

Sejny, dnia 6 grudnia 2021 r.

OSO.0003.50.2021

Piotr Maksimowicz

Radny Rady Miasta Sejny

Czy brakujące dokumenty mogły mieć wpływ na wyłonienie wykonawcy?

Kontrola Urzędu Marszałkowskiego takiego braku nie stwierdziła.

Czy nałożone kary zostały już wpłacone na konto Urzędu Marszałkowskiego w Białymstoku?

Nie wykonałem takiego przelewu i nie wykonam.

Kserokopia wymienionych poniżej dokumentów potwierdzonych za zgodność z oryginałem w załączeniu do odpowiedzi:

1. Odpowiedź na informacje pokontrolne dot. „*Termomodernizacji budynku Ośrodka Kultury w Sejnach*”.
2. Informacja pokontrolna Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku dot. „*Termomodernizacji budynku Ośrodka Kultury w Sejnach*”.
3. Informacja pokontrolna Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku dot. „*Budowa instalacji fotowoltaicznej na potrzeby Szkoły Podstawowej im. Mjr Henryka Dobrzańskiego „Hubala” w Sejnach*”.

Z poważaniem,


BURMISTRZ MIASTA
Arkadiusz Adam Nowalski

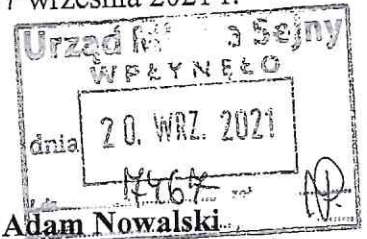


URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA PODLASKIEGO
15-874 Białystok, ul. Poleska 69

Białystok, 17 września 2021 r.

DRR-XIV.44.224.2020

I. D. Fidor
20. WRZ. 2021



Pan Arkadiusz Adam Nowalski
Burmistrz Miasta Sejny
ul. Józefa Piłsudskiego 25
16-500 Sejny

Dotyczy projektu nr WND-RPPD.05.03.01-20-0191/18 pn. „*Termomodernizacja budynku Ośrodka Kultury w Sejnach*”

W imieniu Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020, działającej poprzez Departament Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku, informuję że w wyniku weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na termomodernizację budynku Ośrodka Kultury w Sejnach, oznaczonego numerem sprawy RPG.271.6.2.2020.DL, stwierdzono następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843).

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 527299-N-2020 w dniu 27.03.2020 r. Sekcja III pkt 1.3 oraz w Rozdziale VIII pkt 3 SIWZ Beneficjent wskazał, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

„a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, (...) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwie roboty budowlane, polegające na rozbudowie, przebudowie, remoncie budynku o wartości robót co najmniej 500 000,00 zł (...) każda,

b) dysponuje następującymi osobami, które skieruje do realizacji zamówienia publicznego: (...) kierownik robót – mający doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi oraz posiadający odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej, elektrycznej – co najmniej 1 osoba (...)”.

Na potwierdzenie spełniania warunków Zamawiający w Sekcji III pkt III.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale IX pkt 4.1. SIWZ żądał:

„1. wykazu robót budowlanych (...) z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane (...)

2. wykazu osób (...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia (...)”.

Na potwierdzenie spełnienia warunku z ppkt a) wykonawca Zakład Ogólnobudowlany

Tadeusz Niedziejko, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu przedłożył wykaz robót budowlanych, do którego dołączył w przypadku doświadczenia zdobytego w Suchowoli (Termomodernizacja Kina Kometa) poświadczenie z 28.04.2020 r., z którego nie wynika, że wykonawca należyte wykonał zamówienie.

Brak potwierdzenia należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę na etapie oceny ofert powinien skutkować wezwaniem wykonawcy do złożenia wykazu robót budowlanych i dokumentów, z których będzie wynikało należyte wykonanie zadania.

Wykonawca Zakład Ogólnobudowlany Tadeusz Niedziejko na potwierdzenie warunku wskazanego w ppkt b) w *Wykazie osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego* jako kierownika robót wskazał Pana Stanisława K. Należy zauważyć, że uprawnienia sanitarne to skrócona nazwa uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Z decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego wynika, że osoba wskazana przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności sanitarnej, posiada przygotowanie zawodowe w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji sanitarnych obejmującej instalacje wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłne.

Powyższe dowodzi, że osoba wskazana na kierownika budowy nie posiada uprawnień w zakresie sieci, a zatem w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Z dyspozycji art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego było więc wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego wymagania wskazane w warunku udziału.

W przypadku zaniechania złożenia przez wykonawcę uzupełnienia prawidłowych dokumentów, tj. Wykazu dostaw i Wykazu osób, Zamawiający zobligowany byłby do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III pkt 1.2 oraz w SIWZ w Rozdziale VIII pkt 2 określając warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazał, że „wymagane jest posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 250 000,00 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100)”. Jednocześnie w Sekcji III pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale IX pkt 4.2. SIWZ Zamawiający żądał „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

a) (...)

b) potwierdzenie posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 250 000,00 zł (...).”

Termin składania ofert ustalony został na 15.04.2020 r. Wykonawca Zakład Ogólnobudowlany Tadeusz Niedziejko, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej przedstawił *Polisę ubezpieczenia PZU Doradca Nr 1049559551* z okresem ubezpieczenia od 29.04.2020 r. do 28.04.2021 r.

Z powyższego wynika, że na dzień składania ofert wykonawca Zakład Ogólnobudowlany Tadeusz Niedziejko nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający powinien na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu. W przypadku zaniechania złożenia przez wykonawcę uzupełnienia ww. dokumentów, Zamawiający zobligowany byłby do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp.

Z dokumentacji przekazanej do tutejszego Urzędu wynika, że Zamawiający zaniechał wymienionych wyżej czynności i udzielił zamówienia wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Beneficjent w piśmie RPG.271.6.2.2020.DL z 27.08.2021 r. (data wpływu do UMWP 31.08.2021 r.) wskazał

„1. Wyjaśnienie dotyczące wykazu robót budowlanych

Złożone przez Wykonawcę dokumenty na poświadczenie spełnienia warunku zdolności technicznej w postępowaniu komisja przetargowa uznała za spełniony, po tym jak na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.04.2020 r. Wykonawca przedstawił dokumenty poświadczające wykonanie robót budowlanych dot. wykonania inwestycji pn. „Remont kina KOMETA na potrzeby stworzenia centrum aktywności artystycznej”, wykazane w załączniku nr 4 - wykaz robót budowlanych. Komisja przetargowa, aby mieć pewność, że referencje są prawdziwe, uzyskała informacje telefonicznie od pracownika Referatu Inwestycji Urzędu Miejskiego w Suchowoli, iż roboty budowlane zostały wykonane należycie zgodnie z projektem budowlanym. Po uzyskaniu takiej informacji nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

2. Wyjaśnienie dotyczące wykazu osób

Zamawiający na dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej wymagał dysponowanie przez Wykonawcę osobami, które skieruje do realizacji zamówienia publicznego:

- **kierownik budowy** - mający doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi oraz posiadający odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – co najmniej 1 osoba,
- **kierownik robót** - mający doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi oraz posiadający odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej – co najmniej 1 osoba,
- **kierownik robót** - mający doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi oraz posiadający odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności elektrycznej – co najmniej 1 osoba.

Wykonawca na dowód spełnienia warunku złożył wykaz osób skierowanych do realizacji, następnie na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.04.2020 r. złożył dokumenty poświadczające wymagane uprawnienia.

Zamawiający nie wymagał kierownika budowy w specjalności sanitarnej w zakresie sieci. Wymagany był kierownik robót mający doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi oraz posiadający odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej.

Przedstawione przez Wykonawcę dokumenty:

1. Zaświadczenie PIIB,

2. Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności instalacyjno – inżynierskiej w zakresie instalacji sanitarnych – obejmującej instalacje wodociągowe, gazowe, kanalizacyjne i ciepłne, zostały uznane przez komisję przetargową za zgodne z wymaganiami dot. zdolności zawodowej wskazanymi w SIWZ, a tym samym wystarczające do poprawnej realizacji w/w inwestycji.

3. Wyjaśnienie dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Zamawiający na dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wymagał posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia od

odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 250 000,00zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100).

Wyżej wymieniony dokument nie był wymagany na dzień składania ofert tylko na wezwanie.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.04.2020 r. Wykonawca przedstawił wykupioną polisę ubezpieczeniową i tym samym spełnił warunek Zamawiającego. Roboty budowlane były ubezpieczone na cały okres obowiązywania umowy ponieważ polisa obowiązywała od dn. 29.04.2020r. do 28.04.2021 r. a umowa została zawarta w dniu 21.05.2020 r. z terminem do dnia 31.10.2020 r.”

Wyjaśnienia dotyczące wykazu robót budowlanych nie zostają uwzględnione. Zamawiający przyjął na potwierdzenie warunków udziału załączone do wykazu robót budowlanych poświadczenia wystawione przez Burmistrza Suchowoli, z których nie wynika, że wykonawca Zakład Ogólnobudowlany Tadeusz Niedziejko, należycie wykonał zamówienie. Obowiązkiem zamawiającego było wezwanie ww. wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wykazu robót budowlanych potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z przedłożonych dokumentów wynika, że zamawiający zaniechał powyższej czynności.

W Rozdziale IX SIWZ pkt 4.1.1) zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia wykazu robót budowlanych (...) z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty. Powyższe wymaganie odpowiada zapisom Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które wyraźnie wskazuje, że dowody przedstawione przez wykonawcę muszą potwierdzać należyte wykonanie.

Dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie robót budowlanych jest w szczególności dokument w praktyce zamówień publicznych funkcjonujący jako „referencje” czy jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym „poświadczenie”. W każdym z przypadków celem dokumentu jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, które powinno wynikać z jego treści.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 685/17, skład orzekający Izby wskazał za słuszny zarzut odwołującego, że „wykonawca wybrany nie przedstawił wymaganego doświadczenia zawodowego z potwierdzeniem należytego wykonania umowy. Powyższe wynika z okoliczności, że poświadczenie nie zawiera oceny co do wykonania zamówienia a odwołujący na rozprawie przedstawił dowód wskazujący na to, że umowa nie została wykonana terminowo a wykonawca wybrany został obciążony karą umowną. O powyższej okoliczności wykonawca wybrany nie poinformował zamawiającego, składając na jego wezwanie wyjaśnienie w związku z brakiem potwierdzenia w wystawionym poświadczeniu należytego wykonania poza tylko stwierdzeniem, że umowa została wykonana”.

