



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Śląskie.
Pozytywna energia

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Katowice, 1 września 2015r.
FR-RKPR.44.197.1.2015. RS
Dotyczy projektu id 1409

Egzemplarz nr¹

INFORMACJA POKONTROLNA

Zmieniona i uzupełniona na podstawie rozdziału 11.3.4 Podręcznika Procedur Wdrażania
Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Jasienica

Tytuł projektu: Kompleksowe uzbrojenie terenu przeznaczonego pod działalność gospodarczą
w Międzyrzeczu Dolnym w gminie Jasienica

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.01.01.01-00-015/12-00 ID 1409

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

1. Art. 26 ust.1 pkt 14 ustawy z dnia 6 grudnia 2006r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jednolity: Dz.U. z 2009r. Nr 84, poz. 712 z późniejszymi zmianami),
2. § 15 Umowy nr UDA-RPSL.01.01.01-00-015/12-00 z 16 kwietnia 2013r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Kompleksowe uzbrojenie terenu przeznaczonego pod działalność gospodarczą w Międzyrzeczu Dolnym w gminie Jasienica.*

Rodzaj kontroli:

- ex-post zamówienia publicznego, dokumentów w siedzibie IZ RPO WSL (E);

Tryb kontroli:

- doraźna (2)

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Robert Szczyrba	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Iwona Raczyńska	Starszy specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 18 marca 2015r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO:

- Pismo o syg. FR-RKPR.44.47.1.2015 z dnia 30 stycznia 2015r. z prośbą o przekazanie dokumentów dot. zamówień.
- Pismo Beneficjenta o syg. GKOŚ.271.1.6.2013 z dnia 10 lutego 2015r. przekazujące dokumenty dot. zamówień.
- Pismo z dnia 27 kwietnia 2015r. Zespół kontrolujący otrzymał od Beneficjenta zastrzeżenia do informacji pokontrolnej.

- 19 sierpnia 2015r. IZ RPO WSL rozpatrzyła przesłanki dotyczące miarkowania korekty.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego.

4. Wyjaśnień zespołowi kontrolującemu udzielili: n/d.

5. Kontrola została zarejestrowana w księdze kontroli beneficjenta pod numerem: n/d.



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Śląskie.
Pozytywna energia

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



6. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Zgodność podmiotowa i przedmiotowa postępowań w zakresie zamówień publicznych (ogłoszenia, tryb, SIWZ) z wnioskiem o dofinansowanie, wnioskiem o płatność, umową o dofinansowanie projektu oraz przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

7. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

7.1 Zamówienia publiczne

Niniejszej kontroli podlegały dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010r. Nr 113 poz. 759 ze zmianami – dalej „Pzp”).

7.1.1

Nazwa i przedmiot postępowania: Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego na zadaniu (KONTRAKCIE) pn.: „Kompleksowe uzbrojenie terenu przeznaczonego pod działalność gospodarczą w Międzyrzeczu Dolnym w gminie Jasienica”.

Tryb postępowania, podstawa prawna przeprowadzanego postępowania: przetarg nieograniczony art. 39 ustawy Pzp.

Rodzaj zamówienia: usługi.

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: GKOŚ.271.1.5.2013.

Numer ogłoszenia o zamówieniu z BZP oraz data zamieszczenia: zamieszczono w BZP w dniu 5 kwietnia 2013r. pod nr 133554 – 2013.

Szacunkowa wartość zamówienia: 423 317,83 zł co stanowi równowartość 105 313,42 euro.

Wartość zamówienia wynikająca z treści umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą: 270 600,00 zł brutto.

7.1.1.a

W ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ Zamawiający zawarł następujący warunek udziału:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie prowadził nadzór w ramach jednego zadania nad realizacją robót budowlanych polegających na:

- budowie drogi klasy „L” lub wyższej o długości minimum 2000 m,*
- budowie kanalizacji o długości minimum 4000 m,*
- budowie sieci wodociągowej o długości minimum 2000 m,*
- budowie minimum 4 przepustów drogowych pod koroną drogi lub innych obiektów mostowych/inżynierskich,*
- budowie zbiornika terenowego o pojemności min. 1500 m³,*
- budowie oświetlenia ulicznego,*
- budowie sieci teletechnicznej”.*

W jednym z pytań do treści SIWZ została podniesiona kwestia powyższego warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem pytającego warunek udziału w postępowaniu narusza zasady opisane w art.7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez fakt, że eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają doświadczenie (nieraz wielokrotnie większe rzeczowo od wymaganego w tym zamówieniu) w nadzorowaniu wszystkich rodzajów robót budowlanych, jednakże nie nadzorowali wykonania zadania inwestycyjnego „skupiającego” wszystkie elementy opisane w SIWZ.



