identyfikują towar jako pochodzący z tego terenu, jeżeli określona jakość, dobra opinia lub inne cechy towaru są przypisywane przede wszystkim pochodzeniu geograficznemu tego towaru. A zatem w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia ze wskazaniem pochodzenia czy patentu przy opisie przedmiotu zamówienia.

Dopuszczalność wskazania znaku towarowego w opisie jest wyjątkiem od reguły, dlatego art. 29 ust. 3 pzp nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Z art. 29 ust. 3 pzp wynika, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie m.in. znaków towarowych jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a Zamawiający wskazując w opisie przedmiotu zamówienia znak towarowy, patent lub pochodzenie wskaże opis rozwiązania równoważnego opisanemu. W takim przypadku opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać precyzyjnie określone wymagania Zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu równoważności. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań w opisie rozwiązania równoważnego umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu bezstronną ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.

W wyroku z dnia 07.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 254/08) KIO odnosząc się do wykładni pojęcia „równoważności” zwróciła uwagę, że: „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano

składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny, bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ”. Również w wyroku KIO z dnia 09.08.2012 r. (sygn. akt KIO 1615/12) Izba podkreśliła, że przepis art. 29 ust. 3 pzp „wskazuje, że przy używaniu przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, Zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): „lub równoważny”. Literalnie, przy formalnym i legalnym badaniu postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla wypełnienia wymogów wskazanej normy prawnej wystarczające jest użycie przy opisie przedmiotu zamówienia przywołanego w tym przepisie sformułowania „lub równoważny”. W stanowisku doktryny i orzecznictwie przyjęło się wskazywać, że w tym zakresie Zamawiający powinien wskazać pewne wyznaczniki dopuszczalnej równoważności oferowanych w postępowaniu rozwiązań. Izba również podziela ten pogląd, wskazując jednocześnie, że z punktu widzenia późniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - etapu badania i oceny ofert - taki uszczegółowiony w stosunku do literalnego brzmienia wytycznej zawartej w art. 29 ust. 3 pzp, opis równoważności jest wskazany w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do oceny równoważności oferowanego rozwiązania. Wątpliwości te mogą się bowiem pojawiać w tym zakresie w trakcie badania i oceny ofert co do tego, jakich elementów w opisie przedmiotu zamówienia dotyczyła równoważność i w jakim zakresie powinna ona być weryfikowana (co do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, czy też w stosunku do niektórych, czy też weryfikacja ta powinna dotyczyć zgodności z konkretnym minimalnym, czy maksymalnym parametrem, czy też w określonych zakresach)”.

Zamawiający nie może też zapominać o art. 30 pzp, który wymaga, aby Zamawiający opisywał przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem norm lub aprobat, specyfikacji czy systemów, o których mowa w przepisie, z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych opisywanym. Cecha (właściwość) to element odróżniający lub charakteryzujący pod jakimś względem istoty lub przedmioty, ich czynności i stany oraz procesy i zjawiska zachodzące w otaczającej rzeczywistości. Cechy techniczne przedmiotu to właściwości przedmiotu, które można odróżnić od innych właściwości oraz określić za pomocą jednostek lub wskaźników (parametrów), które przedstawiają prawdziwą (rzeczywistą) wartość danej cechy. Cechy techniczne określają techniczne parametry konstrukcji i technologii wyrobu decydujące o jego funkcjach, a ich cechą jest to, że są mierzalne. Cechy jakościowe to zespół właściwości i charakterystyk wyrobu lub usługi, które noszą w sobie zdolność zaspokojenia określonej potrzeby. Cechy jakościowe mogą być obiektywne, mierzalne (np. klasa wytrzymałości, klasa odporności) oraz subiektywne, niemierzalne, doznawane za pomocą zmysłów i oceniane przez każdego inaczej (np. barwa, zapach, dźwięk). Cechy jakościowe odnoszą się do wartości użytkowej przedmiotu zamówienia, np. stopnia realizacji oczekiwanych funkcji, komfortu użytkowania, łatwości obsługi i konserwacji, zdolności do pracy bezusterkowej, czasu zachowania cech użytkowych, bezpieczeństwa użytkowania. Cechy techniczne i jakościowe to suma cech wyrobu lub usługi, która sprawia, że spełniają one wymagania Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymagań funkcjonalnych, może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem cech jakościowych i technicznych.

Dodatkowe obostrzenia nakłada na Zamawiającego w przypadku zamówienia na roboty budowlane art. 31 ust. 1 pzp, który wskazuje, iż Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Natomiast ust. 2 stanowi, iż jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Mając na uwadze powyższe rozważania teoretyczne, warto w tym miejscu przytoczyć przedstawiane przez Beneficjenta zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków wyjaśnienia dotyczące sformułowanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia. Otóż w piśmie z dnia 10.07.2012 r. (wyjaśnienia do wyników kontroli) Beneficjent wskazał, iż przyjęta w projekcie technicznym i zaakceptowana w prawomocnym pozwoleniu na budowę technologia przebudowy mostu narzuciła zastosowanie blach stalowych MULTI PLATE, których nie można zastąpić innymi materiałami. Według Beneficjenta opis przedmiotu zamówienia nie został dokonany w sposób dyskryminujący, gdyż każdy z wykonawców miał równy

