



Załącznik do uchwały nr 1647/20  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 8 grudnia 2020 r.

Adresat  
**Stargardzka Agencja Rozwoju  
Lokalnego Sp. z o.o.**  
ul. P.  
XX-XXX S.

Sygnatura  
WWRPO.VIII.3162.68.2019.ASz

**DECYZJA**  
**Nr WWRPO/2014-2020/24/W/2020**

podjęta w dniu 8 grudnia 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

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

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. c ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 t. j.), art. 207 ust. 12 a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r., poz. 1688 t.j.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 w zw. z art. 127 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r., poz. 256 z późn. zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – Stargardzkiej Agencji Rozwoju Lokalnego Sp. z o.o. z siedzibą w S. przy ul. P. – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/9/W/2020

z dnia 1 kwietnia 2020 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-00 zawartej w dniu 14 czerwca 2018 r. na realizację projektu pn. „Wzmocnienie atrakcyjności inwestycyjnej Województwa Zachodniopomorskiego poprzez kompleksowe przygotowanie terenów Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie – etap I” w kwocie 302 367,94 zł (słownie: trzysta dwa tysiące trzysta sześćdziesiąt siedem złotych 94/100) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych,

- utrzymuje w całości w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/9/W/2020 z dnia 1 kwietnia 2020 r.

## Uzasadnienie

Decyzją administracyjną nr WWRPO/2014-2020/9/W/2020 z dnia 1 kwietnia 2020 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwany dalej IZ RPO WZ) orzekł wobec Stargardzkiej Agencji Rozwoju Lokalnego Sp. z o.o. z siedzibą w S. przy ul. P. (zwanej dalej Spółką lub Beneficjentem) o zwrocie środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanego dalej RPO WZ) na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-00 z dnia 14 czerwca 2018 r. (zwanej dalej Umową) na realizację projektu pn. „Wzmocnienie atrakcyjności inwestycyjnej Województwa Zachodniopomorskiego poprzez kompleksowe przygotowanie terenów Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie – etap I” (zwanego dalej Projektem), w kwocie 302 367,94 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Podstawą powyższego rozstrzygnięcia było ustalenie, iż Beneficjent w ramach przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Budowa dróg wewnętrznych wraz z instalacjami na terenie Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie” poprzez żądanie od potencjalnych wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia wymienionego postępowania naruszył art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., zwanej dalej pzp, tj. w brzmieniu obowiązującym na dzień ogłoszenia o zamówieniu z dnia 9 kwietnia 2018 r.).

Beneficjent pismem z dnia 22 kwietnia 2020 r. wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy, czym skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm., zwanej dalej ufp). W omawianym środku odwoławczym Spółka oświadczyła, iż nie zgadza się ze stanowiskiem IZ RPO WZ zawartym w zaskarżonej decyzji z dnia 1 kwietnia 2020 r., stwierdzając że żądanie przez nią wymienionych i zakwestionowanych przez przywołany organ administracji dokumentów nie mogło stanowić jakiegokolwiek naruszenia przepisów prawa, w tym tych przywołanych we wskazanym orzeczeniu. Z uwagi na powyższe podtrzymano w całości stanowisko zaprezentowane w dotychczasowych pismach z dnia 13 września 2019 r., 29 listopada 2019 r. oraz 13 grudnia 2019 r. W tym miejscu stwierdzić należy, iż w przywołanych pismach Beneficjent podnosił, iż zgodnie z § 5 pkt 2 – 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r., poz. 1282 t.j., zwanym dalej Rozporządzeniem MR), w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiającym może żądać m.in. następujących dokumentów:

- zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków (...) – § 5 pkt 2,
- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (zwanego dalej ZUS) lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego

- (zwanej dalej KRUS) albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (...) – § 5 pkt 3,
- odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm., zwanej dalej pzp, tj. w brzmieniu obowiązującym na dzień ogłoszenia o zamówieniu z dnia 9 kwietnia 2018 r.) – § 5 pkt 4.

W opinii Beneficjenta, treść Rozporządzenia MR nie wskazuje jakich dokumentów należy żądać w odniesieniu do poszczególnych przesłanek braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, lecz odnosi się do ogółu tej czynności. Nie można więc zarzucić wymienionemu, iż żądanie przez niego zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek, przy jednoczesnym braku zastosowania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp, stanowiło nadużycie art. 25 ust. 1 pzp. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, gdzie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ) lub zaproszeniu do składania ofert (art. 25 ust. 1 pkt 3 pzp). Art. 25 ust. 2 pzp stanowi natomiast, iż wykaz dokumentów określa rozporządzenie, tj. w § 5 Rozporządzenie MR, gdzie wśród dziesięciu wymienionych tam dokumentów, aż cztery odnoszą się do niezalegania z opłacaniem podatków, opłat lub składek (pkt 2 – 3, pkt 5 i 9). Na tle wymienionych regulacji prawnych Beneficjent wskazał, iż w przywołanym, przez IZ RPO WZ w zaleceniach pokontrolnych, orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej KIO) odwołano się do brzmienia przepisów pzp, porównując je z regulacjami ujętymi w Rozporządzeniu MR, gdzie z nawiązywaniem do nich mieliśmy do czynienia przed nowelizacją pzp z 2016 r. Zgodnie z obowiązującym wówczas art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp, zamawiający był zobowiązany wykluczyć wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Dokumentami, które ustawodawca powiązał z przywołaną przesłanką obligatoryjnego wyłączenia wykonawcy było aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu oraz aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

W aktualnym stanie prawnym zbieżność brzmienia zachodzi pomiędzy § 5 pkt 5 Rozporządzenia MR i art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, co nie rozwiązuje jednak problemu występującego w niniejszej sprawie, ponieważ wskazane akty normatywne nie wykluczają sytuacji, w których jednej przesłance przypisany jest więcej niż jeden dokument lub jeden dokument został przypisany do jednej przesłanki. Beneficjent podniósł przy tym, iż analiza przywołanych aktów prowadzi do wniosku, że w pewnym sensie treść § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR jest zbieżna z treścią art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp jak i art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp. W każdej ze wskazanych regulacjach prawnych znajduje się bowiem sformułowanie „porozumienie w sprawie spłaty należności”. Z kolei wyrażenia „nie zalega z opłacaniem podatków” (§ 5 pkt 2 Rozporządzenia MR) oraz „nie zalega z opłacaniem składek” (§ 5 pkt 3 Rozporządzenia MR) wykazują większą zbieżność z art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp (w którym mowa o „zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek”) niż z art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp (w którym mowa o „naruszeniu obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek”). Co więcej, sformułowanie zawarte w fakultatywnej przesłance wykluczenia (art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp), przynajmniej teoretycznie, jest szersze niż wymagana treść zaświadczenia z urzędu skarbowego, ZUS, KRUS, co mogłoby prowadzić do wniosku, że zaświadczenie o niezaleganiu nie obejmuje swym