Zdaniem pytającego „wykonawcy ci – pomimo, iż dają gwarancję należytego wykonania całości zamówienia publicznego – zostaną wykluczeni z udziału w postępowaniu o jego udzielenie z powodu subiektywizmu zamawiającego, prowadzącego do ograniczenia wolnej konkurencji i naruszenia równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego”.

15 kwietnia 2013r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający *podtrzymuje zapis SIWZ dotyczący posiadania doświadczenia Wykonawcy, o których mowa w pkt. 8.1 ppkt 2 (wiedza i doświadczenie) SIWZ*”.

Zespół kontrolujący stoi na stanowisku, że tak opisany warunek udziału narusza zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższy warunek udziału w postępowaniu spełniają jedynie wykonawcy którzy mają doświadczenie w jednej usłudze tożsamej do przedmiotu zamówienia (wszystkie elementy tj. nadzór: nad budową drogi, kanalizacji, sieci wodociągowej, budowie minimum 4 przepustów drogowych, budowie zbiornika terenowego, budowie oświetlenia ulicznego, budowie sieci teletechnicznej). Eliminacja z tego zamówienia wykonawców mających doświadczenie w wykonywaniu takich samych usług ale w ramach na przykład dwóch różnych zadań jest nieuzasadniona. W szczególności Zespół Kontrolujący zwraca uwagę na jeden z elementów, tj. budowa zbiornika terenowego o pojemności 1500 m³, który nie jest standardowy przy budowie drogi. Oczywiście skoro przedmiotem zamówienia był nadzór nad robotami budowlanymi dotyczącymi takiego zbiornika, to zamawiający mógł żądać od inspektora nadzoru posiadania doświadczenia w takim nadzorze. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający określa wiele szczegółowych elementów takiego doświadczenia (budowa drogi, kanalizacji, sieci wodociągowej, przepustów, oświetlenia, sieci teletechnicznej), a dodatkowo posługuje się elementem nietypowym – rzadko spotykanym (zbiornik terenowy o pojemności 1500 m³), nie może żądać posiadania doświadczenia w jednej inwestycji.

Zespół kontrolujący stwierdza naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Beneficjent w piśmie z 27 kwietnia 2015r. nie wniósł zastrzeżeń do powyższego uchybienia.

W związku z w/w uchybieniem środki wydatkowane w ramach wskazanego zamówienia zostały wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz.U.2013.885 j.t. ze zmianami) i w świetle art. 207 ust. 1 tejże ustawy mogą one podlegać zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Niemniej jednak, zważywszy na § 13 ust. 7 umowy o dofinansowanie projektu, zastosowana zostaje korekta finansowa w wysokości 5% zgodnie z tabelą 4 pkt. 12 Taryfikatora „Określanie lub stosowanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”.

We wskazanym zamówieniu nie zaistniały okoliczności, które mogłyby wpłynąć na dalsze obniżenie wartości środków podlegających zwrotowi.

Zastosowana metoda ustalenia wysokości korekty:

- **wskaźnikowa:** w związku z brakiem możliwości wyliczenia szkody metodą dyferencyjną wartość korekty finansowej zostanie ustalona metodą wskaźnikową, według wzoru: wysokość korekty x wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (wysokość wydatków przedstawionych do refundacji).

Przy obliczaniu kwoty, o którą zostanie pomniejszone dofinansowanie, wzięty pod uwagę będzie procent dofinansowania projektu.



Posumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Tabela taryfikatora	Wartość % korekty (w przypadku metody dyferencyjnej wartość kwotowa)
7.1.1.a	Tabela 4 pkt 12	5%

Zasady ustalania wysokości korekt finansowych:

- 1) Korekty finansowe zostają ustalone na podstawie tzw. Taryfikatora *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE (przyjętego uchwałą Zarządu Województwa Nr 159/225/IV/2013 z dnia 17 stycznia 2013r.- dalej Taryfikator).*
- 2) **Wykrycie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych.** Nie dotyczy.
- 3) **Potwierdzenie nieprawidłowości.** Korekty finansowe nakłada się po potwierdzeniu wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.

7.1.2

Nazwa i przedmiot postępowania: Kompleksowe uzbrojenie terenu przeznaczonego pod działalność gospodarczą w Międzyzrzeczu Dolnym w Gminie Jasienica.

Tryb postępowania, podstawa prawna przeprowadzanego postępowania: przetarg nieograniczony art. 39 ustawy Pzp.

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: GKOŚ.271.1.6.2013

Numer ogłoszenia o zamówieniu z UOPWE oraz data zamieszczenia: przekazano Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 21 maja 2013r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 098 – 167142 dnia 23 maja 2013r.

Szacunkowa wartość zamówienia: 28 221 188, 29 zł co stanowi równowartość 7 020 894, 69 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 1 803 111,78 zł.

Wartość zamówienia wynikająca z treści umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą: 21 909 253,70 zł brutto.

7.1.2.a

Zespół kontrolujący stwierdza brak zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w zakresie terminu składania ofert, pomimo iż przedłużony on został z 3 lipca 2013r. na 5 lipca 2013r. 27 czerwca 2013r. na prośbę wykonawców Zamawiający zmienił termin składania ofert z 3 lipca 2013r. na 5 lipca 2013r. Zamawiający nie dopełnił obowiązku opublikowania zmiany terminu składania ofert w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zespół kontrolujący stwierdza naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp (*Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający: 2) przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie*



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Śląskie.
Pozytywna energia

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



dodatkowych informacji(...)) poprzez niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminu składania ofert.

W zastrzeżeniach do informacji pokontrolnej Beneficjent argumentuje: „Według Gminy nie doszło do naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy pzp, gdyż podjęte zostały działania i wykonano cel tego przepisu – wszyscy potencjalni wykonawcy uzyskali dostęp do informacji. Ponadto zamieszczenie sprostowania o ogłoszeniu zamówienia de facto niczego by nie zmieniło. Zdaniem Gminy, Organ nie rozważył wagi nieprawidłowości jej charakteru, a tym samym podjął rozstrzygnięcie z pominięciem przedmiotowo istotnego i powszechnie obowiązującego przepisu prawa. Gmina uważa, iż nawet gdyby przyjąć, że doszło do naruszenia przepisu art. 38 ust 4a pzp to nie wystarcza to do nałożenia na Zamawiającego korekty finansowej, bowiem w niniejszej sprawie nie nastąpił skutek naruszenia ww. przepisu określany w art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006 r. tj wystąpienia szkody”.

Artykuł 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006 zawiera definicję nieprawidłowości, zgodnie z tym artykułem: „nieprawidłowość to jakiekolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”.

Zdaniem Instytucji Zarządzającej w powyższym przypadku doszło do bezpośredniego naruszenia przepisu art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp (Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający: 2) przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji(...)). Nie zamieszczenie zmiany ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zgodnie z przywołaną wyżej definicją rozporządzenia 1083/2006 mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Jest to tak zwana potencjalność szkody. Potencjalni wykonawcy z terenu całej unii europejskiej nie mieli wiedzy o przedłużeniu terminu składania ofert. Zasięg Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej jest wielokrotnie szerszy niż strony internetowej Gminy Jasienica.

Dalej w zastrzeżeniach Beneficjent argumentuje: „Gmina pragnie dodatkowo podnieść, iż osoby odpowiedzialne w zakresie niniejszego postępowania od 01.06.2013r. do 17.06.2013r. przebywały na urlopie wypoczynkowym. Natomiast osoba, która miała je zastąpić, nie była zaznajomiona z całą procedurą związaną z zamówieniami publicznymi. Tym samym ogłosiła ogłoszenie w BIP i na tablicy ogłoszeń, uznając że powyższe jest zgodne z SIWZ i będzie zgodne z procedurą Pzp”. IZ RPO WSL bada zgodność czynności Beneficjenta z prawem. Powyższe okoliczności nie mogą mieć wpływu na ocenę prawną stwierdzonego uchybienia.