dostęp do zakupu tego materiału jako powszechnie dostępnego. Jak podał Beneficjent, to samo odnosiło się do pozostałych materiałów, których użyto nazwy własne – one również są ogólnie dostępne na rynku. Dodatkowo na etapie postępowania administracyjnego pismem z dnia 05.10.2012 r. przedłożono opinię techniczną rzeczoznawcy budowlanego w zakresie mostów. Jak wynika z opinii, ponieważ udzielone zamówienie dotyczyło robót budowlanych Strona nie mogła w bezpośredni sposób uchybić art. 29 ust. 3 pzp poprzez niedopuszczenie rozwiązań równoważnych, gdyż opisanie przedmiotu zamówienia w tym przypadku winno być zgodne z normą art. 31 pzp. Następnie rzeczoznawca wskazał, że wybór technologii przebudowy mostu przedstawionej w projekcie budowlanym wykorzystującej system blach MULTI PLATE nie wyklucza innych producentów. Przywołana nazwa jest nazwą konstrukcji podatnych o przekroju owalnym, a nie nazwą producenta. Na rynku istnieje wielu producentów konstrukcji MULTI PLATE. Ponadto podano, iż zastosowanie w przedmiarze robót terminologii wskazującej nazwę produktu poprzedzoną słowem „typu”, np. farba typu POLREFLEX OZ nie stanowi o użyciu znaku towarowego. Nazwa produktu poprzedzona słowem „typu” została użyta jako nazwa farby do oznakowania. Brak powołania się na dokładne właściwości tej farby umożliwia wykonawcy zastosowanie farby do oznakowania różnych producentów. W przypadku zastosowanej przez Zamawiającego nazwy „Mosty Mazowieckie”, świadczącej o tym, że na moście została zaprojektowana bariero-poręcz, rzeczoznawca wskazał, iż jest to nazwa zwyczajowa od pierwszego producenta barier tego typu, a na rynku istnieje wielu producentów bariero-poręczy. Zdaniem opiniującego uzasadnionym było odwołanie się przez projektanta do konkretnego materiału w przypadku kruszywa Pollytag. Jest to rodzaj kruszywa o specjalnych właściwościach fizycznych tj. niskim ciężarze objętościowym, zastosowanie którego wymagała analiza statyczna obiektu. Jak podano analogiczne wytłumaczenie można przyjąć dla kotew cynkowych HILTI-HAS M, które posiadają wysoką wytrzymałość i są powszechnie stosowane do kotwienia barier na mostach. Analizując zagadnienie czy pominięcie w opisie materiałów sporządzonym przez wskazanie określenia „typu” wraz z nazwą własną producenta bez użycia wyrażenia „lub równoważne” mogło wpłynąć na ograniczenie konkurencji pomiędzy producentami materiałów budowlanych, rzeczoznawca wskazał, iż z uwagi na fakt, iż przebudowa mostu jest robotą specjalistyczną pominięcie wyrażenia „lub równoważne” pozostaje bez wpływu na ograniczenie konkurencyjności. Stosowane w budownictwie mostowym materiały są wysoce specjalistyczne i charakteryzują się równoważnymi parametrami. W tym przypadku wskazanie nazwy jednego z produktów nie wyklucza pozostałych. Reasumując, zdaniem opiniującego nie doszło do naruszenia pzp, w szczególności art. 29 ust. 3 pzp.

Należy wskazać, że organ na podstawie całokształtu materiału dowodowego ocenia czy dana okoliczność została udowodniona (art. 80 kpa), a zatem to w jego kompetencjach leży m.in. zbadanie czy przedstawiona opinia jest zupełna, logiczna i wiarygodna. Odnosząc się do przytoczonej opinii technicznej rzeczoznawcy budowlanego w zakresie mostów z września 2012 r. w pierwszej kolejności trzeba zauważyć, iż faktycznie Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 pzp). Jednakże przepis ten nie jest jedynym, który musi brać pod uwagę Zamawiający dokonując opisu, o którym mowa. Przepis art. 31 pzp wskazuje na dodatkowe wymagania jakich musi dopełnić Zamawiający, jednakże nie oznacza, iż w tym przypadku wykluczone jest stosowanie przepisów ogólnych odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane musi zatem odpowiadać wymogom wynikającym z art. 29 - 30 pzp. Dalej należy wskazać, iż projektant powinien być zobligowany do sporządzenia projektu zgodnie z powyższymi zasadami, a jego praca pod tym kątem powinna zostać zweryfikowana przez Zamawiającego. Warto też zwrócić uwagę, iż IZ RPO WZ nie zarzuciła Zamawiającemu użycia przy realizacji robót budowlanych niewłaściwych materiałów, lecz niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia. Następnie należy zauważyć, iż Beneficjent w swych wyjaśnieniach z dnia 10.07.2012 r. szczegółowo odniósł się jedynie do opisu blach stalowych MULTI PLATE, a jeśli chodzi o użycie pozostałych nazw materiałów podsumował to jednym zdaniem: „materiały są ogólnodostępne na rynku dla każdego wykonawcy, więc żaden z wykonawców nie był z całą pewnością dyskryminowany”. Co prawda nieco szerzej odniósł się do analizowanego zagadnienia rzeczoznawca w przedstawionej powyżej opinii, jednakże i ta opinia nie odnosi się do wszystkich użytych przez Zamawiającego nazw, a zatem nie odnosi się kompleksowo do analizowanego zagadnienia. Ani rzeczoznawca, ani Beneficjent nie wyjaśnił szczegółowo co w niniejszej sprawie zadecydowało o użyciu takich nazw jak choćby: rury PECOR 40, kostka betonowa „Polbruk”, Icosit EG 1, INTERTOL POXITAR, grunt: typu Sikafloor, w-wa właściwa: typu Elastomastic TF, w-wa zamykająca: typu Sikafloor 363 Elastic, taśma typu Igas Profile R 10. Warto zauważyć, iż nawet nie wszystkie z tych nazw zostały poprzedzone określeniem „typu” (np. rury PECOR 40, kostka betonowa „Polbruk”, Icosit EG 1, INTERTOL POXITAR), nie mówiąc już o określeniu parametrów równoważności. Należy podkreślić, iż przepis art.