zakresem wszystkich przypadków „naruszenia obowiązków dotyczących płatności”. Dokumenty wymienione w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR w opinii Beneficjenta nie uwzględniają przypadku dokonania płatności zaległych należności, co stanowi okoliczność istotną z punktu widzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia. Wreszcie analiza językowa nie powinna pominąć obecności w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR, elementów, które nie występują w art. 24 pzp, mianowicie potwierdzenia, że wykonawca „uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu”. Beneficjent stwierdził tym samym, iż wbrew stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (zwanego dalej Prezesem UZP) i KIO, treść § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR, ewidentnie wzorowana jest na wcześniejszym brzmieniu pzp, co nie przystaje do obecnego brzmienia art. 24 pzp.

Spółka wskazała ponadto, że fakt iż zaświadczenie o zaleganiu nie może samo z siebie stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z określonego postępowania, nie przesądza, że dokumenty określone w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR, a żądane przez wymienioną w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, są zbędne. Za niezbędny uznać bowiem należy dokument zawierający informacje potrzebne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania, gdzie jego treść powinna odnosić się do wymagań stawianych wykonawcom w SIWZ, a zatem w sferze wymagań podmiotowych, co ma potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i brak podstaw do wykluczenia. Zgodnie ze stanowiskiem Beneficjenta należy odwołać się do literalnego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, który ustanawiając przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia określa ją jako „prawomocną lub ostateczną” zaległość z opłacaniu podatków, opłat lub składek. Art. 25 ust. 1 pkt 3 pzp daje natomiast zamawiającym uprawnienie do żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, nakazując przy tym wskazanie ich w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Wymienione dokumenty zostały wyliczone w Rozporządzeniu MR wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 pzp. Zgodnie z § 5 pkt 2 i 3 wskazanego aktu normatywnego są nimi zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek. Regulacje prawne zawarte w pzp i Rozporządzeniu MR są spójne w tym sensie, że ustawodawca konsekwentnie wskazuje pożądaną, tj. negatywną treść dokumentów skoro bowiem mają one potwierdzać brak podstaw do wykluczenia, muszą zaświadczać, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i składek. Według Beneficjenta takich negatywnych zaświadczeń żądają zamawiający i takie najczęściej są składane przez wykonawców. W typowej sytuacji wykonawca składa zaświadczenie potwierdzające, że zalega z opłacaniem danin publicznych. Brak zaległości sprawia, że kwestia prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej staje się bezprzedmiotowa, zamawiający musi uznać zaś, że wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia, tj. zarówno tych określonych w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp jak i tych wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp. Omawiane zaświadczenia potwierdzają także brak podstawy do wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, przy czym w ściśle określonych sytuacjach na wykonawcach będzie ciążył obowiązek wykazania, że mimo braku zaświadczenia o niezaleganiu, nie podlegają oni wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Jedną z przyczyn błędnej interpretacji regulacji prawnych zawartych w pzp jest zdaniem Spółki nieprzystawalność § 5 Rozporządzenia MR do art. 24 pzp, co uzasadnia potrzebę znowelizowania wskazanego aktu wykonawczego oraz zmiany stanowiska przez IZ RPO WZ w zakresie poczynionych przez nią ustaleń.

Zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek, a więc potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem wymienionych danin publicznych, potwierdzają brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Skoro zatem brak zaległości dotyczy zaległości nieprawomocnych i nieostatecznych, to tym bardziej odnosi się do zaległości potwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Okoliczność potwierdzona przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego lub właściwą jednostkę ZUS lub KRUS, odnosi się zatem do zarówno do przesłanki fakultatywnej, tj. dotyczącej jakiegokolwiek zaległości, oraz przesłanki obligatoryjnej dotyczącej zaległości potwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek zawiera więc informacje potrzebne do potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, jest to zatem dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 pzp. Dodatkowo Beneficjent

nadmienił, iż stanowisko Prezesa UZP i KIO zdaje się odnosić do sytuacji szczególnych, w których wykonawca składa zaświadczenie o zaleganiu z opłacaniem podatków lub składek. Najczęściej jednak zaświadczenia te, poza powyższym potwierdzają jednocześnie uzyskanie zwolnienia, odroczenia lub rozłożenia na raty zaległych płatności, co znowu jest okolicznością istotną zarówno z perspektywy art. 24 ust. 5 pkt 8 jak i art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, ponieważ uniemożliwi wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zdaniem Beneficjenta taki dokument trudno uznać za zbędny. Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, iż zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków lub składek odnoszą się w równym stopniu do okoliczności objętych fakultatywną jak i obligatoryjną przesłanką wykluczenia. W takiej sytuacji jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania we wskazanym wcześniej rozumieniu.

Jednocześnie z ostrożności wskazano, iż zgodnie § 3 ust. 1 – 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, w wersji obowiązującej do dnia 3 sierpnia 2020 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 t.j., zwanego dalej Rozporządzeniem) wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru lub wagi nieprawidłowości indywidualnej, gdzie powyższe ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. Przenosząc powyższą regulację prawną na grunt przedmiotowej sprawy Beneficjent wskazał, iż stwierdzone przez IZ RPO WZ naruszenia art. 25 ust. 1 pzp nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia bowiem w omawianym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, gdzie żaden z potencjalnych wykonawców nie wystąpił z wnioskiem o wydłużeniu terminu do złożenia ofert jak również z wnioskiem o ograniczenie dokumentów wymaganych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. W opinii Spółki przywołane okoliczności oznaczają, iż obowiązek dostarczenia wymaganych przez nią dokumentów ujętych w § 5 pkt 2 – 3 Rozporządzenia MR nie nastroczał żadnych przeszkód i każdy zainteresowany podmiot mógł bez trudu je przedłożyć.