Dalej zamawiający twierdzi, że można uznać, iż wszyscy potencjalni Wykonawcy zostali poinformowani o zmianie. Jest to twierdzenie nieuprawnione, ponieważ Oferenci bazujący na Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie mogli z winy zamawiającego mieć wiedzy o przedłużeniu terminu składania ofert.

Beneficjent podnosi także kwestię miarkowania korekty. W zakresie miarkowania korekty finansowej Zespół kontrolujący zwraca uwagę, że w instrukcji Taryfikatora: „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” (przyjęty do stosowania dla nieprawidłowości wykrytych po 31 maja 2014 r.) zawarto następujące wskazanie przy ustalaniu wysokości korekty:

„Do przesłanek, które nie powinny stanowić podstawy do obniżenia korekty należą przykładowo następujące okoliczności:



*brak protestów/ odwołań wniesionych przez oferentów;
liczba ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych w ramach danego postępowania;
fakt, że zamawiający nie odrzucił żadnej oferty w wyniku oceny zgodności z danym wymogiem;
żadni oferenci nie zostali wykluczeni i żadne oferty nie zostały odrzucone;
wartość elementów zamówienia dotkniętych naruszeniem”.*

W świetle powyższych zapisów, stosowanych również przy rozpatrywaniu miarkowania korekt finansowych na podstawie Taryfikatora przyjętego uchwałą Zarządu Województwa Nr 159/225/IV/2013 z dnia 17 stycznia 2013r., Instytucja Zarządzająca nie znajduje okoliczności, które mogłyby wpłynąć na obniżenie korekty finansowej.

Zespół kontrolujący podtrzymuje ustalenia z informacji pokontrolnej.

W związku z w/w uchybieniem środka wydatkowane w ramach wskazanego zamówienia zostały wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz.U.2013.885 j.t. ze zmianami) i w świetle art. 207 ust. 1 tejże ustawy mogą one podlegać zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Niemniej jednak, zważywszy na § 13 ust. 7 umowy o dofinansowanie projektu, zastosowana zostaje korekta finansowa w wysokości 5% (w przypadku zmiany terminu do 10 dni włącznie) zgodnie z tabelą 1 pkt 15 Taryfikatora „Niedopełnienie obowiązku przekazania informacji o zmianie ogłoszenia w zakresie zmiany terminów”.

We wskazanym zamówieniu nie zaistniały okoliczności, które mogłyby wpłynąć na dalsze obniżenie wartości środków podlegających zwrotowi.

Zastosowana metoda ustalenia wysokości korekty:

- **wskaźnikowa:** w związku z brakiem możliwości wyliczenia szkody metodą dyferencyjną wartość korekty finansowej zostanie ustalona metodą wskaźnikową, według wzoru: wysokość korekty x wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (wysokość wydatków przedstawionych do refundacji).

Przy obliczaniu kwoty, o którą zostanie pomniejszone dofinansowanie, wzięty pod uwagę będzie procent dofinansowania projektu.

7.1.2.b

Zamawiający dokonał modyfikacji warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na pytanie wykonawcy: „*Czy zamawiający dopuści spełnienie warunku polegającego na budowie zbiornika terenowego o pojemności min. 1500 m³ na warunek: budowa zbiorników terenowych (nie więcej niż 3) o łącznej pojemności min. 1500 m³ z wymogiem, że przynajmniej jeden ma pojemność minimum 800 m³”.* „*Czy zamawiający dopuści spełnienie warunku polegającego na budowie zbiornika terenowego o pojemności min. 1500 m³ na podstawie wykonania kilku zbiorników o łącznej pojemności min 1500 m³”.* Zamawiający w dniu 13 czerwca 2013r. zgodził się na powyższą zmianę odpowiadając: „*Zamawiający dopuszcza zmianę warunku polegającego na budowie zbiornika terenowego o pojemności min. 1500 m³ na warunek: budowa zbiorników terenowych (nie więcej niż 3) o łącznej pojemności min 1500 m³ z wymogiem, że przynajmniej jeden ma pojemność minimum 800 m³”.* Tym samym zmodyfikowano warunek udziału w postępowaniu nie zmieniając jednak ogłoszenia o zamówieniu do czego zobowiązuje zamawiającego art. 38 ust. 4a Pzp. Zmiana ta spowodowała poszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców spełniających warunek udziału w postępowaniu. Bezwzględny obowiązek Zamawiającego w tym przypadku było wprowadzenie zmian do ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Co więcej po wprowadzeniu



powyższych zmian na podstawie art. 12a ustawy Pzp, Zamawiający musiałby wydłużyć termin składania ofert, tak aby termin na złożenie ofert wynosił co najmniej 22 dni.

