

Odpowiedź na wniosek radnego Pawła Gulbinowicza

1. Na posiedzeniu XXXV sesji Rady Powiatu Goleniowskiego w dniu 12 maja 2022 r. radny Paweł Gulbinowicz odniósł się do informacji zawartej w sprawozdaniu z działalności Zarządu w punkcie 17 na str. 11 dotyczącej korekty finansowej do projektu E-Inclusion i zwrotu dotacji wraz z odsetkami i wniósł o przekazanie radnym dokumentów tj. decyzji Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 28.03.2022 r., skargę do WSA w Warszawie oraz wskazanie osób uczestniczących w tym projekcie i informacją o tym, czy z tytułu tego projektu osoby te otrzymały dodatkowe uposażenie.

Odpowiedź:

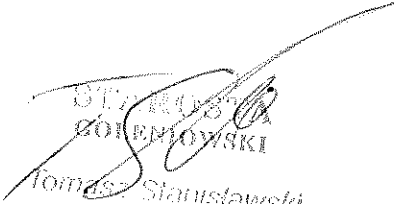
Odpowiadając na wniosek radnego informuję, że:

1. W ramach projektu uzyskano dofinansowanie projektu na ogólną kwotę 3.679.300 zł (zgodnie z umową o dofinansowanie) tj. 100% kosztów kwalifikowanych.
2. W trakcie realizacji projektu uzyskano dochody z tego tytułu na kwotę 3.345.318,55 zł tj. 90,92% kwoty planowanej. Zmniejszenie dochodów wynikało jedynie z tego, że zmiany kadrowe na stanowisku opiekuna projektu z ramienia instytucji pośredniczącej uniemożliwiły przeprowadzenie ostatniego planowanego postępowania przetargowego i naboru dodatkowych uczestników w liczbie 40 co spowodowało oszczędności na projekcie dla instytucji pośredniczącej w kwocie **333.981,45 zł** (kwota dotacji nie przekazana na konto Powiatu).
3. W ramach projektu zakupiono 360 komputerów wraz z oprogramowaniem, przeszkolono adekwatną liczbę osób z posługiwania się komputerem i programami użytkowymi, dostarczono bezprzewodowy Internet do 115 rodzin zastępczych, 30 rodzin o niskich dochodach i 100 rodzin z dziećmi o ponadprzeciętnych wynikach w nauce oraz naszych placówek opiekuńczo-wychowawczych i zespołów szkolnych (łącznie 105). Oszczędności z pierwszego postępowania pozwoliły na zwiększenie liczby beneficjentów o **38,46%**.
4. Kwestionowane przez instytucję pośredniczącą postępowanie przetargowe przyniosło zamiast domniemanej straty oszczędności w kwocie **543.050,06 zł** (wartością szacunkową przedmiotu zamówienia – zgodną z zatwierdzonym przez instytucję pośredniczącą harmonogramem wydatków w projekcie 2.867.600,00 zł a wyłonioną ofertą to 2.324.549,94 zł).
5. Wspomniane wyżej oszczędności pozwoliły obniżyć koszty projektu przewidziane na jednego uczestnika z pierwotnej kwoty 14.151,15 zł do kwoty 9.292,55 zł (tj. o 4.858,60 zł) a uwzględniając sporną korektę i naliczone odsetki do kwoty 11.350,78 zł (tj. niższą o 2.800,37 zł).
6. W projekcie E-Inclusion Powiatu Goleniowskiego uczestniczyły i uzyskiwały dodatkowe wynagrodzenia w 100% finansowane ze środków projektu (w okresie jego trwania a bezpłatnie w 5 letnim okresie utrzymania projektu) następujące osoby:
 - 1) Zbigniew Mazur – Menadżer projektu
 - 2) Anna Pawlaczyk - Specjalista ds. finansowo-merytorycznych
 - 3) Barbara Bąk – Specjalista ds. finansowo-merytorycznych
 - 4) Daniel Rutkowski – Informatyk projektu