29 ust. 3 pzp będący przepisem ogólnym, mającym zastosowanie do każdego rodzaju zamówienia (w tym również dot. robót budowlanych) ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach i musi być ściśle interpretowany: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne” albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Z orzecznictwa KIO w tym zakresie (przykładowego przytoczonego w niniejszej decyzji) wynika, iż Zamawiający powinien przy dopuszczeniu składania ofert równoważnych precyzyjnie określić parametry tej równoważności. Ze sporządzonego przez niego opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni móc bez trudu ocenić czy ich oferty będą spełniały wymogi. IZ RPO WZ stoi na stanowisku, iż wskazane przez Zamawiającego produkty można było opisać za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W ocenie organu na wniosek taki pozwala choćby sama treść opinii, o której mowa. Rzeczoznawca wskazał m.in. w przypadku kruszywa Pollytag czy kotew cynkowych HILTI na ich właściwości, a zatem nielogicznym wydaje się w takim przypadku posłużenie się nazwą własną. Poza tym nawet gdyby uznać, iż niemożliwym było dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń to jednak użyciu nazw nie towarzyszyło wyrażenie „lub równoważne” wraz z określeniem parametrów równoważności. Należy też zwrócić uwagę, iż dostępność produktów na rynku nie stanowi uzasadnienia dla odstąpienia od opisu zgodnego z wymogami pzp. Zamawiający narusza pzp jeżeli mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na nazwę własną. Zatem wobec powyższego należy wyraźnie wskazać, że organ – stosownie do zaleceń sformułowanych w wyroku WSA z dnia 12.08.2015 r. uchylającym decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/3/W/2013 z dnia 22.01.2013 r. – szczegółowo przeanalizował opinię rzeczoznawcy budowlanego, która to analiza doprowadziła do uznania, iż nie można zgodzić się z wnioskami wyprowadzonymi w tej opinii, bowiem w świetle przepisów prawa i orzecznictwa Beneficjent naruszył art. 29 ust. 3 pzp.

Opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymogami pzp mogło przyczynić się do rezygnacji części potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniu, a tym samym naruszyło zasadę konkurencyjności. Należy podkreślić, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Beneficjent poprzez swoje działanie ograniczył możliwość składania ofert równoważnych, mających wpływ na zapewnienie warunków uczciwej konkurencji potencjalnym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko takie potwierdza wyrok KIO z dnia 25.08.2010 r. (sygn. KIO/UZP 1733/10): „Zaniechanie podania minimalnych wymagań w zakresie sposobu oceny równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi nie tylko naruszenie dyspozycji przepisu art. 29 ust. 3 pzp, ale również może utrudniać uczciwą konkurencję, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców mogących zaoferować inne produkty tej samej klasy, jak wskazane jako referencyjne w SIWZ (...) Zamawiający powinien wręcz stworzyć zamknięty katalog kryteriów oceny równoważności i podać go w SIWZ, by wykluczyć w tym zakresie jakąkolwiek uznaniowość”. Opis przedmiotu zamówienia nie powinien bezzasadnie ograniczać dostępu do wykonania zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym do jego realizacji. Swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Należy przypomnieć, iż pzp nie tylko chroni interes Zamawiającego, ale także nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Istotnym jest, aby na każdym etapie postępowania wykonawcy traktowani byli jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zakazany jest stosowanie wszelkich sformułowań, które wskazywałyby na konkretny wybór. Dostawne wskazanie znaku towarowego stanowi przejaw bezpośredniej dyskryminacji, tudzież uprzywilejowania konkretnego produktu.

Naruszenie przez Beneficjenta zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców mogło doprowadzić do wystąpienia szkody w budżecie UE przez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego aniżeli mogłoby być to konieczne, bowiem nie jest wykluczonym, iż z udziału w postępowaniu zrezygnowały firmy, które byłyby w stanie zrealizować zamówienie w sposób spełniający oczekiwania Zamawiającego, a jednocześnie zaproponowałyby korzystniejszą cenę. Organ wziął pod uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyły 3 podmioty, jednak zapewnienie większej konkurencyjności poprzez prawidłowe sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia dawałoby szansę na wpływ jeszcze większej ilości ofert (niewykluczone, że w porównaniu z ofertą wybraną korzystniejszych dla Zamawiającego). Reasumując, działanie podmiotu

gospodarczego prowadzące do naruszenia pzp spowodowało potencjalną szkodę w budżecie UE. Wszak gdyby Zamawiający stworzył możliwość wzięcia udziału w postępowaniu większej liczbie podmiotów, tj. nie określił wadliwie opisu przedmiotu zamówienia, mogłoby dojść do wyłonienia wykonawcy oferującego korzystniejszą cenę, a zatem wkład finansowy z budżetu UE byłby niższy.