W złożonym środku odwoławczym Beneficjent poza podtrzymaniem przywołanego wyżej, a zawartego w dotychczas złożonych pismach stanowiska, wskazał dodatkowo, że IZ RPO WZ w ramach poczynionych ustaleń pominęła konieczność prowadzenia prowspólnotowej wykładni Rozporządzenia MR. Uzasadniając powyższe, stwierdzono, iż Rozporządzenie MR jest aktem normatywnym, na podstawie którego następuje transpozycja do polskiego porządku prawnego, niektórych postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z dnia 28 marca 2014 r., str. 65, z późn. zm., zwana dalej Dyrektywą 2014/24/UE), o czym stanowi przypis 2 Rozporządzenia MR. Powyższe zdaniem Spółki ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia sposobu prowadzenia wykładni regulacji prawnych ujętych w Rozporządzeniu MR, w tym tych dotyczących dokumentów służących potwierdzeniu braku przesłanki do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp. Na potwierdzenie powyższego Beneficjent wskazał, iż w orzecznictwie organów ochrony prawnej powszechnie przyjętą i w pełni aprobowaną jest zasada konieczności interpretacji prawa krajowego z uwzględnieniem postanowień prawa unijnego, których transpozycję do polskiego porządku prawnego stanowi dany przepis prawa krajowego, konsekwencją czego może być w określonych sytuacjach pominięcie przepisu krajowego, jeżeli rezultat jego zastosowania byłby sprzeczny z brzmieniem i celem dyrektywy.

Przenosząc przywołany obowiązek prowspólnotowej wykładni przepisów Rozporządzenia MR wskazano, iż zgodnie z art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej. Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych

stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosowanych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny. Art. 60 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE regulujący kwestię środków dowodowych jakich zamawiający może żądać celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia stanowi natomiast, iż instytucje zamawiające mogą wymagać zaświadczeń, oświadczeń i innych środków dowodowych, o których mowa w ust. 2, 3 i 4 niniejszego artykułu oraz w załączniku XII, jako dowodów na brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 57, oraz dowodów spełnienia kryteriów kwalifikacji zgodnie z art. 58. Instytucje zamawiające nie wymagają środków dowodowych innych niż te, o których mowa w niniejszym artykule i w art. 62 (...). Z kolei w myśl ust. 2 lit. b) wskazanej regulacji jako wystarczające dowody potwierdzające, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z przypadków wymienionych w art. 57, instytucje zamawiające przyjmują w odniesieniu do ust. 2 (...) wspomnianego artykułu – zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego.

W świetle przywołanych regulacji prawnych Rozporządzenie MR, zdaniem Beneficjenta, nie uwzględnia art. 60 ust. 2 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE, które przewiduje, że wystarczającym dowodem potwierdzającym, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z przypadków wymienionych w art. 57 ust. 2 wskazanego aktu prawa unijnego, jest zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego. Prawidłowa interpretacja Rozporządzenia MR prowadzi więc do wniosku, iż dokumentem służącym potwierdzeniu braku wystąpienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, jest zgodnie z § 5 pkt 2 wskazanego aktu wykonawczego zaświadczenie właściwego organu, a nie oświadczenie wykonawcy (§ 5 pkt 5). Spółka podniosła przy tym, iż gdyby przyjąć, że na podstawie regulacji zawartych w Rozporządzeniu MR nie dopuszczalnym jest wykazywanie braku przesłanki wykluczenia za pomocą omawianego zaświadczenia, to Rzeczpospolita Polska dokonała błędnej transpozycji art. 60 ust. 2 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE. Wskazane wadliwe wdrożenie przywołanego aktu unijnego nie uniemożliwiłoby jednak powoływanie się na uprawnienie zamawiającego do weryfikacji braku przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp (stanowiącym odpowiednik art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE). W sytuacji bowiem gdy przepisy dyrektywy z punktu widzenia ich treści są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne mogą wywierać skutek bezpośredni, polegający na tym, że organ krajowy odmawiając zastosowania przepisu prawa krajowego stosuje wprost odpowiednie postanowienia dyrektywy, po czym na nich, tj. bez dokonywania prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego, opiera swoje rozstrzygnięcie.

W dalszej części omawianego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent zawarł polemikę z przytoczonym przez IZ RPO WZ w zaskarżonej decyzji wyrokiem KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO/KU 11/17) stwierdzając m.in., iż przywołane orzeczenie nie może być argumentem przemawiającym za prawidłowością kwalifikacji stwierdzonego naruszenia. Koniecznym jest bowiem uwzględnienie całokształtu orzecznictwa KIO, gdzie na potwierdzenie prezentowanego przez siebie stanowiska wymieniony wskazał na wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r. (sygn. akt 2278/16). Następnie, Beneficjent podniósł, iż za uznaniem zaświadczenia właściwego organu za dokument służący potwierdzeniu braku obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp przemawia również art. 306e § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2019 r., poz. 900 z późn. zm.) i wypracowane na jego tle orzecznictwo, na podstawie którego stwierdzono, iż omawiane zaświadczenie zawiera informacje zarówno o decyzjach nieostatecznych jak i o decyzjach ostatecznych. Ponadto, Beneficjent z najdalej posuniętej ostrożności nadmienił, iż nawet jeżeli przyjąć, iż w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia art. 25 ust. 1 pzp to stwierdzone uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenia zamówienia. Na zakończenie wymieniony wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci kserokopii pisma z dnia 19 października 2017 r. zawierającego informacje o wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, a dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była dostawa fabrycznie nowych przegubowych niskopodłogowych autobusów miejskich oraz wydruku prezentacji ze szkolenia przeprowadzonego w dniu 24

października 2016 r. przez UZP pt. „Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych po zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. Część II” czyniąc to na okoliczność prawidłowości postępowania Beneficjenta, jak również tego, że jego zachowanie nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania.