- 5) Bogumiła Orłowska – Pracownik PCPR ds. kontaktów z Beneficjentami
 - 6) Anna Krukowska/Jolanta Socha – Pracownik PCPR ds. kontaktów z Beneficjentami
 - 7) Renata Chomińska – Opiekun
 - 8) Agnieszka Preisner-Marków – Opiekun
 - 9) Katarzyna Bakan – Opiekun świetlicy
 - 10) Piotr Bakan – Opiekun świetlicy
 - 11) Małgorzata Cyboroń – Opiekun świetlicy
 - 12) Jarosław Dziemba – Opiekun świetlicy
 - 13) Maciej Gielnik – Opiekun świetlicy
 - 14) Kamila Kopczyńska – Opiekun świetlicy
 - 15) Beata Pietruczyk – Opiekun świetlicy
 - 16) Jerzy Krajczak – Opiekun świetlicy
 - 17) Jarosław Rogowski – Opiekun świetlicy
 - 18) Beata Susik – Opiekun świetlicy
 - 19) Beata Pietruczyk – Opiekun świetlicy
 - 20) Dariusz Kasprzycki – Opiekun świetlicy
 - 21) Łukasz Stępień – Opiekun świetlicy
7. Wskazane we wniosku dokumenty zostały przekazane do Biura Rady drogą elektroniczną.

SKARBNIK POWIATU


dr inż. Zbigniew Mazur


Tomasz Stanisławski

Uchwała Nr 510/182/22
Zarządu Powiatu Goleniowskiego
z dnia 27 kwietnia 2022 r.

w sprawie złożenia skargi

Na podstawie:

art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 528.) Zarząd Powiatu Goleniowskiego uchwała, co następuje:

§1.

W związku z wydaną przez Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej decyzją z dnia 28 marca 2022 r. znak sprawy DIR-IX.7343.3.2019.AT.9 IK: 997339, opiniuje się pozytywnie wystąpienie ze skargą do sądu administracyjnego na przedmiotową decyzję.

§2.

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Przewodniczący Zarządu Powiatu

Tomasz Stanisławski



Signed by /
Podpisano przez:

Tomasz Marcin
Stanisławski

Date / Data: 2022-
04-27 14:46

Uzasadnienie

Zarząd Powiatu Goleniowskiego na posiedzeniu w dniu 27 kwietnia 2022 r. zapoznał się z treścią decyzji powołanej w niniejszej uchwale oraz projektem zaskarżającej ją skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Z uwagi na stwierdzony brak zasadności decyzji podjęcie niniejszej uchwały jest zasadne.



Goleniów, dnia 27 kwietnia 2022 r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie

ul. J. Pankiewicza 4

00-696 Warszawa

za pośrednictwem

Instytucja Zarządzająca POIG

- Minister Funduszy i Polityki

Regionalnej

ul. Wspólna 2/4

00-926 Warszawa

Skarżący: Powiat Goleniowski
ul. Dworcowa 1
72-100 Goleniów

Wartość przedmiotu zaskarżenia:

552 880 (pięćset pięćdziesiąt dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt) złotych

Skarga

**Na decyzję Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 28 marca 2022 r. znak
sprawy DIR-IX.7343.3.2019.AT.9 IK: 997339**

Działając w imieniu i na rzecz Powiatu Goleniowskiego jako Skarżącego, wnosimy skargę na ww. decyzję Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 28 marca 2022 r.

Wymienioną decyzję zaskarżamy w całości.

Wymienionej decyzji zarzucamy wydanie jej w oparciu o błędnie ustalony stan faktyczny sprawy, z naruszeniem przepisów stanowiących podstawę wydania decyzji oraz wydanie decyzji w oparciu o dokument nieznajdujący zastosowania w postępowaniu.

W szczególności decyzja narusza przepisy art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9 i ust. 12 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305 z późn. zm. – w dalszym ciągu: ustawa o finansach publicznych) - przez przyjęcie, iż środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedury, a także przepisy art. 7a § 1, art. 8 KPA w zw. z art.