Odnosząc się do zarzutu postawionego przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż umowa o dofinansowanie ma charakter umowy cywilnoprawnej, a zatem przy ocenie prawidłowości jej należytego wykonania winno się stosować przepisy kc, nie zaś tryb administracyjny, należy wskazać co następuje. Instytucja Zarządzająca jest samoistnym organem administracji publicznej, który przygotowuje program operacyjny, zarządza nim oraz nadzoruje jego realizację. Instytucja Zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami (art. 60 Rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006). Do jej ogólnych zadań, w ramach wszystkich programów należy: kontrola realizacji programu oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych (art. 26 ust. 1 pkt 14 i 15a uzppr). Oczywiście jest zatem, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Art. 26 ust. 1 pkt. 15a uzppr nadaje Instytucji Zarządzającej obowiązek ustalania i nakładania korekt finansowych. Ustalanie korekt finansowych, aby mogło być uznane za rzeczywisty instrument nadzoru nad prawidłowością wydatkowania środków pochodzących z budżetu UE musi być traktowane jako działanie polegające na stwierdzeniu uchybień w zakresie przestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych, a ponadto musi obejmować ocenę wagi tych naruszeń stosownie do art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, bowiem bez tej oceny nie ma możliwości ustalenia korekt finansowych, które uzależnione są właśnie od wagi naruszeń. Nie ulega zatem wątpliwości, że IZ RPO WZ na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 15a uzppr może badać czy nie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, dokonywać oceny wagi tych naruszeń z punktu widzenia budżetu UE i ewentualnie nakładać korekty finansowe. Użycie zwrotu „nakładanie korekt finansowych” w sposób oczywisty wskazuje na kompetencję o charakterze władczym, zakładającym jednostronne działanie wobec Beneficjenta. Uzppr nie wskazuje trybu, w jakim ma być zrealizowane zadanie instytucji zarządzającej opisane w pkt 15a, w szczególności co do formy. W zakresie odzyskiwania, w tym zwrotu przyznanych środków ustawodawca wyraźnie przewidział w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju wydawanie decyzji (uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27.10.2014 r., sygn. akt: II GPS 2/14). Zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr do zadań Instytucji Zarządzającej należy odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w ufp. Ufp wprost wskazuje w art. 207 ust. 9, iż po bezskutecznym upływie terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, organ wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków. A zatem w decyzji wydanej na podstawie art. 207 ufp określona zostaje kwota do zwrotu, tj. kwota korekty finansowej za wykryte naruszenia.

Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika również wprost z § 7 umowy o dofinansowanie. Jednakże IZ RPO WZ jest zobowiązania do odzyskania tych środków na podstawie art. 207 ust. 1 ufp, a zatem w trybie administracyjnym. Zauważyć należy, jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny (zwany dalej: WSA) w Gdańsku w wyroku z dnia 13.03.2013 r. (sygn. akt ISA/Gd 131/13), iż postępowanie w przedmiocie zwrotu przez Beneficjenta dofinansowania uzyskanego w związku z realizacją projektów w ramach RPO ma specyficzny charakter, bowiem zazębiają się tu elementy cywilnoprawne z elementami stosunku administracyjnego. W toku tych czynności dochodzi często do przenikania się i styku przepisów prawa cywilnego i administracyjnego. Z jednej bowiem strony umowa o dofinansowanie wskazuje na okoliczności obligujące Beneficjenta do zwrotu środków w określonych sytuacjach, z drugiej o zwrocie tych środków, w przypadku braku dobrowolnego zwrotu po wezwaniu instytucji zarządzającej, orzeka się ostatecznie w drodze decyzji administracyjnej. Zobowiązanie ustalone tą decyzją podlega następnie egzekucji na podstawie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Ponieważ Beneficjent składając wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy wniósł o uwzględnienie przy jego rozstrzygnięciu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 13.11.2012 r. (sygn. akt I ACa 801/12), należy wyjaśnić, iż nie można utożsamiać RPO na lata 2007-2013 z Sektorowym Programem Operacyjnym Transport na lata 2004-2006. Zasadnicze znaczenie w omawianym przypadku wykazują odmienne przepisy regulujące powyższe okresy programowania. Należy wskazać, iż w analizowanym wyroku wniosek o dofinansowanie został złożony w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport, który był jednym z siedmiu programów operacyjnych służących realizacji Podstaw Wsparcia Wspólnoty na lata 2004-2006 (PWW). Program ten, wraz z częścią transportową strategii dla wykorzystania Funduszu Spójności, rozwijał cele PWW, określając kierunki, priorytety, działania i wysokość środków przeznaczonych na rozwój sfery transportu. Dokument został przygotowany

zgodnie z wytycznymi zawartymi w artykule 18 rozporządzenia Rady UE nr 1260/1999/WE z dnia 21 czerwca 1999 r., ustanawiającego ogólne przepisy w sprawie funduszy strukturalnych (Dz. Urz. WE L 161 z dnia 26 czerwca 1999 r., Polskie wydanie specjalne, rozdz. 14, t. 1, str. 31). W prawie krajowym sprawy związane z przyznawaniem pomocy w ww. sektorze zostały uregulowane w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz. U. Nr 116, poz. 1206 ze zm., zwanej dalej: npr) oraz wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych.