IZ RPO WZ pismem z dnia 24 kwietnia 2020 r. poinformowała Spółkę o regulacjach prawnych wynikających z ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694), w tym o jej art. 19, w myśl którego terminy określone w art. 35 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r., poz. 256 z późn. zm., zwanej dalej kpa) na załatwienie sprawy ulegają przedłużeniu o trzy miesiące, a przepisów art. 36 – 38 kpa (dotyczących m.in. obowiązku organu administracji publicznej do zawiadamiania strony o niezakończeniu sprawy w terminie, a także ponaglenia) nie stosuje się. W przywołanym piśmie wskazano ponadto, iż zgodnie z art. 15 zzzzzn ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm., zwanej dalej specustawą) w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, w szczególności, gdy urząd administracji obsługujący organ administracji publicznej wykonuje zadania w sposób wyłączający bezpośrednią obsługę interesantów, organ administracji publicznej może m.in. odstąpić od zasady określonej w art. 10 § 1 kpa (zasada czynnego udziału strony). Następnie, IZ RPO WZ pismem z dnia 26 maja 2020 r. poinformowała Beneficjenta o uchyleniu art. 15 zzs specustawy, zgodnie z którym w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 bieg terminów procesowych i sądowych w postępowaniach administracyjnych nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres. Ponadto wskazano, iż zgodnie z art. 68 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. z 2020 poz.875) terminy w postępowaniach, o których mowa w art. 15 zzs ustawy zmienianej w art. 46, których bieg nie rozpoczął się lub uległ zawieszeniu na podstawie art. 15 zzs tej ustawy, rozpoczynają bieg lub biegną dalej po upływie 7 dni od dnia wejścia w życie ustawy. Tym samym terminy procesowe w toczącym się postępowaniu administracyjnym rozpoczęły swój bieg bez względu na obowiązujący stan epidemii ogłoszony z powodu COVID-19. IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 21 września 2020 r. przedłużyła prowadzone postępowanie administracyjne do dnia 23 października 2020 r. Zawiadomieniem z dnia 20 października 2020 r. przywołany organ administracji poinformował Spółkę o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie jak również pouczył o uprawnieniach zawartych w art. 10 § 1 kpa. Mając na uwadze powyższe, wobec konieczności umożliwienia wymienionej zapoznania się z aktami sprawy oraz wypowiedzenia się co do zebranych w sprawie dowodów, a także zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ postanowieniami z dnia 20 października 2020 r. oraz z dnia 16 listopada 2020 r. poinformowała o przedłużeniu przedmiotowego postępowania administracyjnego łącznie do dnia 23 grudnia 2020 r.

W związku ze skorzystaniem przez Beneficjenta z prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 ufp do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60 ufp, a więc m.in. należności budżetowych o charakterze publiczno – prawnym do których zalicza się m.in. kwoty dotacji podlegające zwrotowi, nieuregulowanych w ufp stosuje się przepisy kpa. W myśl art. 127 § 3 kpa w zw. z art. 67 ust 1 ufp do przywołanego środka zaskarżenia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie ze stanowiskiem Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Łodzi wyrażonym w wyroku z dnia 23 listopada 2017 r. (sygn. akt III SA/Łd 954/17) właściwe stosowanie regulacji prawnych dotyczących odwołań oznacza, że organ administracji rozpatrując sprawę na skutek złożonego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy ma obowiązek ponownego wnikliwego rozpatrzenia sprawy, a wydane przez siebie rozstrzygnięcie oprzeć na jeszcze raz ocenionych dowodach, jak i z uwzględnieniem i odniesieniem się do argumentacji strony skarżącej. Obowiązkiem organu administracji jest zatem nie tylko odpowiedź na zarzuty podnoszone we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, ale również wszechstronne rozpoznanie jej na nowo.

Z uwagi na powyższe rozważania IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące ponowną (całościową) ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie z uwzględnieniem zarzutów stawianych zaskarżonemu rozstrzygnięciu.

I tak, na wstępie 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 na zasadach określonych w ufp w tym m.in. wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację projektów (art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 t. j., zwanej dalej ustawą wdrożeniową)). Obowiązkiem IZ RPO WZ jest zatem nie tylko ustalanie zasad konkursu, zawieranie umów z beneficjentami czy zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, ale również czuwanie nad przebiegiem realizacji projektu i weryfikowanie czy w całym okresie realizacji projekt, na który przekazano środki publiczne, realizowany jest zgodnie z prawem oraz zasadami określonymi przez IZ RPO WZ dla danego konkursu. Stwierdzenie wykorzystania środków publicznych z naruszeniem procedur w tym wykrycie nieprawidłowości w zakresie ich wydatkowania powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

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

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

– podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie na wymieniony w tej decyzji rachunek bankowy. Jednocześnie wskazania wymaga, że na podstawie ust. 4 pkt 3 ufp przywołanej regulacji prawnej w przypadku braku zwrotu środków wraz z odsetkami w terminie określonym wydaną decyzją, beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymywania środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Okres wykluczenia kończy się z upływem trzech lat liczonych od dnia dokonania zwrotu wymienionych środków (art. 207 ust. 5 ufp).

Poprzez naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, przywołanych w cytowanym wyżej art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, należy rozumieć przede wszystkim procedury wskazane w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Z uwagi na powyższe, przywołać należy w tym miejscu wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 15 stycznia 2020 r. (sygn. akt I SA/Sz 810/19), zgodnie z którym umowa o dofinansowanie stanowi podstawę dofinansowania projektu, ponieważ określa warunki, na jakich przyznawane są środki, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane. Umowa jest zatem elementem projektu, co oznacza, że realizacja jej postanowień w sposób niewłaściwy lub sprzeczny z ich treścią powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o których mowa w ufp. Kolejno, w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 12 marca 2018 r. (sygn. akt IV SA/GI 815/17) wskazano, iż w świetle art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 przywołanego aktu normatywnego, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami zawartymi w umowie o

dofinansowanie. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych, jak i przepisów unijnych. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą sądów administracyjnych, pojęcie innych procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu obejmuje nie tylko procedury uregulowane w przepisach powszechnie obowiązujących, lecz też normy określone w ramach systemu realizacji programu. Podpisana przez beneficjenta umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu tym mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Ponadto pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są także postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ. Tym samym Beneficjent podpisując Umowę zobowiązał się do ich przestrzegania i postępowania zgodnie z ich literą. W tym miejscu nadmienić należy ponadto, iż 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 Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. akt I SA/Sz 319/16). Co więcej zaznaczyć należy, iż przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację obowiązujących zasad oraz innych norm wynikających z dokumentacji konkursowej oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest bowiem obowiązkiem a podmioty, w opinii których uregulowania wynikające z przywołanych dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne nie muszą składać wniosków aplikacyjnych czy podpisywać umowy o dofinansowanie. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Korzystanie ze środków publicznych zawsze wiąże się z wyższymi wymaganiami co do ich wydatkowania, które winno być przeprowadzone w sposób celowy i oszczędny. Dlatego też niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Tym samym w przypadku gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