W zastrzeżeniach do informacji pokontrolnej Beneficjent argumentuje: „Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2006 r. nr 167, poz. 1163, ze zm.), zwana dalej pzp, zamawiający może w szczególnie uzasadnionych przypadkach, w dowolnym momencie postępowania, niemniej jednak przed upływem terminu składania ofert, zmodyfikować treść SIWZ. Zapis wyżej wymienionego artykułu wskazuje, że zamawiający nie może swobodnie dokonywać zmiany treści specyfikacji, ale zmiana jest dopuszczalna i spowodowała poszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców.

Organ błędnie przyjął, iż dokonana modyfikacja jest niedozwolona. Zmiana została dokonana 13 czerwca 2013 r., na prośbę i w związku z pytaniami Wykonawców. Czas, który został do zakończenia postępowania Zamawiający uznał za wystarczający, a tym samym każdy zainteresowany Wykonawca mógł zapoznać się z informacją umieszczoną na stronie internetowej. Tym samym powyższe nie wpłynęło w sposób negatywny na konkurencję”.

Zespół kontrolujący nie twierdzi, że zmiana warunków udziału jest niedozwolona. Zmiana warunków jest możliwa ale zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp konieczne jest sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publikacji pierwotnego ogłoszenia o zamówieniu, w tym przypadku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Nakaz taki wynika wprost z przywołanego przepisu i Zamawiający go nie zrealizował. Oczywistym jest, że zmiana warunków udziału bez publikacji zmiany ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miała wpływ na konkurencję. Wykonawcy, którzy czerpali wiedzę o zamówieniu z treści ogłoszenia o zamówieniu nie mogli mieć wiedzy o poszerzeniu kręgu potencjalnych wykonawców. Tym samym wykonawca który pierwotnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, po zmianie tego warunku mógł potencjalnie go spełniać. Jeżeli jednak wiedzę o zamówieniu czerpał z publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej został pozbawiony szansy uzyskania informacji a tym samym możliwości pozyskania zamówienia. Jest to złamanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zespół kontrolujący wyjaśnia, że w niniejszym przypadku nie podnosi kwestii braku zmiany terminu składania ofert a jedynie brak publikacji dodatkowych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu. W takim przypadku nie ma zastosowania pkt 15 z tabeli 1 taryfikatora ale jak stwierdzono poniżej pkt 14 tabeli 1. Ponadto Zamawiający nie ma racji, że po zmianie warunku udziału pozostało oferentom 22 dni na składanie ofert. Zmiana warunku nastąpiła w dniu 13 czerwca 2013r. a termin składania ofert był określony na 3 lipca 2013r. to oznacza 20 dni. Zmiana terminu składania ofert nastąpiła dopiero 27 czerwca 2013r.

Beneficjent podnosi także kwestię miarkowania korekty.

19 sierpnia 2015r. IZ RPO WSL rozpatrzyła przesłanki dotyczące miarkowania korekty.

IZ RPO WSL dla postępowania GKOŚ.271.1.6.2013 dokonała obniżenia wskaźnika korekty finansowej do 5%.

Zaniechanie zmiany terminu składania ofert poprzez sprostowanie treści ogłoszenia jest naruszeniem art. 38 ust. 4a Pzp (Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający: 2) przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji(...)).

W związku z w/w uchybieniem środka wydatkowane w ramach wskazanego zamówienia zostały wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz.U.2013.885 j.t. ze zmianami) i w świetle art. 207 ust. 1 tejże ustawy



mogą one podlegać zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Niemniej jednak, zważywszy na § 13 ust. 7 umowy o dofinansowanie projektu, zastosowana zostaje korekta finansowa w wysokości 255% zgodnie z tabelą 1 pkt. 14 Taryfikatora „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ”.