Warto zaznaczyć, iż dopiero w wyniku nowelizacji ustawy o finansach publicznych, dokonanej ustawą z dnia 08 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 249, poz. 1832) doszło do wyłączenia zagadnień związanych ze zwrotem dofinansowań uzyskanych lub wykorzystanych nieprawidłowo z drogi procesu cywilnego na rzecz postępowania sądowo-administracyjnego. Artykuł 211 w nowym brzmieniu w ust. 4 wskazywał, że wystąpienie okoliczności uzasadniających obowiązek zwrotu dofinansowania stwierdza w drodze decyzji instytucja zarządzająca, która określa kwotę przypadającą do zwrotu oraz termin początkowy naliczania odsetek; w ust. 5 odsyła w kwestiach nieuregulowanych do odpowiednio stosowanych przepisów działu III ustawy Ordynacja podatkowa, a w ust. 7 określa tryb egzekucji, która toczyć się miała według przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Jednak znowelizowane zasady nie znajdowały zastosowania do programów i projektów realizowanych w ramach Narodowego Planu Rozwoju, ponieważ art. 20 ustawy nowelizującej nakazał do nich stosować przepisy ufp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej. Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej (druk Sejmu RP V kadencji nr 1078) potwierdza stanowisko, że stan dotychczasowy akceptował procedurę cywilnoprawną jako drogę odzyskiwania nieprawidłowo wykorzystanych lub przekazanych środków w ramach realizacji programów z udziałem funduszy z budżetu UE zawiera bowiem wyjaśnienie, że wprowadzane zmiany dopuszczają możliwość przejścia na tryb egzekucji administracyjnej, która - w ocenie projektodawców - gwarantuje większą efektywność i skuteczność działań niż dotychczas stosowana procedura cywilnoprawna (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 06.05.2011 r., sygn. akt II CSK 520/10).

Podkreślić trzeba, iż przepisy ufp przed nowelizacją z 2006 r. nie przewidywały, tak jak ufp z 2009 r. która ma zastosowanie do Beneficjenta w niniejszej sprawie, obowiązku wydania decyzji w przypadku wykorzystania środków z naruszeniem procedur, niezgodnie z przeznaczeniem, pobrania środków nienależnie lub w nadmiernej wysokości.

Mając na uwadze zapisy ufp oraz rolę jaką IZ RPO WZ pełni na gruncie uzprp była ona uprawniona do odzyskiwania środków przekazanych Beneficjentowi w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 w trybie administracyjnym.

Reasumując ustawodawca w art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a uzprp wskazał, że do zadań instytucji zarządzającej należy m.in. odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych. Korzystając z przyznanych jej kompetencji IZ RPO WZ w trakcie trwania czynności kontrolnych ustaliła, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 pzp w ramach postępowania pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”, a w związku z tym nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości i w oparciu o zapisy Taryfikatora ustalono wysokość korekty finansowej. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Należy podkreślić, iż IZ RPO WZ w toku prowadzonego postępowania administracyjnego była zobowiązana zweryfikować zasadność stwierdzenia korekty finansowej i wysokość, co też uczyniono. W wyniku przeprowadzonej analizy całokształtu materiału dowodowego, w tym: wyjaśnień Strony na etapie czynności kontrolnych oraz postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, opinii rzeczoznawcy budowlanego w zakresie mostów, wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy potwierdzono naruszenie przez Beneficjenta art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 pzp w ramach postępowania pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”, mogące prowadzić do wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE (a więc wystąpienie nieprawidłowości w projekcie), które skutkowały ustaleniem i nałożeniem korekty łącznej w oparciu o wskaźnik na poziomie 10%. Warto dodać, iż z wytycznych MR wynika, iż ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową

w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, za niekwalifikowalną część wydatku przyjmuje się kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. W analizowanej sprawie wysokość powstałej na skutek powyższych naruszeń szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby wkład UE gdyby zastosowano zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dlatego zasadne było posłużenie się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej. Nie sposób bowiem wycenić o ile niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania przy zachowaniu zasad konkurencyjności. Stosując metodę wskaźnikową, wysokość korekty obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (10%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE (49,9999998660%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (2 601 309,03 zł), co stanowi kwotę 130 515,45, zł. Przy czym kwota 41 090,90 zł dotyczyła korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, gdzie środki nie zostały jeszcze wypłacone. Zatem decyzja o zwrocie środków nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. obejmowała prawidłowo tę część korekty finansowej dotyczącą wydatków, dla których dofinansowanie było wypłacone, tj. 89 424,55 zł (130 515,45 zł – 41 090,90 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

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

Należy też wskazać, iż organ rozważył również w niniejszej sprawie możliwość obniżenia korekty finansowej. Zgodnie z zapisami Taryfikatora, przedstawione w tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Przy czym obniżenie zalecanej stawki maksymalnej nie może jednak przekroczyć 50% wartości wskaźnika wyjściowego i jest dopuszczalne jedynie w odniesieniu do tych kategorii nieprawidłowości, którym nie zostały przypisane stawki korekt wyrażone w postaci przedziałów. W ich przypadku minimalny poziom korekty został bowiem wskazany wprost jako dolna granica przewidzianego przedziału. Przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów pzp należy brać pod uwagę, z jednej strony, rodzaj lub stopień naruszenia, z drugiej zaś skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE. Ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do Instytucji Zarządzającej właściwym programem operacyjnym.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy należy wskazać, iż w przypadku stwierdzonego w ramach postępowania przetargowego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886 - 29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773” naruszenia art. 7 ust. 1 pzp Taryfikator w tabeli nr 4 poz. 5 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w