W przedmiotowej sprawie Spółka w dniu 14 czerwca 2018 r. zawarła z IZ RPO WZ Umowę na realizację Projektu Oś Priorytetowa 1 „Gospodarka, Innowacje, Nowoczesne Technologie”, Działanie 1.11 „Tworzenie i rozbudowa infrastruktury na rzecz rozwoju gospodarczego w ramach Strategii ZIT dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”. Pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zawarto następnie dwa aneksy do przywołanej wyżej umowy, tj. nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-01 z dnia 14 czerwca 2018 r. oraz nr RPZP.01.11.00-32-0004/17-02 z dnia 10 sierpnia 2018 r. Umowa określa szczegółowe zasady dofinansowania Projektu, a także wynikające z nich prawa i obowiązki Beneficjenta. Zgodnie z jej postanowieniami IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację Projektu na podstawie poprawnego wniosku o płatność. Spółka natomiast zobowiązała się do realizacji omawianego projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasad optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, Regulaminem naboru, wytycznymi oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu, a także osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 7 ust. 11 Umowy). Ponadto na podstawie § 19 ust. 1 Umowy Beneficjent miał obowiązek dokonywania wydatków w oparciu o ufp (w tym m.in. art. 44 ust. 3 ufp) w zakresie wydatkowania

środków publicznych, w szczególności:

- w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku,
- w sposób umożliwiający terminową realizację Projektu,
- w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Dodatkowo Beneficjent zgodnie § 19 ust. 5 Umowy odpowiedzialny był za prawidłowość przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, gdzie na wymienionym spoczywał obowiązek wykazania, że wymogi dotyczące udzielania zamówienia zostały zachowane.

W dniach 5 – 6 sierpnia 2019 r. IZ RPO WZ na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 20 Umowy przeprowadziła kontrolę planową Projektu. W wyniku podjętych czynności kontrolnych dotyczących m.in. weryfikacji prawidłowości przeprowadzonego w ramach Projektu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa dróg wewnętrznych wraz z instalacjami na terenie Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie” stwierdzono, iż Beneficjent poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia naruszył art. 25 ust. 1 pzp. Za powyższe naruszenie, IZ RPO WZ nałożyła 5% stawkę korekty finansowej (poz. 19 Załącznika do Rozporządzenia). Ponadto, poprzez niezachowanie maksymalnego terminu publikacji ogłoszenia, który zgodnie z regulacjami prawnym ujętymi w pzp wynosi 30 dni liczonych od dnia udzielenia zamówienia stwierdzono naruszenie art. 95 ust 1 pzp. W wyniku złożonych przez Beneficjenta wyjaśnień zawartych w przywołanym już wyżej piśmie z dnia 13 września 2019 r. IZ RPO WZ ostatecznie odstąpiła od stwierdzenia naruszenia art. 95 ust. 1 pzp, podtrzymując jednocześnie naruszenie art. 25 ust. 1 pzp.

Mając na uwadze wymienione wyżej naruszenie IZ RPO WZ dokona niniejszym szczegółowej jego analizy, czyniąc to pod kątem procedur obowiązujących Beneficjenta w związku z realizacją Projektu w ramach RPO WZ. I tak, wskazania wymaga, iż zgodnie art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

1. spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
2. spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
3. brak podstaw wykluczenia,

zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Z przywołanej wyżej regulacji prawnej wynika, iż uprawnieniem zamawiającego jest żądanie jedynie takich oświadczeń i dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zakres wskazanego uprawnienia ograniczony jest zatem koniecznością poprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, omawiana regulacja zawiera obowiązek, aby oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. potwierdzające spełnienie warunków udziału w nim w zakresie opisanym przez zamawiającego, wskazane zostały w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. W przedmiotowej sprawie Beneficjent zgodnie z zapisami ujętymi w rozdziale VI SIWZ pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, żądał od oferentów złożenia m.in. dokumentów wymienionych w § 5 pkt 2 – 3 Rozporządzenia MR, tj.:

1. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

2. zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jednocześnie Beneficjent w rozdziale V pkt 4 SIWZ wskazał, iż o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pzp normującego kwestię obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia. Wymieniony nie przewidział natomiast fakultatywnych przesłanek wykluczenia ujętych w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp, zgodnie z którą to regulacją prawną z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, iż Beneficjent poprzez żądanie od oferentów dokumentów wskazanych w punktach 1 i 2, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia naruszył cytowany wyżej art. 25 ust. 1 pzp. Przywołane dokumenty potwierdzają bowiem spełnienie przesłanek fakultatywnych ujętych w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp, których wymieniony nie przewidział przygotowując dokumentację przetargową.

Odnosząc się niniejszym do wyjaśnień Beneficjenta na wstępie wskazać należy, iż w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), której uchwalenie podyktowane było koniecznością implementacji Dyrektywy 2014/24/UE, aktualnie wyróżnia się dwie kategorie przyczyn stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy:

- 1) obligatoryjne – określone w art. 24 ust. 1 pkt. 12 – 23 pzp dotyczące popełnienia określonych czynów zabronionych przez wykonawcę lub osoby działające w jego imieniu;
- 2) fakultatywne – określone w art. 24 ust. 5 pkt. 1 – 8 pzp, obejmujące m.in.:
  - upadłość lub likwidację,
  - poważne naruszenie obowiązków zawodowych prowadzące do podważenia uczciwości wykonawcy, w szczególności jeśli skutkowało to nie wykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia,
  - istotne lub uporczywe braki w spełnieniu merytorycznych wymogów wynikających z wcześniejszej umowy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,
  - karalność wykonawcy (będącego osobą fizyczną), członka organu zarządzającego lub nadzorczego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub przeciwko środowisku jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 zł,
  - naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat i składek, przy czym zamawiający musi mieć możliwość wykazania tych okoliczności za pomocą stosownych środków dowodowych.

Istnienie powyższego rozróżnienia na przesłanki obligatoryjne i fakultatywne powoduje, iż wystąpienie tych pierwszych nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Przesłanki fakultatywne znajdują natomiast zastosowanie, jeżeli zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pzp zostaną przewidziane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w zaproszeniu do składania ofert. Tym samym to od zamawiającego zależy,

czy i które z przesłanek fakultatywnych znajdą zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przy czym należy nadmienić, iż w przypadku przewidzienia przez zamawiającego jednej z nich, jej wystąpienie w toku postępowania stworzy obowiązek wykluczenia.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż Beneficjent poza wskazaniem w SIWZ, iż o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pzp (przesłanki obligatoryjne) nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia ujętych w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp. W tym miejscu wskazania wymaga, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne nie obejmują przypadku uregulowanego w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, w myśl którego zamawiający wyklucza wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Zgodnie natomiast z § 5 pkt. 5 Rozporządzenia MR, regulującym kwestię weryfikacji podstawy wykluczenia, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo (w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji) dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności. Przywołany § 5 Rozporządzenia MR określa zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych (art. 24 ust. 1 pzp), jak i fakultatywnych (art. 24 ust. 5 pzp). Powyższe oznacza, iż zamawiający nie jest uprawniony do żądania od wykonawców dokumentów innych niż wyszczególnione we wskazanej regulacji prawnej, celem potwierdzenia braku konkretnych przesłanek wykluczenia. W omawianej sprawie Beneficjent nie przewidując fakultatywnej przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp żądał m.in. przedłożenia dokumentów wskazanych w cytowanym wyżej § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia MR celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 1 pzp, czyniąc to wbrew wskazanemu wyżej zakazowi.