W przedmiotowej sprawie podmiot wystawiający referencję, tj. Burmistrz Suchowoli, nie użył w wystawionym poświadczeniu określeń wskazujących na prawidłowe/należyte wykonanie umowy. Tym samym brak oceny jak wykonano dostawę dyskredytuje znaczenie niniejszego poświadczenia jako wymaganego dokumentu w myśl zapisów SIWZ i § 2 ust. 4 pkt 1) powołanego wyżej rozporządzenia Ministra Rozwoju, jeśli oprócz poświadczenia nie

ma innych dowodów na należyte wykonanie. Potwierdzenie bycia wykonawcą i wskazania wynagrodzenia przysługującego za wykonanie w żadnej mierze nie jest równoznaczne z potwierdzeniem należytego wykonania. W opisanej sytuacji trudno jest stwierdzić bez wyjaśnień, czy wykonawca dołożył należytej staranności w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Zostają uwzględnione wyjaśnienia Beneficjenta dotyczące wykazu osób. Przedmiot zamówienia nie obejmował prac w zakresie sieci, zatem należy uznać, że wskazany przez wykonawcę kierownik robót mający doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi oraz posiadający odpowiednie uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sanitarnej, spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej nie zostają uwzględnione. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 250 000,00 zł. Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli przedstawić dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Wykonawca Zakład Ogólnobudowlany Tadeusz Niedziejko, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, przedłożył kopię polisy ubezpieczenia OC Nr 1049559551 wystawioną przez ubezpieczyciela PZU S.A. na kwotę 300 000 PLN. Polisa została zawarta na okres od 29.04.2020 r. do 28.04.2021 r. Dokument ten stanowi, że wykonawca na dzień składania ofert (15.04.2020 r.) nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, ponieważ nie posiadał ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 250 000,00 zł.

Zarówno oświadczenie wstępne jak i później przedkładane dokumenty dowodowe powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Aktualność składanych dokumentów nie zwalnia wykonawcy z udowodnienia zamawiającemu, że jego oświadczenie wstępne, składane obligatoryjnie wraz z ofertą, stanowi dowód wstępny i potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wykonawca bowiem oświadcza świadomie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a złożenie nieprawidłowego, wprowadzającego zamawiającego w błąd, oświadczenia, wiąże się z poważnymi konsekwencjami łącznie z wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy pzp.

Pierwotnie Zamawiający nie miał podstaw, aby kwestionować oświadczenie wstępne, jednak złożona polisa ubezpieczenia OC na okres od 29.04.2020 r. do 28.04.2021 r. obligowała Zamawiającego do zastosowania procedury uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, ponieważ dokument złożony na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy pzp nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym zapewniał wykonawca w oświadczeniu wstępnym.

W wyroku z dnia 19 października 2017 r. o sygn. akt KIO 2056/17 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „(...) warunki udziału w postępowaniu są określane przez Zamawiającego. Mogą one dotyczyć między innymi sytuacji ekonomicznej lub finansowej, ale sama sytuacja ekonomiczna lub finansowa nie stanowi warunku. Warunkiem udziału w postępowaniu jest np. posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Ma ono być aktualne na dzień składania ofert. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem spełnione już na dzień składania ofert. Jest to od lat jedna z

podstawowych zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie uległa ona zmianie w związku z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., co też potwierdzają przytoczone powyżej przepisy ustawy Pzp. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, tzn. że na moment składania tego oświadczenia wykonawcy w aktualnym stanie prawnym (w przeciwieństwie do poprzedniego) nie muszą załączać do niego dokumentów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. między innymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te składane są przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku nie złożenia wymaganego dokumentu lub złożenia dokumentu zawierającego błędy, zamawiający (jednokrotnie) wzywa takiego wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Dokumenty składane na podstawie art. 26 ust. 1 oraz ust. 3 w zw. z ust. 1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień ich złożenia.

Jak zatem wynika z przytoczonych przepisów ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu bezwzględnie muszą być spełnione na dzień składania ofert. Natomiast dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia tych warunków mają być aktualne na dzień ich złożenia, co zdaniem składu orzekającego Izby oznacza, iż mają odnosić się do aktualnego stanu faktycznego. (...)

Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, natomiast dowody składane na potwierdzenie tych warunków mają być aktualne na dzień ich składania. Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać określony warunek udziału w postępowaniu, który ma zostać spełniony nie tylko na dzień składania ofert - ale przez cały czas od momentu złożenia oferty aż do momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To samo dotyczy braku podstaw wykluczenia. Na tym zatem polega podstawa różnica w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego, kiedy to spełnianie warunków udziału w postępowaniu podlegało badaniu tylko na dzień składania ofert (art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp w poprzednim brzmieniu: *Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert*)”.

Polisa ubezpieczenia OC Nr 1049559551, obejmująca okres ubezpieczenia od 29.04.2020 r. do 28.04.2021 r., nie dokumentuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wstępnie potwierdzonego w oświadczeniu wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany Tadeusz Niedziejko, podpisanym 14.04.2020 r.

Nadmienić należy, że polisa OC lub inny dokument, potwierdzający posiadanie ubezpieczenia OC, przedkładane w ramach wykazania spełnienia warunku nie służy zabezpieczeniu realizacji umowy. Zabezpieczenie realizacji kontraktu może być wymagane przy zawarciu umowy jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji umowy oprócz przewidzianego w ustawie pzp zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu bez uprzedniego zwrócenia się o uzupełnienie dokumentów stanowi naruszenie art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Naruszenie ww. przepisów stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na Rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 i wyczerpuje wszystkie przesłanki definicji nieprawidłowości. Zgodnie z art. 2 pkt 36 „nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. W wyniku udzielenia zamówienia nastąpiło naruszenie przepisów art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które wypełnia pierwszą przesłankę definicji nieprawidłowości. Naruszenie przepisów prawa powstało w wyniku zaniechania Beneficjenta i wypełnia drugą przesłankę definicji nieprawidłowości. Naruszenie ww. przepisów ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, wypełnia trzecią przesłankę definicji nieprawidłowości. Udzielenie zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami prawa wiąże się ze szkodliwym wpływem na budżet Unii Europejskiej. Szkodą w omawianym postępowaniu jest wypłacenie całej kwoty dotacji bez pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych. Za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt II GSK 1065/14) szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad pzp. Zgodnie natomiast z wyrokiem NSA z 20 listopada 2014 r. (sygn. II GSK 917/13) „Stosowanie trybu zamówień publicznych i zasad uczciwej konkurencji ma zapewnić równy dostęp do zamówień publicznych wszystkich potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie uzyskanie przez zamawiającego wszelkich możliwych ofert, co z kolei zapewnić ma wybór oferty najkorzystniejszej i najlepsze wykorzystanie środków publicznych. Naruszenie p.z.p. przez zamawiającego, które eliminuje lub może eliminować z postępowania niektórych potencjalnych wykonawców wywołuje ryzyko wyrządzenia szkody w środkach publicznych, gdyż ta eliminacja, także potencjalna, może prowadzić do pominięcia oferty najlepszej, która na skutek wadliwego działania zamawiającego w ogóle nie została zgłoszona”. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Ponadto jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 września 2015 r. sygn. akt II GSK 1653/14 szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 17 grudnia 2014 r. II GSK 1467/13 i z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13).

Stosownie do zasady kwalifikowalności w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020 wszystkie wydatki muszą być poniesione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zatem wydatek poniesiony z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych jest wydatkiem nieuzasadnionym obciążającym budżet Unii, stanowi nieprawidłowość w rozumieniu cytowanego powyżej przepisu ww.

rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady i skutkuje zastosowaniem korekty finansowej lub pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych w zamówieniu.

Zgodnie z § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 971) wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach tego zamówienia. Natomiast wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Na podstawie § 3 cytowanego rozporządzenia 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 i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji.

W przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, jak w przypadku przedmiotowego zamówienia, lub gdy nieprawidłowość mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty obniżenie wartości korekty finansowej lub obniżenie wartości pomniejszenia dokonywane jest za pomocą stawek procentowych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości określonych w załączniku do cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. (...).

Nie ulega wątpliwości, że w omawianym postępowaniu nie ma możliwości oszacowania szkody spowodowanej opisanym naruszeniem, ani też ustalenia hipotetycznej wysokości wydatkowanych środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, gdyby nie doszło do powstania naruszeń. Szkada wystąpiła z uwagi na naruszenie przepisów prawa oraz sfinansowania z budżetu Unii Europejskiej wydatków dotkniętych tym naruszeniem. Zatem nie ma możliwości zastosowania metody dyferencyjnej. Możliwe jest tylko zastosowanie metody wskaźnikowej przy wskazaniu odpowiedniego naruszenia z tabeli taryfikatora.

Za naruszenie art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp w poz. 24 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971) stawka obniżenia przewidziana jest na poziomie 25%, natomiast jej wysokość może być obniżona do 10% albo 5% w zależności od charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Biorąc pod uwagę fakt, że działanie Beneficjenta nie było zamierzone, w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, co oznacza, że został zachowany minimalny poziom konkurencji, przyjmuje się 5% wskaźnik korekty finansowej.

Z zapisów § 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie Projektu nr UDA-RPPD.05.03.01-20-0191/18-00 z 25 lipca 2019 r., wynika, że w przypadku naruszenia przez Beneficjenta regulacji prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub Prawa zamówień publicznych IZ RPOWP nakłada korekty finansowe w celu odzyskania środków nieprawidłowo wydatkowanych. Beneficjent podpisując przedmiotową umowę wyraził zgodę na przyjęcie zasad dotyczących stosowania korekt finansowych.

Na powyższe zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach w wyroku II SA/KE 747/13 z dnia 22.10.2013 r.: „Instytucja Zarządzająca może wymierzyć Beneficjentowi korekty finansowe zgodnie z Taryfikatorem” (dokument obowiązujący w perspektywie finansowej 2007–2013, a obecnie zastąpiony rozporządzeniem Ministra

Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień), „który stanowi załącznik do opracowania Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE”. Dokument ten stanowi część systemu realizacji programu operacyjnego, a jego reżimowi skarżąca dobrowolnie się poddała podpisując umowę o dofinansowanie”.

W przypadku postępowania przeprowadzonego przez Miasto Sejny (nr sprawy RPG.271.6.2.2020.DL) w ramach projektu nr WND-RPPD.05.03.01-20-0191/18 pn. „Termomodernizacja budynku Ośrodka Kultury w Sejnach” anulowanie całości wydatków UE jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości.

Wartość korekty finansowej lub pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych zostaje obniżona na podstawie § 3 i § 5 cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...). Przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...) wskazują dwie możliwości ustalania wysokości korekty. W przypadku, gdy jest możliwe precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanej ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną wartość korekty finansowej jest równa wartości współfinansowania UE w ramach tej kwoty, a w przypadku pomniejszenia – wartości wydatków kwalifikowalnych równej tej kwocie (§ 4 rozporządzenia).

W przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, jak w przypadku przedmiotowego zamówienia, lub gdy nieprawidłowość mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty obniżenie wartości korekty finansowej wartości pomniejszenia oblicza się według wzorów (§ 5 ust. 1 cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...)).

1. W przypadku obniżenia wartości korekty finansowej skutki finansowe oblicza się wzorem:

$$W_k = W\% \times W_{kw} \times W_s$$

gdzie znaczenie symboli jest następujące:

W_k – wartość korekty finansowej;

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia;

W_s – procentowa wartość współfinansowania UE;

$W\%$ - stawka procentowa.