postępowaniu lub kryteriów oceny ofert” przewiduje wskaźnik na poziomie 5%, zaś za naruszenie art. 29 ust. 3 pzp w tabeli nr 4 poz. 3 „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia” przewidziano wskaźnik na poziomie 10%. Ponieważ w odniesieniu do powyższych kategorii nieprawidłowości nie zostały przypisane stawki w postaci przedziałów, stawki te mogą zostać obniżone, o ile wystąpią okoliczności za tym przemawiające, których w niniejszej sprawie IZ RPO WZ nie stwierdziła. Mając na uwadze specyfikę wykazanych nieprawidłowości za właściwe uznano nałożenie korekty łącznej za dane postępowanie na poziomie 10%. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazał na szereg nazw własnych przy opisie przedmiotu zamówienia nie wskazując na dopuszczalność rozwiązań równoważnych, nie określając zakresu równoważności. Ustanowiono również warunki udziału w postępowaniu wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia (warunek doświadczenia), jak i nieokreślono ich dostatecznie (warunek potencjału technicznego). Zamawiający poprzez właściwe opisanie warunków udziału w postępowaniu winien dopuścić do udziału wszystkich wykonawców, którzy są zdolni do należytej realizacji zamówienia. Działania Beneficjenta w toku niniejszego postępowania doprowadziły finalnie do naruszenia podstawowej zasady rządzącej systemem zamówień publicznych tj. konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, i jak wykazano możliwym był wpływ naruszeń na wynik prowadzonego przez Beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia. Powaga naruszeń jakich dopuścił się Beneficjent nie pozwala na obniżenie stawki korekty finansowej. Beneficjent przez swoje działanie mógł ograniczyć wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym większej liczby wykonawców, którzy mogliby złożyć ofertę korzystniejszą niż ta, która została ostatecznie wybrana.

Należy również odnieść się do złożonych przez Beneficjenta dnia 18.01.2016 r. uwag i zastrzeżeń w sprawie. Beneficjent wskazał, że podczas przeglądania akt postępowania administracyjnego nie zostały mu okazane żadne dokumenty, które wskazywałyby na realizację przez organ zaleceń WSA zawartych w uzasadnieniu wyroku z dnia 12.08.2015 r. (sygn. akt I SA/Sz 567/15). Ponadto zwrócił uwagę, iż organ nie odniósł się do opinii rzeczoznawcy budowlanego, jak i wniósł o wykazanie przez organ, że działania Beneficjenta związane z projektem skutkowały powstaniem szkody w budżecie UE. W tym miejscu należy wskazać, iż Beneficjentowi przedłożone zostały akta prowadzonego przez organ postępowania administracyjnego w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy dotyczącej wydanej przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego decyzji administracyjnej nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. zawierające pełną dokumentację w sprawie. W aktach nie znajdowały się dokumenty, których Strona oczekiwała np. sporządzone po wydaniu w/w wyroku opinie prawne, gdyż organ o takowe nie występował i nie miał obowiązku wystąpić. Warto zauważyć, iż IZ RPO WZ ma kompetencje w zakresie oceny prawidłowości działań Beneficjentów, również dotyczących obszaru zamówień publicznych. Kompetencje IZ RPO WZ w powyższym zakresie nie zostały podważone przez WSA. Zatem IZ RPO WZ mogła dokonać samodzielnej analizy odnośnie tego czy Beneficjent zrealizował zaplanowaną inwestycję z poszanowaniem przepisów pzp czy też nie, co uczyniła dając temu wyraz w niniejszej decyzji. W swym wyroku z dnia 12.08.2015 r. WSA zwrócił organowi uwagę na niewyjaśnienie wszystkich okoliczności mających istotne znaczenie w sprawie oraz nieuzasadnienie decyzji w sposób właściwy, jednocześnie formułując zalecenia dla organu dotyczące tych kwestii, które winny być wzięte pod uwagę przy wydawaniu przez organ decyzji w postępowaniu w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy dotyczącej decyzji administracyjnej organu nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. IZ RPO WZ wydając niniejszą decyzję administracyjną wypełniła sformułowane przez Sąd zalecenia wyjaśniając wszystkie okoliczności mające znaczenia dla sprawy, jak i sporządzając uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji zgodnie z wymogami kpa. W szczególności organ ustosunkował się w niniejszej decyzji do przedstawionej przez Beneficjenta pismem z dnia 05.10.2012 r. opinii technicznej rzeczoznawcy budowlanego w zakresie mostów z września 2012 r. na okoliczność postawionego przez IZ RPO WZ zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 3 pzp. Ponadto organ rozważył w decyzji kwestię wystąpienia w sprawie nieprawidłowości, której jednym z elementów jest szkoda dla budżetu ogólnego UE spowodowana działaniem Beneficjenta.