Nie można zatem zgodzić się z argumentacją podnoszoną przez Beneficjenta w jego piśmie z dnia 29 listopada 2019 r., iż zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS (§ 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia MR) z których wynika, że wykonawca nie zalega z opłacaniem odpowiednio podatków lub składek, odnosi się w równym stopniu do okoliczności objętych fakultatywną jak i obligatoryjną przesłanką wykluczenia, konsekwencją czego było stwierdzenie, iż żądanie wymienionych wyżej dokumentów było niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Potwierdzeniem braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 15 pzp jest bowiem oświadczenie wykonawcy (§ 5 pkt. 5 Rozporządzenia MR), a nie przywołane wyżej zaświadczenia, co z uwagi na żądanie dokumentów dodatkowych i zbędnych do przeprowadzenia postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 pzp. Istnienie zbieżności pomiędzy § 5 pkt. 5 Rozporządzenia MR i art. 24 ust. 1 pkt pzp potwierdził również Beneficjent jednakże błędnie podnosząc następnie, iż wskazany akt wykonawczy nie wyklucza sytuacji, w których jednej przesłance przypisany jest więcej niż jeden dokument lub jeden dokument został przypisany do jednej przesłanki. Przywołane wyżej regulacje prawne wyraźnie bowiem wskazują, że celem potwierdzenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia ujętej w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp, której wymieniony co istotne przewidział, koniecznym jest dostarczenie dokumentów ujętych w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia MR, natomiast celem wykazania braku przesłanki obligatoryjnej zawartej w art. 25 ust. 1 pkt 15 pzp należy dostarczyć oświadczenie, o którym mowa w § 5 pkt. 5 Rozporządzenia MR. Stwierdzić zatem należy, iż Beneficjent bezzasadnie pomija odrębność obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp od przesłanki fakultatywnej, unormowanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp. Opisana w treści przesłanki fakultatywnej okoliczność istnienia zaległości z tytułu niewywiązywania się z obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne przez wykonawcę,

wobec którego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne nie powoduje bowiem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, gdyż w samej treści przesłanki fakultatywnej określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp wprost zawarte jest wyłączenie spod jej dyspozycji okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp. Wymieniony chcąc ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom posiadającym zaległości niepotwierdzone wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, jest uprawniony do ustanowienia w SIWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp. Dopiero bowiem w przypadku zastosowania wymienionej przesłanki fakultatywnej zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców środków dowodowych, którymi na gruncie obecnie obowiązującego prawa są dokumenty, określone w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR, co w przedmiotowej sprawie nie wystąpiło. Co więcej, nawet jeżeli zaświadczenia wymienione § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia MR częściowo lub pośrednio zawierają także informacje odnoszące się do obligatoryjnej przesłanki wyłączenia zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp to poprzez dodatkową informację o niezaleganiu ze spłatą odpowiednio podatków lub składek, nie stanowią dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazywano już bowiem wyżej użyte w art. 25 ust. 1 pzp sformułowanie niezbędny oznacza, że bez określonego dokumentu nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania, czy też konkretnej czynności składającej się na to postępowanie. W przedmiotowej sprawie czynnością tą było dokonanie przez Beneficjenta weryfikacji wykonawców pod kątem niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, gdzie w treści § 5 pkt 5 Rozporządzenia MR ustawodawca przesądził, iż dokumentem wystarczającym, a jednocześnie niezbędnym do dokonania weryfikacji wykonawców, w odniesieniu do tej przesłanki wykluczenia z postępowania, jest oświadczenie wykonawcy.

W tym miejscu przywołać należy cytowaną już w zaskarżonej decyzji uchwałę KIO z 31 stycznia 2018 r. (Sygn. akt KIO/KIU 3/18), w której zawarto stanowisko, zgodnie z którym z naruszeniem art. 25 ust. 1 pzp będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której zamawiający żąda od wykonawców oświadczeń lub dokumentów w zakresie przekraczającym granice zakreślone przez ustawodawcę we wskazanej wyżej regulacji prawnej, tj. gdy żądane oświadczenia lub dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. I dalej, potwierdzeniem braku podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp, jest oświadczenie tego wykonawcy (§ 5 pkt. 5 Rozporządzenia MR). W konsekwencji inny dokument żądany na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia na podstawie tej przesłanki nie jest dokumentem niezbędnym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pzp. Z przepisów Rozporządzenia MR nie wynika bowiem, iż dokumenty, o których mowa w § 5 pkt. 2 i 3, mogą być również (obok oświadczenia) wymagane na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 15 pzp. Ponadto w uchwale KIO z dnia 15 grudnia 2017 r. (Sygn. akt KIO/KU 66/17) wskazano, że żądanie przez zamawiającego od wykonawcy dokumentów określonych w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR, przy jednoczesnym braku przewidzienia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp należy uznać za pozbawione podstawy prawnej. Uzasadniając powyższe wskazano m.in., iż treść § 5 Rozporządzenia MR, w stosunku do tych z dokumentów, w których opisie ustawodawca nie zamieścił wskazania konkretnej przesłanki wykluczenia, nie uprawnia zamawiającego do żądania tego rodzaju dokumentów w celu potwierdzenia braku innych przesłanek wykluczenia niż zamawiający jest w stanie stwierdzić w oparciu o informacje zawarte w treści tych dokumentów, gdzie żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 pzp, z uwagi na żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania. W tym miejscu wskazać należy, iż chybionym jest podnoszony przez Beneficjenta zarzut polegający na uznaniu, iż IZ RPO WZ oparła swoje rozstrzygnięcie na jednostkowej uchwale KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO/KU 11/17), czyniąc to z pominięciem całokształtu judykatury wskazanego organu ochrony prawnej. IZ RPO WZ bowiem zarówno w zaskarżonej decyzji z dnia 1 kwietnia 2020 r. jak i w niniejszym rozstrzygnięciu wypracowała swoje stanowisko przede wszystkim poprzez uwzględnienie