Według powyższego wzoru oblicza się wartości korekty finansowej po zatwierdzeniu wniosku o płatność.

2. Obniżenie wartości pomniejszenia oblicza się wzorem:

$$W_p = W\% \times W_{kw}$$

gdzie znaczenie symboli jest następujące:

W_p – wartość pomniejszenia;

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia;

$W\%$ - stawka procentowa.

Pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych dokonuje się przed zatwierdzeniem wniosku o płatność.

Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych przyjmuje się w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju.

Należy zauważyć, że zgodnie z poniższym orzecznictwem nie zachodzi konieczność poddawania ocenie rozmiaru i skutków finansowych naruszenia przepisów np.:

WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku II SA/Go 273/12 stwierdził: „*Co istotne, do zaistnienia naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie jest konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego z tym związanego, lecz jedynie możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze 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, aby poddawała ocenie rozmiary i skutki naruszenia przepisów normujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego dla finansów publicznych Unii Europejskiej*”.

Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-465/10 w postępowaniu Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration przeciwko Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, w którym stwierdzono (...):

„46. Jak to wynika w szczególności z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 2052/88, fundusze strukturalne nie mogą być wykorzystane do finansowania działań podejmowanych z naruszeniem dyrektywy 92/50, naruszenie przez beneficjenta subwencji z EFRR, będącego instytucją zamawiającą przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych na usługi w celu wykonania subwencionowanego działania, powoduje nieuzasadniony wydatek, a tym samym szkodę dla budżetu Unii.

47. Należy bowiem podkreślić, że nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych, mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii (wyrok z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C 199/03 Irlandia przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I 8027, pkt 31)”.

Natomiast w pkt 44 Wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 Trybunał stwierdził, że z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać na nieprawidłowość, o ile może ono – jako takie – mieć negatywne skutki budżetowe. Nie trzeba natomiast udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych. Zatem powyższe postanowienie zachowuje aktualność w obecnej perspektywie finansowej w odniesieniu do regulacji rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiające 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.

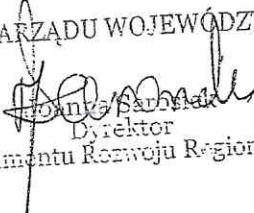
Zgodnie z § 9 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...) w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu. W takim przypadku do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości.

Za naruszenie przepisu art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zastosowano korektę finansową, którą obniżono do 5% na podstawie poz. 24 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971).

Jednocześnie zwraca się uwagę, że skutki finansowe naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Beneficjent powinien uwzględniać przy sporządzaniu wniosków o płatność, w których ujmowane będą wydatki objęte przedmiotowym postępowaniem. Wartość pomniejszenia oblicza się przy zastosowaniu wzoru Nr 2.

W postępowaniu stwierdzono naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nieskutkujące zastosowaniem korekty finansowej:

- art. 32 ust. 1 – nie zachowano należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia (Zamawiający w dokumencie szacowania wartości zamówienia oraz w protokole postępowania omyłkowo wpisał kwotę, która była zabezpieczona w budżecie Miasta Sejny),
- art. 96 ust. 1 – pkt 23.1 – nie wskazano czy nie wniesiono odwołania, pkt 27 – nie wymieniono wszystkich załączników do protokołu (m.in. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ).

z up. ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA

Joanna Sabotek
Dyrektor
Departamentu Rozwoju Regionalnego

Pouczenie:

Zgodnie z art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431) podmiot kontrolowany ma prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do tej informacji. Termin, o którym mowa powyżej, może być przedłużony przez instytucję kontrolującą na czas oznaczony, na wniosek podmiotu kontrolowanego, złożony przed upływem terminu zgłoszenia zastrzeżeń. Instytucja kontrolująca ma prawo poprawienia w informacji pokontrolnej, w każdym czasie, z urzędu lub na wniosek podmiotu kontrolowanego, oczywistych omyłek. Informację o zakresie sprostowania przekazuje się bez zbędnej zwłoki podmiotowi kontrolowanemu. Zastrzeżenia do informacji pokontrolnej rozpatruje instytucja kontrolująca w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia zgłoszenia tych zastrzeżeń. Podjęcie przez instytucję kontrolującą, w trakcie rozpatrywania zastrzeżeń, czynności lub działań, każdorazowo przerywa bieg terminu. Zastrzeżenia, o których mowa powyżej, mogą zostać w każdym czasie wycofane. Zastrzeżenia, które zostały wycofane, pozostawia się bez rozpatrzenia. W trakcie rozpatrywania zastrzeżeń instytucja kontrolująca ma prawo przeprowadzić dodatkowe czynności kontrolne lub żądać przedstawienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień na piśmie. Instytucja kontrolująca, po rozpatrzeniu zastrzeżeń, sporządza ostateczną informację pokontrolną, zawierającą skorygowane ustalenia kontroli lub pisemne stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem odmowy skorygowania ustaleń. Ostateczna informacja pokontrolna jest przekazywana podmiotowi kontrolowanemu. Informację pokontrolną oraz ostateczną informację pokontrolną w razie potrzeby uzupełnia się o zalecenia pokontrolne lub rekomendacje. Do ostatecznej informacji pokontrolnej oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

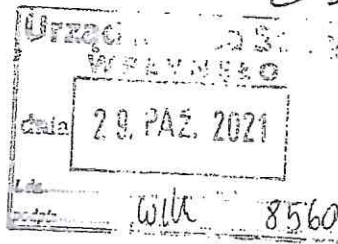
Powyższe pouczenie dotyczy również takich sytuacji, kiedy Beneficjent nie zgadza się ze stwierdzeniem wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej oraz pomniejszeniem wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność przed jego zatwierdzeniem.

IZ RPOWP informuje, że zgodnie z art. 17 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):

1. W przypadku gdy na skutek wystąpienia COVID-19 przeprowadzenie kontroli lub audytów, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 22 ust. 1 ustawy wdrożeniowej, jest niemożliwe lub znacznie utrudnione, kontrole oraz audyty mogą zostać wstrzymane, chyba że możliwe jest ich prowadzenie w trybie pracy zdalnej lub z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej.

2. Terminy na dokonanie czynności w ramach przeprowadzanych kontroli, o których mowa w art. 25 ustawy wdrożeniowej, mogą zostać przedłużone przez właściwą instytucję.

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA PODLASKIEGO
BIAŁYMSTOK



Białystok, 27 października 2021 r.

DRR-XIV.44.224.2020

Pan Arkadiusz Adam Nowalski
Burmistrz Miasta Sejny
ul. Józefa Piłsudskiego 25
16-500 Sejny

Dotyczy projektu nr WND-RPPD.05.03.01-20-0191/18 pn. „Termomodernizacja budynku Ośrodka Kultury w Sejnach”

W imieniu Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020, działającej poprzez Departament Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku, informuję że analiza wyjaśnień Beneficjenta została zaprezentowana w piśmie DRR-XIV.44.224.2020 z 17 września 2021 r. zatem nie zachodzi konieczność powtarzania wniosków Instytucji Zarządzającej wynikających z tej analizy.

Beneficjent naruszył przepisy art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pierwsze naruszenie dotyczyło braku wezwania wykonawcy do złożenia wykazu robót budowlanych i dokumentów, z których wynikałoby ich należyte wykonanie. Z kolei drugie naruszenie polegało na braku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykonawca na dzień składania ofert potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Przytoczone przez Beneficjenta wyroki sądów administracyjnych (o sygn. akt II GSK 2370/14, I SA/Rz 174/17, III SA/GI 161/14, I SA/Sz 439/20) nie znajdują uzasadnienia w niniejszej sprawie, bowiem żaden z nich nie dotyczy naruszenia przepisów ustawy Pzp, o których mowa powyżej, tj. art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3. IZ RPOWP podziela jednak pogląd wyrażony w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 14 kwietnia 2014 r. (sygn. akt III SA/GI 161/14), w którym stwierdzono, że „obowiązek instytucji zarządzającej do nałożenia korekt finansowych prowadzących do zwrotu środków uprzednio przyznanych w ramach umowy o dofinansowanie projektu na podstawie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju wynika ze stwierdzenia naruszenia przez beneficjenta procedur przy udzielaniu zamówień publicznych, a w szczególności, że takie działanie lub zaniechanie powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. W przypadku stwierdzenia konkretnej nieprawidłowości, instytucja zarządzająca zobowiązana jest do dokonania własnej oceny i miarkowania charakteru ustalonej szkody i znaczenia szkody w okolicznościach danej operacji lub programu (...). W przypadku nałożenia jednak korekty finansowej nie może ona być oderwana od zakresu stwierdzonej nieprawidłowości, ale adekwatna do niej i do sytuacji konkretnego beneficjenta, wynikającej również z treści umowy o dofinansowanie projektu, z uwzględnieniem przedmiotu dofinansowania, jego realizacji i przydatności, a także bezpośredniego wpisania Taryfikator stwierdzonej nieprawidłowości”.

Temat szkody został szeroko omówiony w piśmie z 17 września 2021 r. Wskazano w nim, m.in. że już samo stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE stanowi naruszenie przepisów regulujących realizację projektu. Należy również zauważyć, że nie ma konieczności przeprowadzenia postępowania dowodowego w celu wykazania rzeczywistej straty finansowej, bowiem zaistnienie co najmniej potencjalnej szkody w budżecie UE jest wystarczającym warunkiem do nałożenia korekty finansowej.

Wybór oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (co miało miejsce w niniejszym postępowaniu) skutkuje zastosowaniem korekty finansowej. Zgodnie z poz. 24 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971) za powyższe naruszenia przewidziana jest 25% wysokość stawki, która może zostać obniżona do wysokości 10% albo 5%. W związku z tym, że działanie Beneficjenta było niezamierzone, w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, IZ RPOWP przyjęła 5% wskaźnik korekty finansowej.

Biorąc pod uwagę fakt, że w złożonych zastrzeżeniach Beneficjent nie przedstawił żadnych nowych okoliczności uzasadniających zmianę stanowiska IZ RPOWP, ustalenia zaprezentowane w piśmie DRR-XIV.44.37.2021 z 17 września 2021 r. pozostają bez zmian.

z up. ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA
Jolanta Wójcik
Departament Promocji Regionalnego

ala

Sejny, dnia 4.10.2021 r.

Arkadiusz Adam Nowalski
Burmistrz Miasta Sejny
Ul. Józefa Piłsudskiego 25
16-500 Sejny
Zastępowany przez
Radcę prawnego Urszulę Ćwiklicz

Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym
Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020
działająca poprzez
Departament Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego
Województwa Podlaskiego w Białymstoku

znak: DRR-XIV.44.224.2020

Dotyczy projektu nr WND-RPPD.05.03.01-20-00191/18 pn. „Termomodernizacja budynku Ośrodka Kultury w Sejnach”

Zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej

W imieniu Beneficjenta – Miasta Sejny, na podstawie art. 25 ust. 2 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 ze zm.); dalej jako „ustawa wdrożeniowa”, wnoszę umotywowane zastrzeżenia do Informacji Pokontrolnej z dnia 17 września 2021 r. sporządzonej przez instytucję kontrolującą – Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020, działającej poprzez Departament Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku.