67 ust. 1 ustawy o finansach publicznych – przez rozstrzygnięcie kwestii wątpliwych na niekorzyść strony i wydanie decyzji nakierowanej na maksymalne obciążenie finansowe strony.

Nadto decyzja wydana została z naruszeniem, powołanych w uzasadnieniu decyzji, przepisów Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm. – w dalszym ciągu - PZP) w szczególności przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 PZP z przyczyn szczegółowo omówionych w dalszej części niniejszej skargi.

Organ wydając decyzję zastosował nadto w sposób niewłaściwy przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2179) oraz przepisy ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 818 z późn. zm.).

Organ wydając decyzję w szczególności dopuścił się następujących uchybień:

- I. Błędnie ocenił występowanie uchybień stanowiących podstawę wymierzenia korekty finansowej, nienależycie oceniając stan faktyczny oraz błędnie stosując powołane przez siebie przepisy prawa w szczególności przepisy PZP, o czym szerzej będzie mowa w uzasadnieniu niniejszej skargi;
- II. Dokonując w oparciu o powyższe błędne przesłanki ustaleń w przedmiocie wymierzenia korekty finansowej Organ w sposób wadliwy zinterpretował postanowienia § 11 ust. 7 Umowy o dofinansowanie z dnia 21 marca 2013 r., gdyż jak wprost wynika z treści uzasadnienia zaskarżonej decyzji, zastosował korekty finansowe określone w Taryfikatorze załączonym do dokumentu „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” w wersji obowiązującej po 31 maja 2014 r. (s. 6 decyzji) - w pierwszej kolejności stosując dokument nie obowiązujący w dacie zawarcia umowy o dofinansowanie i w niej nie powołany, a w drugiej stosując go w sposób wybiórczy, poprzez ograniczenie się wyłącznie do zastosowania przewidzianych w nim stawek maksymalnych pomimo możliwości ich obniżenia przewidzianej w samym Taryfikatorze, a także przez nie uwzględnienie powołanych w dokumencie podstawowych zasad związanych z określaniem korekt tj. zasady uwzględniania w pierwszej kolejności rodzaju lub stopnia naruszenia oraz



skutków finansowych naruszenia wydatków (pkt 3 dokumentu wytycznych), przez nie zbadanie w ogóle wspomnianych okoliczności i nie wypowiedzenie się na temat domniemanego naruszenia w treści zaskarżonej decyzji.

W następstwie wymienionych wyżej uchybień w sposób błędny uznał, iż decyzja organu I instancji – znak CPPC-WP.411.64.1.2017/DS. z dnia 30 listopada 2018 r. nie zawierała uchybień wytkniętych w odwołaniu Skarżącego, utrzymując ją w mocy.

Wnosimy o uchylenie zaskarżonej decyzji, a w ramach czynności, o których mowa w art. 134 i 135 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 329), nadto o uchylenie decyzji Organu I instancji i umorzenie postępowania administracyjnego.

W wypadku nieuwzględnienia niniejszego wniosku wnosimy o uchylenie decyzji i przekazanie sprawy Organowi II instancji do ponownego rozpoznania.

Uzasadnienie:

Zaskarżoną decyzją z dnia 28 marca 2022 r. Organ – Minister Funduszy i Polityki Regionalnej, rozstrzygnął o utrzymaniu w mocy decyzji wydanej przez Centrum Projektów Polska Cyfrowa (Organ I instancji) z dnia 30 listopada 2018 r. znak CPPC-WP.411.64.1.2017/DS., na mocy której Skarżący został zobowiązany do zwrotu środków w kwocie 552 879,48 złotych wraz z odsetkami, pochodzących z umowy o dofinansowanie nr POIG.08.03.00-32/134/12-00 (Umowa o dofinansowanie), podtrzymując w całości stanowisko przedstawione przez Organ I instancji i oddalając zarzuty wniesione przez Skarżącego w odwołaniu od decyzji Organu I instancji, nie ustosunkowując się jednak do samych zarzutów, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszej skargi.