Formułując dnia 18.01.2016 r. uwagi i zastrzeżenia w sprawie, Beneficjent wskazał również, że brak w aktach postępowania administracyjnego dokumentów wskazujących na realizację przez organ zaleceń WSA zawartych w uzasadnieniu wyroku z dnia 12.08.2015 r. powoduje, iż nie ma on możliwości czynnego udziału w postępowaniu. Wskazania wymaga, iż stwierdzenie powyższe nie koresponduje z rzeczywistością. Trzeba przypomnieć, iż Beneficjent został przez organ poinformowany, iż mając na względzie wyrok WSA w Szczecinie z dnia 12.08.2015 r., organ prowadzi postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy (pismo organu z dnia 08.12.2015 r.). Jednocześnie dwukrotnie tj. dnia 08.12.2015 r. i 08.01.2016 r. IZ RPO WZ pouczała Beneficjenta o możliwości czynnego udziału w każdym stadium postępowania administracyjnego, w tym prawie do przeglądania akt sprawy, z którego to prawa Beneficjent dnia 18.01.2016 r. skorzystał.

Przejawem zasady czynnego udziału w postępowaniu jest również możliwość wypowiedzenia się w sprawie przed wydaniem decyzji, jak i możliwość składania wyjaśnień czy wniosków w trakcie postępowania administracyjnego, które to instrumenty leżały w gestii Beneficjenta niezależnie od tego czy organ uznał, że koniecznym będzie zgromadzenie, na etapie postępowania prowadzonego po wyroku WSA z dnia 12.08.2015 r., dodatkowego materiału dowodowego pomocniczego dla wydania decyzji, czy też uznał, że wystarczającym dla wydania decyzji będzie dokonanie ponownej analizy i oceny zgromadzonego już uprzednio materiału dowodowego, zmierzającej do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, a w rezultacie zastosowania odpowiednich norm prawnych.

Poza tym Beneficjent dnia 18.01.2016 r. zawniósł również o rozważenie przez organ dokonania oceny inwestycji w terenie, aby wykazać iż została ona zrealizowana prawidłowo, które to działania również stanowi wyraz czynnego udziału Beneficjenta w postępowaniu administracyjnym.

Odnosząc się do powyższego wniosku Beneficjenta należy wskazać, iż wszelkie wnioski Strony organ prowadzący postępowanie winien przeanalizować pod kątem ich przydatności dla ustalenia okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a także zweryfikować ich przydatność, mając na uwadze zasadę szybkości postępowania.

Podkreślić trzeba, że stosownie do treści art. 7 kpa, wyrażającego zasadę prawdy obiektywnej, w toku postępowania organ administracji publicznej ma obowiązek zbadania okoliczności związanych z określoną sprawą, podejmując niezbędne czynności zmierzające do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy. Ustalenie stanu faktycznego sprawy jest zatem podstawowym elementem prawidłowego zastosowania norm prawa materialnego i winno korespondować z materiałem dowodowym zgromadzonym w toku postępowania i wynikami jego analizy. Stosownie bowiem do treści art. 77 § 1 kpa organ jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy. Zatem prawidłowe zastosowanie przepisów prawa materialnego będzie możliwe tylko wówczas, gdy zostaną wszechstronnie wyjaśnione wszystkie okoliczności faktyczne sprawy. Posiadając tak zgromadzony materiał dowodowy, organ musi go następnie rozpatrzyć, co należy rozumieć jako obowiązek ustosunkowania się do dowodów zebranych w sprawie i uwzględnienia ich lub nieuwzględnienia przy wydawaniu decyzji oraz uzasadnianiu tych rozstrzygnięć.

Obowiązek zebrania całego materiału dowodowego przez organ należy rozumieć w ten sposób, że organ albo czyni to z własnej inicjatywy, jeżeli uważa za konieczne do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, albo gromadzi w aktach sprawy dowody wskazane lub dostarczone przez Stronę, jeżeli mają one znaczenie dla sprawy. Organ ma obowiązek uwzględnić żądanie Strony dotyczące przeprowadzenia dowodu zgłoszone w każdym czasie, nawet po zakończeniu postępowania dowodowego, o ile tylko przedmiotem dowodu jest okoliczność mająca znaczenie dla sprawy, niestwierdzona wcześniej innymi dowodami. Zatem ograniczeniem inicjatywy dowodowej Strony jest zastrzeżenie, iż teza dowodowa musi dotyczyć okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, czyli dotyczących przedmiotu sprawy i mających znaczenie prawne dla jej rozstrzygnięcia. Ponadto organ może nie uwzględnić żądania Strony do przeprowadzenia dowodu wtedy, gdy żądanie takie dotyczy okoliczności już stwierdzonych innymi dowodami, którymi organ dysponuje.

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ dokonała analizy zasadności przeprowadzenia oceny inwestycji w terenie celem wykazania prawidłowej jej realizacji i uznała, że nie ma konieczności dokonania wizytacji w miejscu realizacji projektu. Należy wskazać, iż w dniach 24-26.04.2012 r. IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji projektu ustalając, iż podczas jego realizacji Beneficjent dopuścił się naruszeń pzp. Należy zaznaczyć, iż dla stwierdzenia naruszeń w tym zakresie, ze względu na ich charakter, wystarczającą jest analiza dokumentacji jaką organ dysponuje. Podkreślenia wymaga, iż IZ RPO WZ nie stawia Beneficjentowi zarzutu, iż ten nie zrealizował projektu, lecz że został on zrealizowany z naruszeniem przepisów. Jak już wskazywano, Beneficjent naruszył art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców oraz art. 29 ust. 3 pzp poprzez wskazanie znaków towarowych bez dopuszczenia możliwości składania ofert równoważnych, a zatem zasadnicze znaczenie dla stwierdzenia wystąpienia tych naruszeń ma analiza zapisów SIWZ, SST, przedmiaru robót, co znalazło odzwierciedlenie w niniejszej decyzji. Materiał dowodowy dotychczas zgromadzony przez IZ RPO WZ dostarcza jednoznacznej informacji odnośnie ustalenia stanu faktycznego w sprawie. Z uwagi na fakt, iż organ dysponuje materiałem dowodowym, którego analiza pozwala na ustalenie okoliczności mających znaczenie dla sprawy, tym samym przeprowadzanie wizytacji w terenie w obecnym stanie sprawy byłoby działaniem niecelowym i niegospodarnym, bowiem jedynie wydłużyłoby czas trwania postępowania administracyjnego, a nadto nie wniosłoby do sprawy istotnych