Informacja pokontrolna została doręczona podmiotowi kontrolowanemu w dniu 20 września 2021 r.

Miasto Sejny, reprezentowane przez Burmistrza Miasta Sejny nie zgadza się ze stwierdzeniem instytucji kontrolującej, iż stwierdzone w Informacji pokontrolnej naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.); dalej jako „P.z.p.”, stanowią nieprawidłowości, które powodują lub mogą spowodować

szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w rozumieniu Rozporządzenia ogólnego¹, skutkujące zastosowaniem korekty finansowej oraz pomniejszeń przy sporządzaniu przyszłych wniosków o płatność.

Instytucja kontrolująca stwierdziła, iż „*W Rozdziale IX SIWZ pkt 4.1.1) zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, do złożenia wykazu robót budowlanych (...)z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów- inne dokumenty. (...) W przedmiotowej sprawie podmiot wystawiający referencje tj. ?Burmistrz Suchowoli, nie użył w wystawionym poświadczeniu określeń wskazujących na prawidłowe/należyte wykonanie umowy. Tym samym brak oceny jak wykonano dostawę dyskredytuje znaczenie niniejszego poświadczenia jako wymaganego dokumentu w myśl zapisów SIWZ i § 2 ust. 4 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, jeśli oprócz poświadczenia nie ma innych dowodów na należyte wykonanie.*”.

Zdaniem Beneficjenta, uchybienie to stanowi naruszenie niewpływające na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nienaruszające zasad konkurencji oraz niepowodujące szkody w budżecie ogólnym UE.

Kolejno Instytucja kontrolująca stwierdziła, iż „*W niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę minimum 250 000 zł Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli przedstawić dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Wykonawca Zakład Ogólnobudowlany Tadeusz Niedziejko, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą, przedłożył kopię polisy ubezpieczenia OC Nr 1049559551 wystawioną przez ubezpieczyciela PZU S.A. na kwotę 300 000 zł. Polisa została zawarta na okres od*

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające 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 ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 320).

29.04.2020 r. do 28.04.2021 r. Dokument ten stanowi, że wykonawca na dzień składania ofert (15.04.2020 r.) nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, ponieważ nie posiadał ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 250 000 zł”.

Zdaniem Beneficjenta, uchybienie to stanowi naruszenie niewpływające na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz niepowodujące szkody w budżecie ogólnym UE.

W uzasadnieniu Informacji pokontrolnej, instytucja kontrolująca nie wskazała wysokości ewentualnie zaistniałej szkody, argumentując, iż w przypadku naruszenia przepisów P.z.p., takich jak stwierdzone w przedmiotowej sprawie, nie musi przeprowadzać postępowania wyjaśniającego na okoliczność faktycznej wysokości szkody w budżecie UE, jaka powstała w związku ze stwierdzonym naruszeniem. Samo stwierdzenie naruszenia przepisów p.z.p. jest równoznaczne z powstaniem potencjalnej szkody. Wysokość korekty finansowej jest ustalana odpowiednio do wagi i charakteru nieprawidłowości. Ustawodawca przyjmuje tu domniemanie, że skoro doszło do naruszenia przepisów p.z.p., to musiała zaistnieć szkoda w budżecie UE, przy czym nie musi to być szkoda rzeczywista, lecz może być potencjalna.

W ocenie Beneficjenta, samo naruszenie procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków pochodzących z budżetu UE nie oznacza automatycznie obowiązku stosowania korekt i zwrotu środków unijnych. Konieczna jest ocena skutków tego naruszenia w kontekście uregulowań określonych w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego. Środki unijne podlegają zwrotowi tylko wówczas gdy wykorzystano je z naruszeniem procedur, które to naruszenie stanowi "nieprawidłowość" w rozumieniu art. 2 pkt 36 ww. Rozporządzenia. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego "nieprawidłowość" oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Jak wskazał NSA w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 września 2015 r. o sygn. akt: II GSK 2370/14 "Prawodawca unijny nie wskazuje na każdą nieprawidłowość jako konieczną przyczynę dokonania korekty, ale na taką, której skutkiem jest wystąpienie szkody realnej lub potencjalnej w budżecie ogólnym UE prowadzącej w konsekwencji do finansowania nieuzasadnionego wydatku z tego budżetu, a zatem nie każda nieprawidłowość musi jednoznacznie wskazywać na wystąpienie owej szkody realnej lub potencjalnej, a w konsekwencji rodzić obowiązek obligatoryjnego ustalenia kwoty korekty przekazanego dofinansowania i konieczność jej zwrotu przez Beneficjenta. Gdyby celem tej regulacji było sankcjonowanie przez prawodawcę unijnego każdej dostrzeżonej przez organ nieprawidłowości bez

względem na jej skutek dla budżetu ogólnego Unii Europejskiej, to wówczas nie nałożyłby na organ konieczności wykazywania takiego realnego lub potencjalnego skutku, ale poprzestałby na wykryciu każdej nieprawidłowości jako wystarczającej przesłanki prawnej dla dokonania obowiązkowej korekty i nałożenia na Beneficjenta obowiązku jej zwrotu”.

Każdorazowo należy zatem przypisać danemu uchybieniu przepisom szkody rzeczywistej lub ryzyka powstania szkody potencjalnej. W przypadku szkody rzeczywistej konieczne jest wykazanie za pomocą dowodów, że szkoda taka rzeczywiście powstała. W przypadku szkody potencjalnej konieczne jest wykonanie stosownego wnioskowania prowadzącego do przyjęcia, że szkoda taka mogła nastąpić. Szkoda powinna jednak być dostatecznie uprawdopodobniona, czyli wykazana z dużą dozą prawdopodobieństwa. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonym 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 (por. wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 25 maja 2017 r, I SA/Rz 174/17).

W orzecznictwie wskazuje się także na konieczność dokonania przez instytucję kontrolującą badania związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem a powstaniem ewentualnej szkody oraz ustalenie korekty finansowej na poziomie adekwatnym do naruszenia. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 kwietnia 2014 r. o sygn. akt III SA/GI 161/14 wskazano: „Obowiązek instytucji zarządzającej do nałożenia korekt finansowych prowadzących do zwrotu środków uprzednio przyznanych w ramach umowy o dofinansowanie projektu na podstawie u.z.p.p.r. wynika ze stwierdzenia naruszenia przez beneficjenta procedur przy udzielaniu zamówień publicznych, a w szczególności, że takie działanie lub zaniechanie powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. W przypadku stwierdzenia konkretnej nieprawidłowości, instytucja zarządzająca zobowiązana jest do dokonania własnej oceny i miarkowania charakteru ustalonej szkody i znaczenia szkody w okolicznościach danej operacji lub programu. W przypadku nałożenia jednak korekty finansowej nie może ona być oderwana od zakresu stwierdzonej nieprawidłowości, ale adekwatna do niej i do sytuacji konkretnego beneficjenta, wynikającej również z treści umowy o dofinansowanie projektu, z uwzględnieniem przedmiotu dofinansowania, jego realizacji i przydatności, a także bezpośredniego wpisania w taryfikator stwierdzonej nieprawidłowości.” Podobne stanowisko wywodzi się z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 16.09.2020 r. sygn.. akt: I SA/Sz 439/20, który orzekł, iż „Należy zatem po pierwsze wykazać, że do naruszenia przepisów rzeczywiście doszło, a po drugie w oparciu o ustalony model oceny wykazać, że to naruszenie mogło spowodować finansowanie nieuzasadnionego wydatku. Wypada powtórzyć, że przy takim modelu kontroli nie każde naruszenie prawa będzie rodziło niebezpieczeństwo powstania takiej szkody. Poza

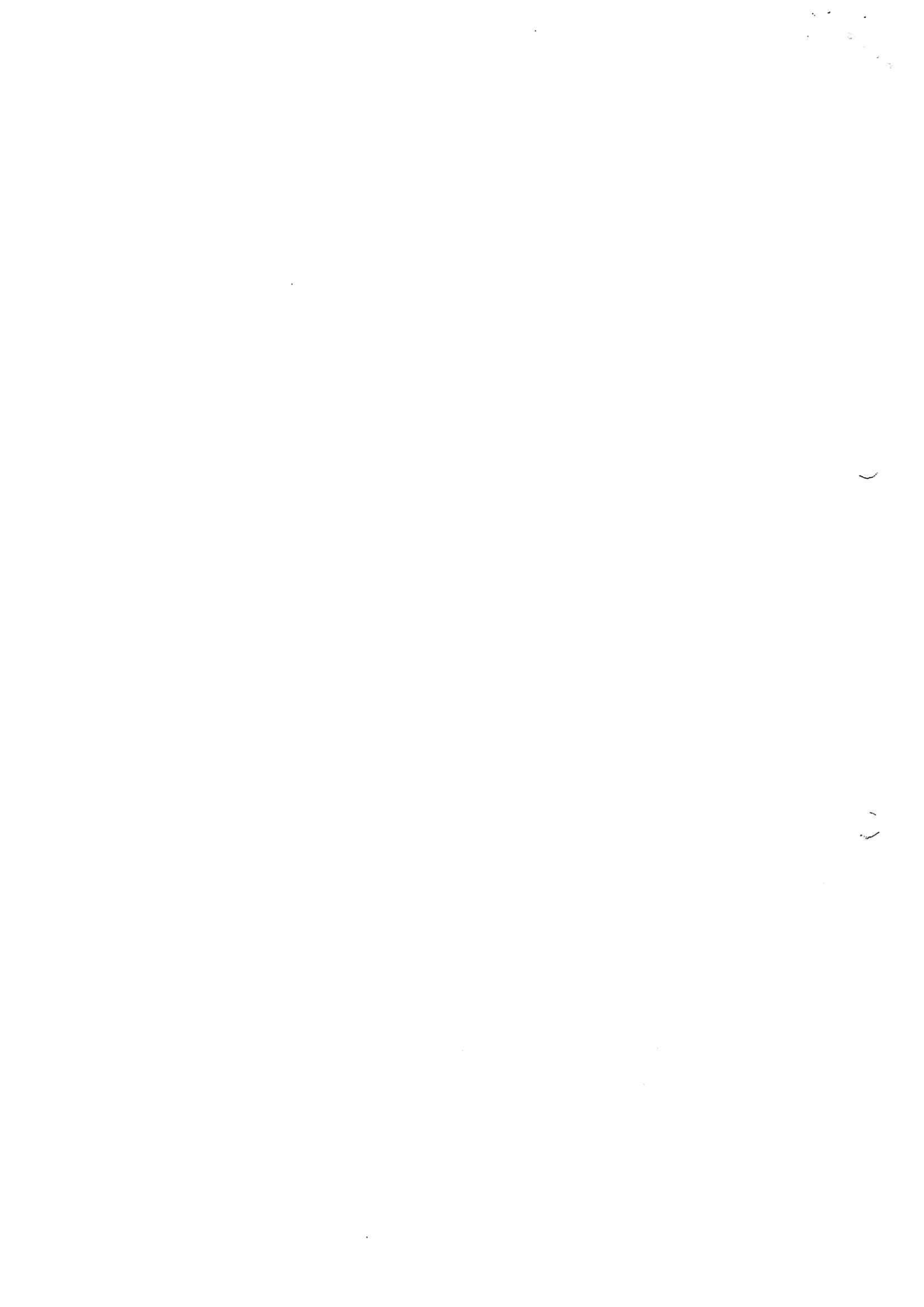
zasięgiem tego uregulowania pozostanie cały szereg naruszeń nie rodzących chociażby ryzyka powstania szkody (jak także w tej sprawie)".