Analiza decyzji oraz jej uzasadnienia prowadzi do wniosku, iż sama decyzja została wydana w sposób wadliwy, co uzasadnia konieczność jej zaskarżenia w drodze niniejszej skargi oraz wnioski zawarte w części wstępnej niniejszego pisma, gdyż wady postępowania przed Organem wydającym zaskarżoną decyzję są tożsame z wadami postępowania przed Organem I instancji zaskarżonego odwołaniem Skarżącego z dnia 14 grudnia 2018 r.

Celem bardziej przejrzystego omówienia zgłoszonych zarzutów zdecydowano o ich podziale jak w części wstępnej niniejszej skargi.



Pierwsza grupa zarzutów stanowi grupę zarzutów podnoszonych przez Stronę już na etapie przed wszczęciem postępowania administracyjnego przed organem I instancji – dotyczą one wadliwego uznania, iż przeprowadzone przez Stronę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotknięte było wskazanymi przez organ uchybieniami, co z kolei skutkowało nałożeniem przez organ korekty finansowej.

Druga grupa zarzutów – zainicjowana na etapie postępowania odwoławczego i w konsekwencji treści wydanej decyzji konieczna do zgłoszenia również w odniesieniu do zaskarżonej niniejszą skargą decyzji, zmierza do wykazania niewłaściwego postępowania organu (a także Organu I instancji) w zakresie ustalania wymiaru samej korekty.

Przed ich szczegółowym omówieniem należy zgłosić podstawowe zastrzeżenie, iż organ w treści zaskarżonej decyzji pomimo przytoczenia zarzutów Strony w tym zakresie w żaden sposób nie ustosunkował się do powyższych zarzutów, w treści uzasadnienia faktycznie tylko powtarzając argumentację przedstawioną przez Organ I instancji.

Ad. I. Błędna ocena występowania uchybień stanowiących podstawę wymierzenia korekty finansowej, nienależyta ocena stanu faktycznego oraz błędne zastosowanie przez Organ przepisów prawa, w szczególności przepisów PZP:

Organ wydając decyzję w zakresie tym powielił ustalenia faktyczne dokonane przez Organ I instancji oraz ocenę prawną tegoż organu w treści zaskarżonej decyzji, oddalając bezpodstawnie zarzuty wniesione przez Stronę. W oparciu o powyższe Organ w treści zaskarżonej decyzji ustalił, iż w toku realizacji przez Skarżącego Umowy o dofinansowanie, Skarżący przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr POIG.2720/6/2/2013, dokonał naruszenia:

1. Art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 4 PZP poprzez wskazanie jako warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymogu realizacji co najmniej 2 dostaw sprzętu komputerowego w liczbie nie mniejszej niż 260 komputerów oraz realizacji usługi polegającej na budowie, wdrożeniu i administrowaniu edukacyjnej platformy dla co najmniej 260 użytkowników – uznając, iż wymieniony warunek nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, kryterium to nie było obiektywnie racjonalne i wykraczało poza poziom niezbędny do osiągnięcia celu postępowania, jakim było pozyskanie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Organ



pomocniczo wskazał w tym względzie na „konieczność” załączanie przez oferentów w postępowaniu oświadczeń dotyczących korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Organ uznał, iż działanie Skarżącego doprowadziło w konsekwencji do naruszenia zasady równego traktowania oferentów oraz zachwiania konkurencyjności na rynku. Organ w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji Skarżącego dokonywanej z odwołaniem do Uchwały KIO z dnia 20 maja 2010 r. KIO/KU 34/10 stwierdzając, iż dotyczyła ona innego stanu faktycznego.