informacji, które mogłyby mieć wpływ na wynik toczącego się wobec Beneficjenta postępowania administracyjnego.

W odniesieniu do wniosku Beneficjenta o „odstąpienie od orzeczenia zwrotu środków określonych w decyzji nr WWRPO/52/W/2012” zawartego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, który należy interpretować jako wniosek o uchylenie zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania, należy wskazać co następuje. Od decyzji wydanej na podstawie art. 207 ust. 1 ufp nie służy Stronie odwołanie, lecz Strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do IZ RPO WZ z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. W niniejszej sprawie organ na skutek ponownego przeprowadzenia postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków zainicjowanego wnioskiem Beneficjenta w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy, wydał dnia 22.01.2013 r. decyzję administracyjną nr WWRPO/3/W/2013 utrzymującą w całości w mocy decyzję administracyjną nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. Jednakże w związku faktem, iż wyrokiem WSA w Szczecinie z dnia 12.08.2015 r. (sygn. akt I SA/Sz 567/15) w sprawie ze skargi Beneficjenta na decyzję nr WWRPO/3/2013, uchylono zaskarżoną decyzję, IZ RPO WZ zobowiązana była do ponownego rozpoznania sprawy. W tym miejscu należy wskazać, iż organ rozpatrujący wniosek, jest zobowiązany do przeprowadzenia powtórnego postępowania w celu rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, gdyż do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Z uwagi na fakt, że przepisy ufp nie wskazują trybu postępowania dotyczącego ponownego rozpatrzenia sprawy, na podstawie odesłania zawartego w art. 67 ufp, do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych w ufp stosuje się przepisy kpa i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 poz. 613 tekst jednolity ze zm.). Zgodnie zatem z art. 138 § 1 kpa organ odwoławczy po przeprowadzeniu ponownego rozpoznania sprawy wydaje decyzję, w której: utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję, uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy, albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, bądź też umarza postępowanie odwoławcze. Przywołany przepis wskazuje rodzaje rozstrzygnięć jakie mogą zostać podjęte przez organ wymieniając m.in. decyzję o uchyleniu zaskarżonej decyzji i umorzeniu postępowania, nie określa jednak przesłanek wydania decyzji o uchyleniu zaskarżonej decyzji i umorzeniu postępowania, o co we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wnosił Beneficjent, w związku z czym w doktrynie przyjęto, że w tym zakresie zastosowanie ma przepis art. 105 kpa. A zatem decyzja taka może zostać wydana przez organ wówczas, gdy postępowanie stało się bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej, co do istoty (wyrok NSA z dnia 24.01.2012 r., sygn. akt II OSK 2104/10). Umorzenie jako środek ostateczny, niweczący dotychczasowe wyniki postępowania stosować należy, gdy osiągnięcie celu postępowania administracyjnego staje się bezzasadne z uwagi na okoliczności stanowiące trwałą i nieusuwalną przeszkodę do jego kontynuowania. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, wskazania wymaga, iż przedmiotem postępowania zakończonego decyzją administracyjną nr WWRPO/52/W/2012 z dnia 13.11.2012 r. było określenie kwoty wymaganej do zwrotu z uwagi na stwierdzoną wobec Beneficjenta nieprawidłowość wykrytą przez IZ RPO WZ w związku z wykorzystaniem środków przekazanych Beneficjentowi na mocy umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 z naruszeniem procedur. Podczas postępowania administracyjnego w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy, IZ RPO WZ powtórnie przeanalizowała cały dotychczas zgromadzony materiał dowodowy, co doprowadziło do ustalenia, iż przedmiot postępowania nadal istnieje, a Beneficjent jest zobowiązany do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części i umorzenia postępowania, w związku z czym wniosek Beneficjenta w tym przedmiocie zawarty we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy uznaje za bezzasadny i niezasługujący na uwzględnienie.

Kierując się powyższym oraz mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyniki czynności kontrolnych, wyjaśnienia Beneficjenta, opinię rzeczoznawcy budowlanego w zakresie mostów, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz wskazania WSA w Szczecinie zawarte w wyroku z dnia 12.08.2015 r. (sygn. akt I SA/Sz 567/15), po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, IZ RPO WZ utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję z dnia 13.11.2012 r. nr WWRPO/52/W/2012 orzekającą zwrot od Beneficjenta części środków, które otrzymał na podstawie umowy nr UDA-RPZP.02.01.02-32-102/09-00 z dnia 26.06.2010 r. na realizację projektu

pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 0914Z Resko-Węgorzyno w km 26+886-29+520 wraz z przebudową mostu w km 25+773”.

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) Powiat Łobeski
ul. Konopnickiej 41
73-150 Łobez
- 2) a/a