Zastosowana metoda ustalenia wysokości korekty:

- **wskaźnikowa:** w związku z brakiem możliwości wyliczenia szkody metodą dyferencyjną wartość korekty finansowej zostanie ustalona metodą wskaźnikową, według wzoru: wysokość korekty x wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (wysokość wydatków przedstawionych do refundacji).

Przy obliczaniu kwoty, o którą zostanie pomniejszone dofinansowanie, wzięty pod uwagę będzie procent dofinansowania projektu.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Tabela taryfikatora	Wartość % korekty (w przypadku metody dyferencyjnej wartość kwotowa)
7.1.2.a	Tabela 1 pkt 15	5%
7.1.2.b	Tabela 1 pkt 14	255%

Zasady ustalania wysokości korekt finansowych:

- 1) Korekty finansowe zostają ustalone na podstawie tzw. Taryfikatora *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE (przyjętego uchwałą Zarządu Województwa Nr 159/225/IV/2013 z dnia 17 stycznia 2013r.- dalej Taryfikator).*
- 2) **Wykrycie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych.** Zgodnie z Taryfikatorem zastosowanie będzie miała korekta finansowa o największej wartości procentowej.
- 3) **Potwierdzenie nieprawidłowości.** Korekty finansowe nakłada się po potwierdzeniu wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.

Ponadto w nawiązaniu do podnoszonych w zastrzeżeniach do informacji pokontrolnej kwestii dotyczących konieczności udowodnienia zaistnienia nieprawidłowości informuję, że niniejsza informacja pokontrolna nie stwierdza nieprawidłowości. Korekty finansowe zostaną nałożone dopiero, jak wskazano powyżej, po potwierdzeniu wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, czego IZ dokona po zakończeniu czynności kontrolnych.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Beneficjenta co do zastosowanej metody wskaźnikowej informuję, że metoda dyferencyjna wyliczania korekty finansowej jest stosowana w przypadku



gdy znana jest konkretna wartość szkody dla budżetu Unii Europejskiej, będąca wynikiem uchybienia. W powyższych przypadkach nie mam możliwości ustalenia wartości szkody dla budżetu wspólnotowego. W związku z tym wartość korekty finansowej zostanie ustalona metodą wskaźnikową.

Dodatkowo wyjaśniam podnoszone przez Beneficjenta kwestie proceduralne związane z nałożeniem korekty:

- 1) Korekty nie nakłada się w formie decyzji – beneficjent wielokrotnie powołuje się na przepisy k.p.a. (np. wskazuje, że organ nie przeprowadził dowodu na okoliczność...), które akurat nie mają zastosowania do samej procedury ustalania i nakładania korekt. Tutaj wskazuję na uchwałę 7 sędziów NSA z dn. 27 października 2014 r. (sygn. II GPS 2/14) gdzie czytamy: „*Ustalenie i nałożenie korekty finansowej (...), nie wymaga wydania decyzji administracyjnej*”;
- 2) Co do zarzutu, że wymierzono beneficjentowi korektę na podstawie taryfikatora – warto podkreślić, że ustalenie i nałożenie korekty następuje dopiero po potwierdzeniu, że wskazane naruszenia stanowią nieprawidłowość, a więc korekta de facto nie została jeszcze nałożona. Taryfikator - nie stanowi źródła prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) i tym samym nie jest samoistną podstawą prawną do dokonywania korekt w określonej wysokości (taką podstawą jest przepis art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. i art. 98 Rozporządzenia Rady <WE> nr 1083/2006), ale dotyczy on sposobu postępowania w przypadku wykrycia nieprawidłowości w rozumieniu w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Taryfikator jest instrumentem służącym miarkowaniu wagi i charakteru naruszenia. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku z dnia 5 lipca 2013 r. (sygn. akt V SA/Wa 457/13), w którym WSA w Warszawie podkreślił, że podstawa wydania decyzji o zwrocie środków jest art. 207 u.f.p., zaś „(...) *Taryfikator to narzędzie pomocnicze, instrukcja postępowania w zakresie obliczania wartości korekt finansowych*”. Stosując Taryfikator, mając na uwadze jego pomocniczy charakter, do obliczenia kwoty do zwrotu, IZ RPO WSL, wypełnia obowiązek wynikający z wymogów Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, dotyczący nakładania korekt finansowych. Przepis art. 98 ww. Rozporządzenia oraz względy systemowe i zasada proporcjonalności wymagają, ażeby określenie środków podlegających zwrotowi następowało z uwzględnieniem wagi i charakteru nieprawidłowości, będących podstawą żądania zwrotu. Na podstawie prawną dokonania korekty w przedmiotowym projekcie i żądania zwrotu środków, składają się normy prawa publicznego oraz normy wynikające z samej umowy o dofinansowanie – § 10 w zw. z § 13. Przy czym IZ RPO WSL podziela pogląd wyrażony przez WSA w Gdańsku, w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r. (sygn. I SA/Gd 658/14), zgodnie z którym: „(...) *nałożenie korekt finansowych jest rezultatem postanowień umownych, które beneficjent przyjął podpisując umowę (...), a ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest bowiem w przypadku zawartej umowy o dofinansowanie, obowiązek przestrzegania przepisów ustawy Prawo o zamówieniach publicznych. Nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania*”. Podobne stanowisko zajął NSA, który w przywoływanej już uchwale z dnia 27 października 2014 r. stwierdził, że: „*Analiza treści obowiązkowych postanowień umowy o dofinansowanie wskazuje jednoznacznie, że wszystkie istotne elementy relacji jaka zachodzi pomiędzy instytucją przyznającą dofinansowanie a beneficjentem w zakresie*