Krytyczną analizę stanowiska Organu należy rozpocząć od negatywnej oceny ostatniego z przywołanych twierdzeń zawartych w uzasadnieniu decyzji, podtrzymując w tym względzie stanowisko konsekwentnie prezentowane przez Skarżącego w treści odwołania jak i zastrzeżeń pokontrolnych z dnia 14 lipca 2015 r. oraz kolejnych pism kierowanych przez Stronę w toku postępowania. Na marginesie wskazać należy, iż Organ w treści decyzji przytoczył fakt złożenia wszystkich zastrzeżeń przez Stronę wskazując na ich powtarzalny charakter, tym niemniej do chwili obecnej nie ustosunkował się do nich, poza podtrzymywaniem argumentacji organu I instancji. Jest to o tyle istotne, iż do chwili obecnej Strona nie otrzymała wskazówki, jaka ilość komputerów zdaniem Organu jest proporcjonalna i należyta w toku postępowania, co umożliwiłoby krytyczną ocenę procesu myślowego organu o tyle istotną w świetle wyraźnego powołania przez Stronę stanowiska uzasadniającego tę liczbę.

Skarżący podtrzymuje w konsekwencji, iż zarzut w istocie oparto o dowolnie przyjęte przez Organ stanowisko, iż nadmiernym jest wymóg wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na dostawę 260 komputerów dla 260 użytkowników, wykonania podobnych usług w przeszłości.

Wskazać należy, iż zakreślając wymogi odnośnie wiedzy i doświadczenia liczbą 260 komputerów Skarżący liczbę tę przyjął jako referencyjną dla wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem, gdyż korespondowała ona ze skalą zamówienia.

Istotnym jest również, iż pomimo stosownego zarzutu w treści odwołania w treści zaskarżonej decyzji Organ nie wskazał, jakie wymagania uważa za spełniające wymóg kryterium „minimalnych” – jest to o tyle istotne, iż ze stanowiska Organu wynika, iż w zasadzie każda ilość mogłaby zostać uznana za nie spełniającą wymogu proporcjonalności co sprzeczne jest z zasadą zaufania do organów administracji publicznej, wyrażoną w art. 8 § 1 KPA.



Należy podkreślić, iż określenie w postępowaniu wartości referencyjnej na korespondującą z wolumenem oczekiwanym w toku realizacji zamówienia, jest w przypadku tego konkretnego postępowania uzasadnione i prawidłowe, gdyż w pierwszej kolejności – gwarantuje udział w postępowaniu podmiotów, które realizowały już stosunkowo duże dostawy sprzętu komputerowego, co wymaga odpowiedniego skorelowania czynności związanych z zamówieniem, dostawą i instalacją sprzętu, w drugiej zaś – nie dyskryminowało żadnych wykonawców, którzy wykonali zamówienie o skali podobnej do oczekiwań skarżącego w postępowaniu, co zgodne jest z dyspozycją przepisu art. 22 ust. 4 PZP w pełnej treści więc uwzględniającej fakt, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Nadto przedstawiony zarzut sporządzenia opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewniał równego traktowania wykonawców jest bezzasadny i wysnuty na niewłaściwych przesłankach. Podkreślenia wymaga fakt, iż decyzja podtrzymuje w tym względzie stanowisko Organu I instancji oraz opinię kontrolującego w toku postępowania administracyjnego opartą na stanowisku Prezesa UZP zaprezentowanym w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 r. sygn. akt KIO/KU 34/10 bez uwzględnienia zawartego w niej orzeczenia oraz zawartej informacji o zmianie stanowiska przez Prezesa UZP dotyczącego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, o czym szerzej mowa jest w piśmie Skarżącego z dnia 14 lipca 2015 r. zawartym w aktach sprawy.