obowiązujących w tym zakresie regulacji prawnych, a przywołane uchwały KIO pełniły i niniejszym pełnią jedynie charakter pomocniczy. Poza przywołanymi wyżej uchwałami KIO z dnia 15 grudnia 2017 r. oraz z dnia 31 stycznia 2018 r., IZ RPO WZ w zaskarżonej decyzji przywołała również uchwałę KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., a zatem bez wątplenia uznać należy, iż prezentowane w nich a podzielane przez przywołany organ administracji stanowisko ma charakter ugruntowany. Beneficjent natomiast, celem wykazania, iż KIO w znaczącej części podziela jego stanowisko, jakim jest stwierdzenie, iż zaświadczenia wymienione w § 5 pkt 2 i 3 Rozporządzenia MR są dokumentami służącymi potwierdzeniu braku przesłanki wykluczenia z postępowania zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, przywołuje jedynie jeden wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r. (sygn. akt 2278/16), co z uwagi na fakt, iż data jego wydania jest wcześniejsza niż przywołane przez IZ RPO WZ orzecznictwo KIO, prowadzi do wniosku, iż judykatura wskazanego organu ochrony prawnej uległa w tym zakresie zmianom.

Kolejnym z podnoszonych przez Beneficjenta zarzutów, jest nieuwzględnienie przez IZ RPO WZ prawnym wykładni przepisów Rozporządzenia MR. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż dyrektywy unijne w tym przywołana przez wymienionego Dyrektywa 2014/24/UE dają państwu członkowskiemu swobodę wyboru doboru środków i metod realizacji wskazanych w nich celów. Polski ustawodawca, jak wskazywano już wyżej, w wyniku uchwalenia ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), dokonał implementacji Dyrektywy 2014/24/UE, mając w szczególności na względzie jej art. 57 określający podstawy wykluczenia wykonawcy. Dowodem tego jest zmienione brzmienie art. 24 pzp, w której to regulacji prawnej diametralnie zmianie uległ katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie obecnie można wyróżnić przesłanki fakultatywne oraz obligatoryjne wykluczenia, jak też zmiana art. 25 wskazanego aktu normatywnego, który dodatkowo w ustępie 2 zawiera delegację ustawową do wydania przez ministra właściwego do spraw gospodarki aktu wykonawczego w randze rozporządzenia. W dniu 28 lipca 2016 r. weszło w życie Rozporządzenie MR, gdzie w omawianym akcie wykonawczym dla wykazania braku obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, jako środek dowodowy przewidziano oświadczenie wykonawcy (w § 5 pkt 5 Rozporządzenia MR). Tym samym polski ustawodawca implementując Dyrektywę 2014/24/UE w tym jej art. 57 ust. 2 regulujący kwestię obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania uwzględnił zalecenia w niej zawarte, jednakże w ramach wspomnianej wyżej swobody doboru środków i metod uregulował omawianą kwestię w ten sposób, że dla przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp wymagane jest przedłożenie dokumentów wskazanych w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia MR, a dla obligatoryjnej przesłanki ujętej w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp koniecznym jest dostarczenie stosownego oświadczenia wykonawcy (§ 5 pkt. 5 Rozporządzenia MR). Nie ma zatem żadnej konieczności dokonywania innej niż językowa wykładnia przywołanych wyżej regulacji prawnych bowiem zalecenia zawarte w Dyrektywie 2014/24/UE zostały w nich już uwzględnione, a Beneficjent podpisując Umowę zobowiązany był do przestrzegania przepisów powszechnie obowiązujących. Wymienionego obowiązywał zatem zakaz żądania od wykonawców dokumentu innego niż wyszczególniony w § 5 pkt 5 Rozporządzenia MR w celu potwierdzenia przez wykonawców braku obligatoryjnej przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp.

Odnosząc się natomiast do złożonych wraz z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 22 kwietnia 2020 r. wniosków dowodowych z dokumentów, które IZ RPO WZ postanowiła niniejszym dopuścić wskazać należy, iż pismo z dnia 19 października 2017 r. zawierające informacje o wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa UZP nie może, choćby w sposób pośredni, wpływać na ustalenia poczynione w przedmiotowej sprawie przez IZ RPO WZ. Przywołany organ administracji w ramach posiadanych uprawnień przeprowadza bowiem kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z pzp, czyniąc to niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. A zatem nawet jeżeli Prezes UZP przeprowadziłby kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Budowa dróg wewnętrznych wraz z instalacjami na terenie Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie” a ogłoszonego przez Beneficjenta i poczyniłby w tym zakresie stosowne wnioski to i tak stanowisko to mogłoby w sposób znaczący odbiegać od stanowiska wypracowanego przez IZ RPO WZ. Tym

bardziej wnioski kontrolne, odnoszące się do innego niż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia, nie mogą wpływać na ustalenia poczynione przez IZ RPO WZ i to mimo, iż stwierdzone w nim naruszenie jest zbliżone do naruszenia stwierdzonego przez przywołany organ administracji. Odnośnie drugiego z dopuszczonych dowodów, tj. wydruku prezentacji ze szkolenia przeprowadzonego w dniu 24 października 2016 r., gdzie stwierdzono m.in., iż w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawców określonych w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp właściwym dokumentem potwierdzającym jest zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wskazać należy, co uczyniono również wyżej, iż ustalenia dokonywane przez IZ RPO WZ oparte zostały przede wszystkim na obowiązujących w tym zakresie regulacjach prawnych i jedynie pomocniczo na stosownym orzecznictwie KIO. Cechy pomocniczości trudno natomiast przyznać wnioskowi wypływającemu ze szkolenia przeprowadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych jeszcze w październiku 2016 r., gdzie jak wskazano już wyżej przywołane przez IZ RPO WZ orzecznictwo KIO, wydane w okresie późniejszym świadczy o tym, iż podejście do omawianego zagadnienia z zakresu zamówień publicznych uległo zmianie.