dofinansowania zawarte są w umowie łączącej obie strony. Niewątpliwie zatem podpisanie takiej umowy tworzy zobowiązanie cywilnoprawne. Nie przeszkadza temu fakt, że pewne uprawnienia i obowiązki wynikające z tej umowy mają podłoże administracyjnoprawne, np. zobowiązanie do poddania się kontroli i tryb kontroli realizacji projektu lub zadania (art. 206 ust. 2 pkt 4 u.f.p.). Z powołanych regulacji wynika, że obowiązki beneficjenta określone w ramach wykonywania projektu w postaci poddania się kontroli w zakresie realizacji projektu, ustalania i nakładania korekt finansowych, a także zwrotu nienależnie pobranych środków, są obowiązkami strony wobec kontrahenta umowy. Źródłem tych zobowiązań są normy ustawowe, a także umowa o dofinansowanie". Nie zmienia to jednak faktu, iż ustawodawca przewidział, dla odzyskiwania nieprawidłowo wykorzystanych przez beneficjentów środków unijnych, tryb administracyjnoprawny (publiczny). Jak bowiem wskazał w ww. uchwale NSA: „Po analizie regulacji ustawowych i umownych dotyczących powstałego stosunku dofinansowania trzeba stwierdzić, że nie wszystkie elementy tej relacji mają charakter cywilnoprawny. Ustawodawca wprowadził do tych stosunków prawnych, łączących strony umowy o dofinansowanie, elementy publicznoprawne, stanowiące dodatkowe gwarancje, zapewniające prawidłową realizację umowy. Wyposażył instytucję zarządzającą w atrybut władzy administracyjnej w postaci orzekania o zwrocie dofinansowania w drodze decyzji administracyjnej". Warto również zwrócić uwagę, iż podpisanie przez Beneficjenta umowy o dofinansowanie projektu oznacza jego akceptację na stosowanie przez IZ RPO WSL Taryfikatora.

3) Taryfikator – miarkowanie, obniżanie wskaźnika korekty.