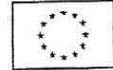
W niniejszym przypadku instytucja kontrolująca nie wykazała takiego związku przyczynowego, jak też nie dokonała ustalenia poziomu adekwatności korekty do naruszenia.

W związku z powyższymi umotywowanymi zastrzeżeniami, wnoszę o ponowną weryfikację ustaleń zawartych w Informacji pokontrolnych.

RADCA PRAWNY BL/51279

Urszula Cwiklicz
Urszula Cwiklicz



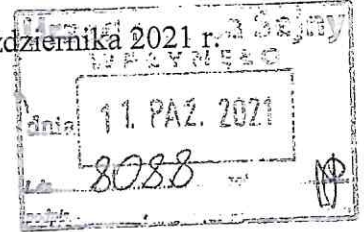


URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA PODLASKIEGO
15-804 Białystok, ul. Piłsudskiego 10

DRR-XIV.44.45.2021

P. D. Nowalski
11. PAZ. 2021

Białystok, 06 października 2021 r. w Sejnach



Pan Arkadiusz Adam Nowalski
Burmistrz Miasta Sejny
ul. Józefa Piłsudskiego 25
16-500 Sejny

Dotyczy projektu nr WND-RPPD.05.01.00-20-0574/19 „Budowa instalacji fotowoltaicznej na potrzeby Szkoły Podstawowej im. Mjr Henryka Dobrzańskiego „Hubala” w Sejnach”

W imieniu Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020, działającej poprzez Departament Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku, informuję że w wyniku weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na budowę instalacji fotowoltaicznej na potrzeby Szkoły Podstawowej im. Mjr Henryka Dobrzańskiego „Hubala” w Sejnach, oznaczonego numerem sprawy RPG.271.4.2020, stwierdzono następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843).

1. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 524090-N-2020 opublikowanym w dniu 16.03.2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Zamawiający nie wskazał żadnych dokumentów wymaganych od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Sekcja III.5.1). Natomiast w SIWZ Rozdział VII pkt 3 i 4 wskazał następujące dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków tj. potwierdzenie opłaconej polisy, wykaz dostaw lub usług oraz wykaz osób, które to muszą zostać dołączone do oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdza się, że zamawiający nie zachował spójnych zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zestawienia dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą. Nadmienia się, że ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ są dokumentami, które powinny być ze sobą spójne w każdym aspekcie. Inne zapisy w SIWZ należy traktować jako modyfikację SIWZ wymagającą zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Beneficjent w piśmie z 9 września 2021r. (data wpływu do UMWP 13.09.2021r.) wyjaśnił, że „W ogłoszeniu o zamówieniu nr 524090-N-2020 z dnia 16.03.2020 r. Zamawiający omyłkowo nie wypełnił Sekcji III.5.1. Wymagane dokumenty zostały wyróżnione w Sekcji II. 1.2 oraz III.1.3 a w Sekcji III.5.1 nie zostały ponownie wymienione, a należało wpisać: potwierdzenie opłaconej polisy lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, wykaz osób, wykaz robót. Przy zatwierdzaniu Ogłoszenia system me wskazał braku wypełnionego pola jako błąd po czy Ogłoszenie zostało zapisane i w kolejnym kroku opublikowane. Chcemy zauważyć, iż zostało to pominięte niecelowo.”

Wyjaśnienia Beneficjenta nie zostają uwzględnione. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł niespójne informacje w zakresie wymaganych od wykonawcy dokumentów na

potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Art. 36 ust. 1 i art. 41 ustawy Pzp wskazują obligatoryjne elementy jakie powinny zawierać odpowiednio specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu. Obowiązkiem zamawiającego zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest wskazanie w SIWZ wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Informacje te również muszą być bezwzględnie zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, o czym stanowi art. 41 pkt 7a ustawy Pzp. Nie budzi wątpliwości, że brzmienie obu cytowanych przepisów jest tożsame, stąd też tę samą cechę powinny posiadać obydwa wskazane dokumenty, zarówno specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jak i ogłoszenie o zamówieniu. Brak tożsamości co do wymagań zawartych w specyfikacji, jak i w ogłoszeniu polegającej na wskazaniu różnego zapisu może być postrzegany bądź jako modyfikacja SIWZ, wymagająca zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zestawienia dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą, bądź jako doprecyzowanie tych informacji. Bez względu jednak na kwalifikację powstałej rozbieżności, uznać ją należy za niedopuszczalną.

W niniejszej sprawie, Beneficjent, wbrew obowiązkowi wynikającemu z przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zamieścił w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu takich samych wymogów stawianych oferentom. Ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ są dokumentami, w których treści zawarte są podstawowe informacje związane z postępowaniem, dlatego też – niezależnie od sytuacji z jakim dokumentem wykonawca zapozna się jako pierwszym – powinien otrzymać jednakowe informacje

Nadmienia się, że wykonawca zapoznając się z danym zagadnieniem w jednym z dokumentów nie ma obowiązku analizy jak wygląda zapis w drugim dokumencie. Zamieszczenie niespójnych zapisów w obu wymienionych dokumentach wymagało od Zamawiającego ich zmiany w celu ujednoczenia treści. Zaniechanie poprawy zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ spowodowało różnice, które doprowadziły do złamania naczelnej zasady przejrzystości wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania przepisów prawa i powinien dochować szczególnej dbałości o tożsamość zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. (sygn. akt X Ga 337/07) wskazał, że wymagania zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu nie mogą być rozszerzane bądź zawężane w treści SIWZ. Sąd zwrócił uwagę, że wykonawcy zapoznając się z dokumentami przetargowymi nie mogą się zastanawiać jaki był zamiar Zamawiającego, powinni tylko odczytać literalne brzmienie tych dokumentów.

W uchwale z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 107/14, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„niedopuszczalne jest zamieszczanie rozbieżnych informacji w różnych publikacjach jednego i tego samego ogłoszenia o zamówieniu. Po drugie – niedopuszczalne jest odstępowanie w specyfikacji od żądania dokumentów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu w inny sposób niż przez odpowiednią zmianę ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli Zamawiający rzeczywiście nie zamierzał wymagać od wykonawców złożenia danych dokumentów. Po trzecie – wbrew pogładowi wyrażonemu w zastrzeżeniach ogłoszenie (de facto ogłoszenia) i s.i.w.z. zawierały w opisanym powyżej zakresie sprzeczne informacje co do żądanych dokumentów, gdyż z przywołanych powyżej przepisów wynika, że jeżeli dany dokument nie jest wskazywany, należy uznać, że nie jest w ogóle żądany w danym postępowaniu. Sprzeczności te nie musiały być przedmiotem analizy potencjalnych wykonawców, którzy mogli działać w zaufaniu do publikowanych przez zamawiającego*

informacji w poszczególnych dokumentach postępowania. W konsekwencji mogło to prowadzić do niepożądanego sytuacji, że wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu podjęli odmienne decyzje co do dalszego w nim udziału, w zależności od wersji ogłoszenia, z którą się zapoznali lub tego czy zapoznali się również z SIWZ. W ocenie izby prowadzenie postępowania w ten sposób nie można uznać za zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców". Podobnie wypowiedziała się Izba w uchwale z dnia 29 grudnia 2015 r. o sygn. akt KIO/KD 67/15.

Na konieczność zachowania spójności zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ zwrócił uwagę także Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 22 grudnia 2015 r. o sygn. akt I SA/Bk 677/15 „Nie budzi zatem wątpliwości, że SIWZ miała szerszy zakres niż ogłoszenie o zamówieniu, a zatem zamówienie nie zostało udzielone w sposób przejrzysty i konkurencyjny. (...) Stwierdzone rozbieżności zapisów ogłoszenia i SIWZ przynajmniej potencjalnie mogła przyczynić się do zawężenia kręgu wykonawców przystępujących do ogłoszenia, a w konsekwencji naruszenia zasady uczciwej konkurencji. (...) skarżące Miasto nie zamieściło jednakowych warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Żądanie przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru (ogłoszenie o zamówieniu) z pewnością nie jest tożsame z koniecznością przedłożenia wypełnionego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 u.p.z.p. Dodatkowo skarżące Miasto nie przewidziało takiego obowiązku w SIWZ. Tym samym przyjęcie należało, że skarżące Miasto, wbrew art. 36 ust. 1 pkt 6 i art. 24 ust. 1 u.p.z.p. nie zamieściło jednakowych warunków udziału w postępowaniu w obu dokumentach: ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (...). Oba dokumenty zawierają inne wymagania podmiotowe (...). Powyższe niewątpliwie może stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Działanie Beneficjenta polegające na niezachowaniu spójności zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zestawienia dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6, art. 38 ust. 4a pkt 1 oraz art. 41 pkt 7a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), co skutkuje zastosowaniem korekty finansowej lub pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo. Naruszenie ww. przepisów stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na Rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 i wyczerpuje wszystkie przesłanki definicji nieprawidłowości.

Zgodnie z art. 2 pkt 36 „nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. W wyniku udzielenia zamówienia nastąpiło naruszenie ww. przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które wypełnia pierwszą przesłankę definicji nieprawidłowości. Naruszenie przepisów prawa powstało w wyniku działania/ zaniechania Beneficjenta i wypełnia drugą przesłankę definicji nieprawidłowości. Naruszenie ww. przepisów ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet

Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, wypełnia trzecią przesłankę definicji nieprawidłowości.