Mając na uwadze wszystko powyższe wskazać należy, iż Beneficjent w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Budowa dróg wewnętrznych wraz z instalacjami na terenie Parku Przemysłowego Nowoczesnych Technologii w Stargardzie” w ramach Projektu poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia wymienionego wyżej postępowania naruszył art. 25 ust. 1 pzp. Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, iż w związku z niezastosowaniem regulacji prawnej ujętej w pzp wymieniony dopuścił się nieprawidłowości indywidualnej wymienionej w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 ze zm., zwanego dalej Rozporządzeniem nr 1303/2013). Wskazać należy niniejszym, iż do stwierdzenia przywołanej nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej (zwanej dalej UE) poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Podstawą wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenie pod kątem wystąpienia nieprawidłowości, ustaliła, iż Beneficjent swoim działaniem doprowadził do wykorzystania części środków finansowanych przekazanych mu w ramach RPO WZ 2014 – 2020 niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 25 ust. 1 pzp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wymienionej regulacji prawnej, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który gdyby wymieniony przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób prawidłowy mógłby być niższy. Uzasadniając powyższe stwierdzić należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Konkurencyjność będzie z pewnością ograniczona w sytuacji gdy ogólnie dostępne informacje o postępowaniu o udzielenie zamówienia i jego warunkach, będą trudniejsze do spełnienia dla ewentualnych oferentów, niż te które obowiązują

w rzeczywistości. W takim bowiem przypadku można wykazać, że doszło do ograniczenia konkurencji, gdyż potencjalny wykonawca na określonych, trudniejszych do spełnienia warunkach mógł nie przystąpić do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w przypadku istnienia warunków mniej restrykcyjnych, złożyłby stosowną ofertę. W przedmiotowej sprawie doszło zatem do ograniczenia konkurencji, gdyż Beneficjent celem wykazania braku obligatoryjnej przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, żądał od potencjalnych wykonawców dostarczenia zaświadczenia o niezaleganiu z opłaceniem podatków lub składek, tj. dokumentów wskazanych w § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia MR, podczas gdy dla spełnienia przywołanej przesłanki wystarczającym było dostarczenie stosownego oświadczenia wykonawcy (§ 5 pkt. 5 Rozporządzenia MR). Stwierdzone naruszenie mogło tym samym doprowadzić do wyeliminowania potencjalnego wykonawcy przedmiotowego zamówienia, oferującego zrealizowanie jego przedmiotu po cenie niższej od oferty ostatecznie wybranej. Powyższego twierdzenia, nie zmienia fakt, iż w omawianym postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona tylko jedna oferta jak też okoliczność, że żaden z potencjalnych wykonawców nie wystąpił czy to z wnioskiem o wydłużeniu terminu do jej złożenia czy też wnioskiem o ograniczenie dokumentów wymaganych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Stwierdzone naruszenie art. 25 ust. 1 pzp polegające na żądaniu dokumentów niebędących dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia mogło bowiem doprowadzić do sytuacji w której potencjalny wykonawca, mając świadomość braku możliwości spełnienia warunków trudniejszych z przyczyn techniczno - organizacyjnych, które wbrew twierdzeniom Beneficjenta mogły następczo pewnych przeszkód, takich jak odpowiednio wcześniejsze wystąpienie do właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, a następnie oczekiwanie na terminowe dostarczenie stosownych zaświadczeń celem dołączenia ich do oferty, ostatecznie zrezygnował z jej złożenia. Abstrahując od powyższego wskazać także należy, że nie można wykluczyć okoliczności, w której potencjalny wykonawca zalegający z opłacaniem podatków lub składek na ubezpieczenie, wobec którego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej, a zatem przy braku obligatoryjnych podstaw do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 15 pzp, zrezygnowałby jednak ze złożenia oferty bowiem w żądanych przez Beneficjenta zaświadczeniach widniałby jako osoba zalegająca z opłacaniem podatków lub składek. W tym miejscu stwierdzić należy ponadto, iż zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju wypracowanym na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14, a zawartym w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ), będącym swoistego rodzaju zbiorem wskazówek i wytycznych skierowanych do Instytucji Zarządzających, a tym samym nie zawierającego w swojej treści norm prawnych o charakterze stanowiącym, właściwa miejscowo instytucja zarządzająca, wbrew dotychczasowej praktyce polegającej na uwidacznianiu negatywnych skutków finansowych (choćby potencjalnych) dla budżetu UE, winna obecnie wykazywać jedynie, że nie można wykluczyć, że naruszenie prawa miało wpływ na budżet, a ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych spoczywa na beneficjencie. Powyższa wykładnia nieprawidłowości znajduje swoje odzwierciedlenie również w wyroku TSUE z dnia 6 grudnia 2017 r. wydanym w sprawie C-408/16. Na marginesie wskazania wymaga, iż przywołane wyroki odnoszą się do definicji nieprawidłowości zawartej w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. U. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm.), który to akt normatywny obowiązywał w czasie trwania poprzedniej perspektywy finansowej, tj. na lata 2007 – 2013. Jednakże w Rozporządzeniu nr 1303/2013 pojęcie nieprawidłowości zdefiniowane jest niemalże identycznie co pozwala przyjąć, że przywołana wyżej wykładnia dokonana przez TSUE nie ulegnie zmianie w obecnej perspektywie finansowej.

Niezależnie od powyższego IZ RPO WZ w ramach poczynionych wyżej rozważań, w których wykazano, iż żądanie od potencjalnych wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia doprowadziło do ograniczenia zasady konkurencyjności, konsekwencją czego było wyeliminowanie potencjalnych wykonawców mogących zrealizować przedmiot zamówienia po cenach niższych od oferty ostatecznie wybranej,

uprawdopodobniła istnienie w przedmiotowej sprawie negatywnych skutków finansowych, mających charakter potencjalny przyczyną, których była stwierdzona nieprawidłowość.

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

Mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności Umowę oraz wyjaśnienia Beneficjenta, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję z dnia 1 kwietnia 2020 r. nr WWRPO/2014-2020/9/W/2020 nakazującą Beneficjentowi zwrot środków, które otrzymał na podstawie Umowy na realizację Projektu.

## **Pouczenie**

Od niniejszej decyzji przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, ul. Staromłyńska 10 w terminie 30 dni od daty jej doręczenia za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 1 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000,00 zł i nie więcej niż 100 000,00 zł (§ 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.)). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku gdy beneficjent nie zwrócił środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia upływu terminu, o którym mowa w art. 207 ust.1 ufp zostaje on wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, z zastrzeżeniem art. 207 ust. 7 ufp z wyłączeniem, o którym mowa w art. 27 ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694),

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

*Zanonimizował Krzysztof Olejniczak na podstawie przepisów o ochronie danych osobowych.*