Zastosowanie Taryfikatora stanowi samo przez się miarkowanie wysokości korekty finansowej, a wskazana pozycja i wartość procentowa odpowiada charakterowi i wadze nieprawidłowości oraz stratom finansowym poniesionym przez fundusze. Taryfikator został przygotowany przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, który odpowiada za koordynację wykorzystania środków zagranicznych, w tym z budżetu Unii Europejskiej, przeznaczonych na dofinansowanie programów operacyjnych (obecnie w ramach Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju). Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (art. 35 ust. 3 u.z.p.p.r.) minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, w celu zapewnienia zgodności sposobu wdrażania programów operacyjnych z prawem Unii Europejskiej oraz spełniania wymagań określanych przez Komisję Europejską, a także w celu zapewnienia jednolitości zasad wdrażania programów operacyjnych, może wydać wytyczne dotyczące programów operacyjnych, m.in. w zakresie korekt finansowych w ramach programów operacyjnych. W związku ze szczególną rolą ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w procesie realizacji i wdrażania funduszy unijnych, w opinii IZ RPO WSL, Taryfikator stanowi narzędzie, które odpowiada przesłankom określonym w art. 98 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. W konsekwencji za słuszne należy przyjąć stanowisko WSA w Opolu, który w wyroku z dnia 11 marca 2014 r. (sygn. II SA/Op 514/13), wskazał, że: „Wskaźnik procentowy wyraża (...) abstrakcyjny i uśredniony stopień <szkodliwości> danego typu naruszenia, który przyjmuje się w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do Taryfikatora”.

Dodatkowo, na uwagę zasługuje również stanowisko WSA w Warszawie, który wskazał, w wyroku z dnia 4 lutego 2014 r. (sygn. V SA/Wa 1811/13), że: „W przedstawionych okolicznościach zasadnie organy uznały za konieczne obciążenie Beneficjenta koniecznością zwrotu wskazanych w decyzji środków, przy czym Sąd podziela stanowisko organów wskazujące na korzystne dla Beneficjenta zastosowanie 50% korekty na podstawie załącznika nr 9b w wersji z 22 grudnia 2011 r., ponieważ w sytuacji gdy obowiązujący



załącznik nie przewidywał korekty konieczny byłby zwrot całej przekazanej mu kwoty”. Analogiczne stanowisko przedstawił NSA, który, w wyroku z dnia 25 kwietnia 2014 r. (sygn. II GSK 173/13) podniósł, że: „Ustalenie korekty finansowej (...), nie stanowi kary, ale podstawę do miarkowania wysokości kwoty, która mogłaby przypadać do zwrotu w oparciu o art. 207 ust. 1 u.f.p. z 2009 r. gdyby korekty nie zastosowano”.

- 4) Nieprawidłowość – Beneficjent pominął fakt, że jest to nie tylko naruszenie przepisu prawa wspólnotowego ale i krajowego.

W ocenie IZ RPO WSL należy przyjąć szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa, obejmującą zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Przyjęcie takiej rozszerzającej wykładni naruszenia prawa oznacza, że do popełnienia nieprawidłowości, w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 dochodzi również wtedy, gdy naruszony został przepis krajowy ustanawiający wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych budżetu Unii, przyjęty w obszarach nieuregulowanych prawem unijnym lub ustanawiający wymogi bardziej rygorystyczne od tych, które wynikają z przepisów prawa Unii.

8. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami.

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami publicznymi:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % korekty(w przypadku metody dyferencyjnej wartość kwotowa)
7.1	7.1.1.a	5%
	7.1.2.b	255%

Pouczenie:

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej. Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej **jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli)**. W takim przypadku sporządzana jest zmieniona i uzupełniona informacja pokontrolna.

Zastrzeżenia wniesione po upływie 14 dni od daty otrzymania informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.

Nieodeślanie podpisanej informacji pokontrolnej w terminie jest równoznaczne z odmową jej podpisania.

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do odmowy podpisania zmienionej i uzupełnionej informacji pokontrolnej. Niepodpisaną zmienioną i uzupełnioną informację pokontrolną należy odesłać w terminie 7 dni kalendarzowych od daty jej otrzymania. Zastrzeżenia wniesione do zmienionej i uzupełnionej informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Śląskie.
Pozytywna energia

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Podpisy członków zespołu kontrolującego

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów

1.09.2015

Robert Staryś

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów

1.09.2015

Iwona Raczka

(data, podpis)

Podpis Kierownika jednostki kontrolowanej

WOJT
mgr Janusz Pierzyński

(miejsce, data, podpis)

Informacja pokontrolna została sporządzona w dwóch egzemplarzach, po jednym dla Instytucji Zarządzającej RPO WSL i jednostki kontrolowanej.

Wydział
Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów

Szymon Falcik

1.09.2015

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów

Piotr Kozłowski
Kierownik Referatu

01-09-2015

Załącznik do informacji pokontrolnej

1.09.2015