Wprowadzenie niespójnych zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zestawienia dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą mogło mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym wpłynąć na ilość złożonych ofert i uzyskanie oferty korzystniejszej. Należy zauważyć, że każde naruszenie prawa, które ma bezpośredni wpływ na ilość wykonawców uczestniczących w postępowaniu, już ze swej istoty prowadzi do obciążenia budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Szkodą w omawianym postępowaniu jest wypłacenie całej kwoty dotacji bez pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych. Za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt II GSK 1065/14) szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad pzp. Zgodnie natomiast z wyrokiem NSA z 20 listopada 2014 r. (sygn. II GSK 917/13): „*Stosowanie trybu zamówień publicznych i zasad uczciwej konkurencji ma zapewnić równy dostęp do zamówień publicznych wszystkich potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie uzyskanie przez zamawiającego wszelkich możliwych ofert, co z kolei zapewnić ma wybór oferty najkorzystniejszej i najlepsze wykorzystanie środków publicznych. Naruszenie p.z.p. przez zamawiającego, które eliminuje lub może eliminować z postępowania niektórych potencjalnych wykonawców wywołuje ryzyko wyrządzenia szkody w środkach publicznych, gdyż ta eliminacja, także potencjalna, może prowadzić do pominięcia oferty najlepszej, która na skutek wadliwego działania zamawiającego w ogóle nie została zgłoszona*”. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Ponadto jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 września 2015 r. sygn. akt II GSK 1653/14 szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 17 grudnia 2014 r. II GSK 1467/13 i z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13).

Stosownie do zasady kwalifikowalności w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020 wszystkie wydatki muszą być poniesione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zatem wydatek poniesiony z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych jest wydatkiem nieuzasadnionym obciążającym budżet Unii, stanowi nieprawidłowość w rozumieniu cytowanego powyżej przepisu ww. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady i skutkuje zastosowaniem korekty finansowej lub pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych w zamówieniu.

Zgodnie z § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 971) wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach tego zamówienia. Natomiast wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Na podstawie § 3 cytowanego rozporządzenia 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 i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji.

W przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, jak w przypadku przedmiotowego zamówienia, lub gdy nieprawidłowość mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty obniżenie wartości korekty finansowej lub obniżenie wartości pomniejszenia dokonywane jest za pomocą stawek procentowych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości określonych w załączniku do cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. (...).

Nie ulega wątpliwości, że w omawianym postępowaniu nie ma możliwości oszacowania szkody spowodowanej opisanym naruszeniem, ani też ustalenia hipotetycznej wysokości wydatkowanych środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, gdyby nie doszło do powstania naruszeń. Szkada wystąpiła z uwagi na naruszenie przepisów prawa oraz sfinansowania z budżetu Unii Europejskiej wydatków dotkniętych tym naruszeniem. Zatem nie ma możliwości zastosowania metody dyferencyjnej. Możliwe jest tylko zastosowanie metody wskaźnikowej przy wskazaniu odpowiedniego naruszenia z tabeli taryfikatora.

Wskaźnik procentowy wyraża abstrakcyjny i uśredniony stopień "szkodliwości" określonego typu naruszenia. Taryfikator sam w sobie zawiera ocenę charakteru i wagi jaką dla danej nieprawidłowości przypisało państwo członkowskie przyporządkowując konkretną stawkę procentową do konkretnego naruszenia prawa zamówień publicznych.

Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6, art. 38 ust. 4a pkt 1 oraz art. 41 pkt 7a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy nie zostało wymienione w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971). Stosownie do postanowień § 6 ww. rozporządzenia w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych. Uwzględniając dyspozycję § 6 rozporządzenia zastosowano stawkę obniżenia przewidzianą w poz. 16 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r., która to stawka procentowa odpowiada najbliższej rodzajowo stwierdzonej kategorii nieprawidłowości indywidualnej. Stawka obniżenia przewidziana jest na poziomie 25 %. Wysokość stawki może być obniżona do 10% lub 5% w zależności od charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Biorąc pod uwagę fakt, że w omawianym postępowaniu działanie Zamawiającego nie było zamierzone, wykonawcy nie zgłaszali uwag w zakresie zawartych niespójności przyjmuje się 5% wskaźnik korekty finansowej.

2. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 524090-N-2020 opublikowanym w dniu 16.03.2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych w Sekcji III.1.2) oraz w SIWZ w rozdziale V pkt 2.2 zamawiający w zakresie posiadania sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazał, że:

Wymagane jest posiadanie przez wykonawcę opłaconej polisy, w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności

cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę minimum 200 tys. zł z terminem jej obowiązywania w okresie trwania umowy.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 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 2016 r., poz. 1126 z późn. zm.) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać *dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.* W świetle powyższego Zamawiający nie może ograniczać się jedynie do wymagania opłaconej polisy oraz nie może wymagać na tym etapie postępowania wykazania, że wykonawca posiada polisę na cały okres zamówienia.

Ponadto zamawiający w Rozdziale VII.4 pkt 3 i 4 SIWZ dotyczącym informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą wskazał, że wymaga dołączenia opłaconej polisy, wykazu dostaw i usług oraz wykazu osób.

Nadmienia się, że zakres dokumentów (oświadczeń) wymaganych do przedłożenia wraz z ofertą ściśle określa artykuł 25a ust.1 ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp *„Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1”.*

W związku z powyższym zamawiający nie mógł żądać aby wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli opłaconą polisę, wykaz dostaw i usług (wraz z referencjami bądź innymi dokumentami wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego dostawy i usługi były wykonywane) oraz wykaz osób, które w obecnym stanie prawnym wymagane są wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosowanie reguł wyznaczonych przez ustawodawcę dotyczących momentu składania dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkowe w związku z powyższym zamawiający nie może dowolnie decydować na jakim etapie postępowania składane są poszczególne dokumenty.

Beneficjent w piśmie z 9 września 2021r. (data wpływu do UMWP 13.09.2021r.) wyjaśnił, że *„Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe miał na celu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania niniejszego zamówienia.*

Zgodnie z art. 25 ust 1 Pzp Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wymagane przez Zamawiającego dokumenty miały służyć potwierdzeniu iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał w SIWZ dokumenty: polisa ubezpieczeniowa, wykaz osób, wykaz dostaw i usług”.

Wyjaśnienia Zamawiającego nie zostają uwzględnione.

Nadmienia się, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać Zamawiający oraz ich formę określił ustawodawca i ze względu na sformalizowany charakter postępowań o zamówienia publiczne podmioty udzielające zamówień powinny ściśle określać żądane dokumenty.

Celem sformalizowanego procesu jest zapewnienie wykonawcom jasnych przekazów, które powinny być spełnione przy ubieganiu się o zamówienie publiczne. Należy zauważyć, że w świetle § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia o dokumentach, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia „dokumentów, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego”. Różnica dotyczy nie tylko określenia rodzaju dokumentu ale i braku wskazania na pierwszeństwo „opłaconej polisy”. Od zmiany rozporządzenia w lipcu 2016 r. ustawodawca zrezygnował ze wskazania „opłaconej polisy”. Zatem żądanie „opłaconej polisy”, a dopiero w przypadku jej braku innego dokumentu, potwierdzającego posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia o dokumentach.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający dopuścił możliwości złożenia innego dokumentu, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu poprzez zapis zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ uznaje się, że działanie Beneficjenta stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.) o charakterze formalnym, nieskutkujące zastosowaniem korekty finansowej.

Natomiast istotnym błędem, którego nie można traktować w kategoriach naruszenia formalnego z uwagi na wpływ jaki mógł mieć na zachowania wykonawców jest żądanie polisy, czy też innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie **przez cały okres wykonania zamówienia**. Nadmieniam, że określony przez ustawodawcę w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.) dokument zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp ma być aktualny na dzień złożenia. Ustawa nie określa długości terminu ważności dokumentu. Istotny jest również cel składania dokumentu ubezpieczenia. Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia dokument potwierdzający ubezpieczenie zamawiający żąda na potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału sytuacji finansowej lub ekonomicznej, tj. potwierdzenia sytuacji finansowej w jakiej aktualnie znajduje się wykonawca. Należy dostrzec zasadniczą różnicę pomiędzy ubezpieczeniem OC potwierdzającym zdolność ekonomiczną lub finansową, a ubezpieczeniem kontraktu. Wymóg przedstawienia dokumentu ubezpieczenia ważnego przez cały okres realizacji zamówienia jest działaniem niedopuszczalnym. Podstawowa różnica polega na celu, w jakim żądane jest każde z ubezpieczeń.

Na cel żądania odpowiedniego ubezpieczenia, trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonym w orzecznictwie i doktrynie wyroku z dnia 24 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 161/09: „*Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy*”.

Ponieważ Beneficjent w wyjaśnieniach nie wskazał konkretnego uzasadnienia w kwestii żądania dokumentu ubezpieczenia przez cały okres wykonania zamówienia oraz wymogu złożenia wraz z ofertą opłaconej polisy, wykazu usług i osób (a tylko powołał się na art. 25 ust. 1 ustawy pzp uprawniający jego zdaniem do żądania wskazanych dokumentów jak również na cel oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia). Powyższe działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 25 ust. 1, 25a ust. 1 i art. 26 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 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 2016 r., poz. 1126), co skutkuje zastosowaniem korekty finansowej lub pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo. Naruszenie ww. przepisów stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na Rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 i wyczerpuje wszystkie przesłanki definicji nieprawidłowości.

Zgodnie z art. 2 pkt 36 *„nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”*. W wyniku udzielenia zamówienia nastąpiło naruszenie ww. przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które wypełnia pierwszą przesłankę definicji nieprawidłowości. Naruszenie przepisów prawa powstało w wyniku działania/ zaniechania Beneficjenta i wypełnia drugą przesłankę definicji nieprawidłowości. Naruszenie ww. przepisów ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, wypełnia trzecią przesłankę definicji nieprawidłowości.

Żądanie dokumentu ubezpieczenia przez cały okres wykonania zamówienia na potwierdzenie warunku udziału sytuacji finansowej lub ekonomicznej mogło mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym wpłynąć na ilość złożonych ofert i uzyskanie oferty korzystniejszej. Należy zauważyć, że każde naruszenie prawa, które ma bezpośredni wpływ na ilość wykonawców uczestniczących w postępowaniu, już ze swej istoty prowadzi do obciążenia budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Szkodą w omawianym postępowaniu jest wypłacenie całej kwoty dotacji bez pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych. Za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt II GSK 1065/14) szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad pzp. Zgodnie natomiast z wyrokiem NSA z 20 listopada 2014r. (sygn. II GSK 917/13): *„Stosowanie trybu zamówień publicznych i zasad uczciwej konkurencji ma zapewnić równy dostęp do zamówień publicznych wszystkich potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie uzyskanie przez zamawiającego wszelkich możliwych ofert, co z kolei zapewnić ma wybór oferty najkorzystniejszej i najlepsze wykorzystanie środków publicznych. Naruszenie p.z.p. przez zamawiającego, które eliminuje lub może eliminować z*

postępowania niektórych potencjalnych wykonawców wywołuje ryzyko wyrządzenia szkody w środkach publicznych, gdyż ta eliminacja, także potencjalna, może prowadzić do pominięcia oferty najlepszej, która na skutek wadliwego działania zamawiającego w ogóle nie została zgłoszona". Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Ponadto jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 września 2015 r. sygn. akt II GSK 1653/14 szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 17 grudnia 2014 r. II GSK 1467/13 i z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13).

Stosownie do zasady kwalifikowalności w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020 wszystkie wydatki muszą być poniesione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zatem wydatek poniesiony z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych jest wydatkiem nieuzasadnionym obciążającym budżet Unii, stanowi nieprawidłowość w rozumieniu cytowanego powyżej przepisu ww. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady i skutkuje zastosowaniem korekty finansowej lub pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych w zamówieniu.

Zgodnie z § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 971) wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach tego zamówienia. Natomiast wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Na podstawie § 3 cytowanego rozporządzenia 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 i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji.

W przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, jak w przypadku przedmiotowego zamówienia, lub gdy nieprawidłowość mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty obniżenie wartości korekty finansowej lub obniżenie wartości pomniejszenia dokonywane jest za pomocą stawek procentowych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości określonych w załączniku do cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. (...).

Nie ulega wątpliwości, że w omawianym postępowaniu nie ma możliwości oszacowania szkody spowodowanej opisanym naruszeniem, ani też ustalenia hipotetycznej wysokości wydatkowanych środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, gdyby nie doszło do powstania naruszeń. Szkoda wystąpiła z uwagi na naruszenie przepisów prawa oraz sfinansowania z budżetu Unii Europejskiej wydatków dotkniętych tym naruszeniem. Zatem nie ma możliwości zastosowania metody dyferencyjnej. Możliwe jest tylko zastosowanie

metody wskaźnikowej przy wskazaniu odpowiedniego naruszenia z tabeli taryfikatora.

Wskaźnik procentowy wyraża abstrakcyjny i uśredniony stopień "szkodliwości" określonego typu naruszenia. Taryfikator sam w sobie zawiera ocenę charakteru i wagi jaką dla danej nieprawidłowości przypisało państwo członkowskie przyporządkowując konkretną stawkę procentową do konkretnego naruszenia prawa zamówień publicznych.

Za naruszenie art. 25 ust. 1, 25a ust. 1 i art. 26 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 2 pkt 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. z2016 r. poz. 1126) polegające na żądaniu dokumentu ubezpieczenia przez cały okres wykonania zamówienia na potwierdzenie warunku udziału sytuacji finansowej lub ekonomicznej przyjmuje się stawkę korekty finansowej 5%, którą obniżono zgodnie z poz. 19 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971). Rozporządzenie nie przewiduje niższego wskaźnika korekty.

3. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 524090-N-2020 opublikowanym w dniu 16.03.2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych w Sekcji III.1.2) oraz w SIWZ w rozdziale V pkt 2.2 zamawiający w zakresie posiadania sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazał, że:

Wymagane jest posiadanie przez wykonawcę opłaconej polisy, w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę minimum 200 tys. zł z terminem jej obowiązywania w okresie trwania umowy.

Konsorcjum firm Solarwat J. Chancewicz oraz INST-EL J. A. Chancewicz sp. j., których oferta została uznana za najkorzystniejszą złożyło wraz z ofertą tylko polisę, natomiast nie przedłożyło potwierdzenia jej opłacenia. W przypadku braku potwierdzenia opłacenia ubezpieczenia OC po dokonaniu weryfikacji przez zamawiającego czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej powinien on wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12. Z dokumentów przedstawionych do IZ RPOWP wynika, że Zamawiający zaniechał tej czynności i zawarł umowę z wykonawcą.

Beneficjent w piśmie z 9 września 2021r. (data wpływu do UMWP 13.09.2021r.) wyjaśnił, że „Zamawiający w załączeniu przekazuje polisę wraz z potwierdzeniem opłaty potwierdzone za zgodność z oryginałem”.

Wyjaśnienia Beneficjenta w zakresie polisy potwierdzającej ubezpieczenie wykonawcy, złożonej w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania sytuacji ekonomicznej lub finansowej zostają uwzględnione. Zatem Zamawiający miał potwierdzenie, że wykonawca na dzień składania ofert był ubezpieczony, przez co uznaje się, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu.

4. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W weryfikowanym postępowaniu oferty złożyło 8 wykonawców:

- EKOSERWIS BP Sp.z o.o.- cena oferty – 114 053,52 zł,
- SUNGRANT Sp. z o.o. -cena oferty – 139 410,55 zł.,

- Konsorcjum firm: SOLARWAT Jacek Chancewicz, INST-EL J.A. Chancewicz s.j.- cena oferty 119 955,75 zł,
- MAXI-TECH Przemysław Turowski- cena oferty- 161 651,52 zł,
- WIL System Sp. z o.o.- cena oferty- 143 910,00 zł,
- GENNER Sp. z o.o. - cena oferty- 124 334,55 zł ,
- Niskoemisjyni.pl Sp. z o.o.- cena oferty- 132 840,00 zł,
- RED ALERT Paweł Bożęcki- cena oferty- 107 625,00 zł

Z uwagi na fakt, że cena poniższych 4 ofert była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania wynoszącej 125 173,64 zł, zamawiający był zobowiązany do podjęcia działania mającego na celu uzyskanie wyjaśnień od oferentów w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny:

- oferta EKOSERWIS BP Sp .z o. o była niższa o 36,22%,
- oferta Konsorcjum firm: SOLARWAT Jacek Chancewicz, INST-EL J.A. Chancewicz s. j była niższa o 32,92 %
- oferta GENNER Sp. z o. o. była niższa o 30,47 %
- oferta RED ALERT Paweł Bożęcki była niższa o 39,81 %

Z przedłożonej dokumentacji wynika, że Beneficjent nie zwrócił się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nadmienia się, że w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający na podstawie art. 90 ust. 3 odrzuca ofertę wykonawcy. W związku z powyższym zaniechanie Beneficjenta mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Beneficjent w piśmie z 9 września 2021r. (data wpływu do UMWP 13.09.2021r.) wyjaśnił, że „Zamawiający badając oferty nie wzywał do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP dot. rażąco niskiej ceny złożonych ofert. Ponieważ nie budziły one wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego,

Zgodnie z kosztorysem projektanta z dnia 11.02.2020 r. ustalono wartość szacunkową, tj. 178.819,49 zł brutto (145.381,70 zł netto). 30% wartości szacunkowej to kwota: 125.173,64 zł brutto,

Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert to kwota: 130.472,61 zł brutto - 30% niższa cena to: 91.330,83 zł brutto.

Cena najniższej z ofert to kwota: 107.625,00 zł brutto

Złożone oferty miały bardzo zbliżone wartości do siebie. Z uwagi na odległość czasową między wykonaniem kosztorysu a złożonymi ofertami w postępowaniu, w znacznym stopniu poszerzył się rynek na wykonanie przedmiotowego zadania, w związku z powyższym oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.”

Wyjaśnienia Beneficjenta w zakresie badania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia nie zostają uwzględnione. Zamawiający nie zwrócił się do 4 wyżej wymienionych wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pomimo obowiązku wyjaśnienia wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Cena najkorzystniejszej oferty wykonawcy w wysokości 119 955,75 zł była o 32,92 % niższa od

wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług wynoszącej 178 819,49 zł.

IZ RPOWP nie podziela stanowiska Zamawiającego, że z uwagi na odległość czasową między wykonaniem kosztorysu, a złożonymi ofertami w postępowaniu, w znacznym stopniu poszerzył się rynek na wykonanie przedmiotowego zadania, w związku z powyższym oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny. Podkreślić należy, że od dnia ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, tj. 12.02.2020 r. do upływu terminu składania ofert, czyli 06.04.2020 r. minęło zaledwie 55 dni. Istotnie, coraz większa popularność instalacji fotowoltaicznych wpływa na dynamiczny rozwój firm proponujących tego typu rozwiązania dla domów, firm, gospodarstw rolniczych czy budynków użyteczności publicznej. Co za tym idzie, fotowoltaika regularnie zyskuje nowych zwolenników, ale też firm zajmujących się jej instalacją. Wysoka dynamika rozwoju tego rynku dostawców powoduje, że nowopowstałe przedsiębiorstwa zajmujące się energią fotowoltaiczną często nie zwracają uwagi na jakość oferowanych przez siebie usług - a jedynie konkurują na rynku ceną. Często też takie firmy nie posiadają odpowiedniego doświadczenia oraz wyspecjalizowanej ekipy montażowej i serwisowej, która mogłaby zapewnić wysokiej jakości obsługę. Dlatego też Zamawiający tym bardziej powinien być wyczulony na oferty jakie do niego wpływają, po to by zminimalizować ryzyko niewłaściwej realizacji inwestycji, w związku z czym bezwzględnie powinien skorzystać z przysługującego prawa do badania rażąco niskiej ceny, by zapewnić stuprocentową realizację przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, złożył jedynie kosztorys ofertowy, w którym wskazano opis prac do wykonania wraz z ich wartościami netto. Celem wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp jest uzyskanie przez zamawiającego informacji o cenotwórczych składnikach zaoferowanej ceny. Składane wyjaśnienia muszą w sposób niebudzący wątpliwości pozwolić na ustalenie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować cenę na takim poziomie. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien zatem szczegółowo uzasadnić składniki ceny i czynniki faktycznie pozwalające na zaoferowanie tak nisko wycenionych składników ceny.

Na obowiązek wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1356/17 *„Podkreślenia wymaga, iż w przypadku, gdy w danym przypadku zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 90 ust. 1a ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, co wynika z zastosowanego przez ustawodawcę sformułowania »zamawiający wzywa«”*.

W przedmiotowym postępowaniu z uwagi na wartość oferty zamawiający obowiązany był obligatoryjnie zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w zakresie wynikającym z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie wyjaśnienia oferty jest naruszeniem ustawy Pzp. Należy zauważyć, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zabrania zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w każdym przypadku jeżeli cena budzi wątpliwości. Jednak w przypadku gdy cena jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający nie ma wyboru, a obligatoryjnie powinien dostosować się do zaleceń ustawodawcy. Wyjątkiem są okoliczności oczywiste, zwalniające zamawiającego z wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednak tylko wtedy gdy dane okoliczności w żaden sposób nie budzą wątpliwości. Są to wyjątkowe sytuacje, które nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Działanie Beneficjenta polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 w związku z

art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Naruszenie ww. przepisów stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na Rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 i wyczerpuje wszystkie przesłanki definicji nieprawidłowości. Zgodnie z art. 2 pkt 36 „nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. W wyniku udzielenia zamówienia nastąpiło naruszenie przepisów art. 90 ust. 1a pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które wypełnia pierwszą przesłankę definicji nieprawidłowości. Szkodliwy wpływ przejawia się w udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami prawa, tym samym wiąże się z obciążeniem budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Udzielenie zamówienia wykonawcy bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej rażąco niską cenę wiąże się ze szkodliwym wpływem na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem poniesionym niezgodnie z przepisami prawa. Za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt II GSK 1065/14) szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad Pzp. Zgodnie natomiast z wyrokiem NSA z 20 listopada 2014r. (sygn. II GSK 917/13): „Stosowanie trybu zamówień publicznych i zasad uczciwej konkurencji ma zapewnić równy dostęp do zamówień publicznych wszystkich potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie uzyskanie przez zamawiającego wszelkich możliwych ofert, co z kolei zapewnić ma wybór oferty najkorzystniejszej i najlepsze wykorzystanie środków publicznych. Naruszenie p.z.p. przez zamawiającego, które eliminuje lub może eliminować z postępowania niektórych potencjalnych wykonawców wywołuje ryzyko wyrządzenia szkody w środkach publicznych, gdyż ta eliminacja, także potencjalna, może prowadzić do pominięcia oferty najlepszej, która na skutek wadliwego działania zamawiającego w ogóle nie została zgłoszona”.

Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Ponadto jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 września 2015 r. sygn. akt II GSK 1653/14 szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 17 grudnia 2014 r. II GSK 1467/13 i z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13).

Stosownie do zasady kwalifikowalności w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020 wszystkie wydatki muszą być poniesione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zatem wydatek poniesiony z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych jest wydatkiem nieuzasadnionym obciążającym budżet Unii, stanowi nieprawidłowość w rozumieniu cytowanego powyżej przepisu ww.

rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady i skutkuje zastosowaniem korekty finansowej lub pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych w zamówieniu.

Zgodnie z § 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 200 ze zm.) wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach tego zamówienia. Natomiast wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Na podstawie § 3 cytowanego rozporządzenia 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 i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji.

W przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, jak w przypadku przedmiotowego zamówienia, lub gdy nieprawidłowość mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty obniżenie wartości korekty finansowej wartości pomniejszenia dokonywane jest za pomocą stawek procentowych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości określonych w załączniku do cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. (...).

Naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnień czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie zostało wymienione w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971). Stosownie do postanowień § 6 ww. rozporządzenia w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych. Uwzględniając dyspozycję § 6 rozporządzenia zastosowano stawkę obniżenia przewidzianą w poz. 24 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r., która to stawka procentowa odpowiada najbliższej rodzajowo stwierdzonej kategorii nieprawidłowości indywidualnej. Stawka obniżenia przewidziana jest na poziomie 25 %, natomiast jej wysokość może być obniżona do 10% albo 5% w zależności od charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Biorąc pod uwagę fakt, że w omawianym postępowaniu działanie Zamawiającego było niezamierzone, a wynikało z przekonania o prawidłowym działaniu, wartość oferty Konsorcjum firm: SOLARWAT Jacek Chancewicz, INST-EL J.A. Chancewicz s. j nie odbiegała w znaczący sposób od szacunkowej wartości zamówienia (32,92 %), przyjmuje się 5% wskaźnik korekty finansowej.

Z zapisów § 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie Projektu nr UDA-RPPD.05.01.00-20-0574/19-00 z 4 marca 2020 r., wynika, że w przypadku naruszenia przez Beneficjenta regulacji prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub Prawa zamówień publicznych IZ RPOWP nakłada korekty finansowe w celu odzyskania środków nieprawidłowo wydatkowanych. Beneficjent podpisując przedmiotową umowę wyraził zgodę na przyjęcie zasad dotyczących stosowania korekt finansowych.

Na powyższe zwrócił uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach w wyroku II SA/KE 747/13 z dnia 22.10.2013 r.: „Instytucja Zarządzająca może wymierzyć Beneficjentowi korekty finansowe zgodnie z Taryfikatorem” (dokument obowiązujący w perspektywie finansowej 2007–2013, a obecnie zastąpiony rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień), „który stanowi załącznik do opracowania Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE”. Dokument ten stanowi część systemu realizacji programu operacyjnego, a jego reżimowi skarżąca dobrowolnie się poddała podpisując umowę o dofinansowanie”.

W przypadku postępowania przeprowadzonego przez Miasto Sejny (nr sprawy RPG.271.4.2020) w ramach projektu nr WND-RPPD.05.01.00-20-0574/19 pn. „Budowa instalacji fotowoltaicznej na potrzeby Szkoły Podstawowej im. Mjr Henryka Dobrzańskiego „Hubala” w Sejnach” anulowanie całości wydatków UE jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości.

Wartość korekty finansowej lub pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych zostaje obniżona na podstawie § 3 i § 5 cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...). Przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...) wskazują dwie możliwości ustalania wysokości korekty. W przypadku, gdy jest możliwe precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanej ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną wartość korekty finansowej jest równa wartości współfinansowania UE w ramach tej kwoty, a w przypadku pomniejszenia – wartości wydatków kwalifikowalnych równej tej kwocie (§ 4 rozporządzenia).

W przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, jak w przypadku przedmiotowego zamówienia, lub gdy nieprawidłowość mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty obniżenie wartości korekty finansowej wartości pomniejszenia oblicza się według wzorów (§ 5 ust. 1 cytowanego rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...)).

1. W przypadku obniżenia wartości korekty finansowej skutki finansowe oblicza się wzorem:

$$W_k = W\% \times W_{kw} \times W_s$$

gdzie znaczenie symboli jest następujące:

W_k – wartość korekty finansowej;

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia;

W_s – procentowa wartość współfinansowania UE;

$W\%$ - stawka procentowa.

Według powyższego wzoru oblicza się wartości korekty finansowej po zatwierdzeniu wniosku o płatność.

2. Obniżenie wartości pomniejszenia oblicza się wzorem:

$$W_p = W\% \times W_{kw}$$

gdzie znaczenie symboli jest następujące:

W_p – wartość pomniejszenia;

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia;

$W\%$ - stawka procentowa.

Pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych dokonuje się przed zatwierdzeniem wniosku o płatność.

Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń przyjmuje się w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju (§ 5 ust. 2 cytowanego rozporządzenia).

Należy zauważyć, że zgodnie z poniższym orzecznictwem nie zachodzi konieczność poddawania ocenie rozmiaru i skutków finansowych naruszenia przepisów np.:

WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku II SA/Go 273/12 stwierdził: „*Co istotne, do zaistnienia naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie jest konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego z tym związanego, lecz jedynie możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze 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, aby poddawała ocenie rozmiary i skutki naruszenia przepisów normujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego dla finansów publicznych Unii Europejskiej*”.

Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-465/10 w postępowaniu Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration przeciwko Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, w którym stwierdzono (...):

„46. Jak to wynika w szczególności z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 2052/88, fundusze strukturalne nie mogą być wykorzystane do finansowania działań podejmowanych z naruszeniem dyrektywy 92/50, naruszenie przez beneficjenta subwencji z EFRR, będącego instytucją zamawiającą przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych na usługi w celu wykonania subwencionowanego działania, powoduje nieuzasadniony wydatek, a tym samym szkodę dla budżetu Unii.

47. Należy bowiem podkreślić, że nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych, mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii (wyrok z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C 199/03 Irlandia przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I 8027, pkt 31)”.

Natomiast w pkt 44 Wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 Trybunał stwierdził, że z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać na nieprawidłowość, o ile może ono – jako takie – mieć negatywne skutki budżetowe. Nie trzeba natomiast udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych. Zatem powyższe postanowienie zachowuje aktualność w obecnej perspektywie finansowej w odniesieniu do regulacji rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiające 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.

Za naruszenie przepisów art. 36 ust. 1 pkt 6, art. 38 ust. 4a pkt 1, art. 41 pkt 7a, 25 ust. 1, 25a ust.1, art. 26 ust. 2, art. 90 ust. 1a pkt 1, art. 90 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) w związku z § 2 ust. 2 pkt 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 2016 r. poz. 1126) zastosowano korektę finansową, którą obniżono do 5 % na podstawie poz. 16, 19 i 24 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971).

Jednocześnie zwraca się uwagę, że skutki finansowe naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Beneficjent powinien uwzględniać przy sporządzaniu wniosków o płatność, w których ujmowane będą wydatki objęte przedmiotowym postępowaniem. Wartość pomniejszenia oblicza się przy zastosowaniu wzoru Nr 2.

Ponadto w postępowaniu stwierdzono naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nieskutkujące zastosowaniem korekty finansowej:
– art. 96 ust. 1 – błędy w protokole postępowania:, pkt 27 – nie wyszczególniono wszystkich załączników do protokołu (m.in. dokument z szacowania wartości zamówienia – kosztorysy inwestorskie, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, pytania do przetargu, ogłoszenie u dzieleniu zamówienia, umowa z wykonawcą).

z up. ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA

Joanna Barosiek
Dyrektor
Departamentu Rozwoju Regionalnego

Pouczenie:

Zgodnie z art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431) podmiot kontrolowany ma prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do tej informacji. Termin, o którym mowa powyżej, może być przedłużony przez instytucję kontrolującą na czas oznaczony, na wniosek podmiotu kontrolowanego, złożony przed upływem terminu zgłoszenia zastrzeżeń. Instytucja kontrolująca ma prawo poprawienia w informacji pokontrolnej, w każdym czasie, z urzędu lub na wniosek podmiotu kontrolowanego, oczywistych omyłek. Informację o zakresie sprostowania przekazuje się bez zbędnej zwłoki podmiotowi kontrolowanemu. Zastrzeżenia do informacji pokontrolnej rozpatruje instytucja kontrolująca w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia zgłoszenia tych zastrzeżeń. Podjęcie przez instytucję kontrolującą, w trakcie rozpatrywania zastrzeżeń, czynności lub działań, każdorazowo przerywa bieg terminu. Zastrzeżenia, o których mowa powyżej, mogą zostać w każdym czasie wycofane. Zastrzeżenia, które zostały wycofane, pozostawia się bez rozpatrzenia. W trakcie rozpatrywania zastrzeżeń instytucja kontrolująca ma prawo przeprowadzić dodatkowe czynności kontrolne lub żądać przedstawienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień na piśmie. Instytucja kontrolująca, po rozpatrzeniu zastrzeżeń, sporządza ostateczną informację pokontrolną, zawierającą skorygowane ustalenia kontroli lub pisemne stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem odmowy skorygowania ustaleń. Ostateczna informacja pokontrolna jest przekazywana podmiotowi kontrolowanemu. Informację pokontrolną oraz ostateczną informację pokontrolną w razie potrzeby uzupełnia się o zalecenia pokontrolne lub rekomendacje. Do ostatecznej informacji pokontrolnej oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Powyższe pouczenie dotyczy również takich sytuacji, kiedy Beneficjent nie zgadza się ze stwierdzeniem wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej oraz pomniejszeniem wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność przed jego zatwierdzeniem.

IZ RPOWP informuje, że zgodnie z art. 17 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):

1. W przypadku gdy na skutek wystąpienia COVID-19 przeprowadzenie kontroli lub audytów, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 22 ust. 1 ustawy wdrożeniowej, jest niemożliwe lub znacznie utrudnione, kontrole oraz audyty mogą zostać wstrzymane, chyba że możliwe jest ich prowadzenie w trybie pracy zdalnej lub z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej.
2. Terminy na dokonanie czynności w ramach przeprowadzanych kontroli, o których mowa w art. 25 ustawy wdrożeniowej, mogą zostać przedłużone przez właściwą instytucję.