Organ pomija nadto fakt, iż przedmiot zamówienia nie ograniczał się tylko do dostawy sprzętu, ale również zainstalowania niezbędnego oprogramowania z uwzględnieniem specyfiki postępowania, w szczególności:

- zapewnienia serwisu dostarczonego sprzętu komputerowego,
- dokonania audytu technicznego dostarczonego sprzętu komputerowego wraz z wyceną niezbędnych czynności polegających na odtworzeniu dostarczonego sprzętu komputerowego oraz przedstawienie wyceny kosztów odtworzenia do akceptacji Zamawiającemu, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, o którym mowa w załączniku nr 2 do umowy;
- wykonania czynności polegających na odtworzeniu dostarczonego sprzętu komputerowego, zgodnie z zaakceptowaną przez Zamawiającego wyceną tego odtworzenia oraz udzielenia gwarancji Wykonawcy na odtworzony sprzęt komputerowy na okres II etapu obejmującego



60 miesięczny okres rozpoczynający się bezpośrednio po zakończeniu etapu I. W trakcie tego okresu Wykonawca był zobowiązany podejmować na rzecz Skarżącego działania w ramach udzielonej gwarancji na sprzęt dostarczony w ramach nakładów odtworzeniowych.

Organ nie wykazał również, w jaki sposób miało dojść do powołanego w uzasadnieniu decyzji naruszenia zasady równego traktowania oferentów oraz zachwiania konkurencyjności na rynku tym bardziej, iż jak wykazano w odwołaniu, w toku postępowania żaden z podmiotów nie złożył zastrzeżeń ani zapytań w tym względzie co należy uznać za dowód tego, iż nie odczuły one tego zapisu jako element dyskryminacji ich podmiotu.

Z oczywistych względów Organ nie wskazał również wagi naruszenia oraz jej skutku finansowego ograniczając się do nie potwierdzonego w żaden sposób w toku postępowania stwierdzenia na s. 15 decyzji iż cyt. „Poprzez określenie takiego wymogu uniemożliwiono bowiem złożenie oferty tym podmiotom, które co prawda mogły w przeszłości dostarczyć dokumenty i usługi, ale na poziomie niższym niż wskazany w zamówieniu” w sytuacji, gdy stwierdzenie takie nie wskazuje nie tylko domniemanych podmiotów, którym uniemożliwiono złożenie oferty, ale nawet klasy wymogów jakie podmioty te „proporcjonalnie” powinny spełniać. Brak ten uniemożliwia pozytywne zweryfikowanie zarzutu jak i potwierdza naruszenie w tym względzie przez organ wytycznych określonych w art. 7a KPA.

Przeczy to twierdzeniom organu zawartym na s. 25 decyzji, iż cyt. „Organy I i II instancji wzięły pod uwagę charakter i wagę stwierdzonych nieprawidłowości, jak również ich skutki finansowe”, które jest twierdzeniem gołosłownym – w treści samej decyzji brak jest jakichkolwiek rozważań na temat charakteru, wagi nieprawidłowości jak i ich skutków finansowych poza przytoczeniem maksymalnych stawek korekty określonych w powołanym przez Organ Taryfikatorze.

Szczególnego podkreślenia wymaga, iż w prowadzonym przez Skarżącego postępowaniu kluczowym były wiedza i umiejętności związane z organizacją i logistycznym przygotowaniem dostawy dużej liczby komputerów oraz usług związanych z realizacją projektu.

W związku z dotychczasowymi doświadczeniami wynikającymi z problemami dostawców z terminową dostawą sprzętu w większych ilościach zdecydowano się na konieczność wykazania się 2 dostawami w ilości nie mniejszej niż 260 komputerów. Działanie takie miało zapewnić wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania.



Jednocześnie dopuszczono możliwość występowania przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, jak i posługiwania się wiedzą i doświadczeniem osób trzecich ustalając w ten sposób krąg podmiotów mogących startować w postępowaniu w najszerszym zakresie dopuszczalnym ustawą.

Przede wszystkim zaś, jak słusznie zauważył Organ w uzasadnieniu decyzji, oferenci występujący w postępowaniu skorzystali z dyspozycji przepisu art. 26b PZP, przedstawiając w odniesieniu do przedmiotowego warunku zobowiązania podmiotów trzecich umożliwiając im udział w postępowaniu. Organ pominął przy tym całkowicie fakt, iż instytucja określona w powołanym przepisie ma właśnie na celu umożliwienie podmiotom nie spełniającym warunku udziału w postępowaniu, skorzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich warunki te spełniających, co z jednej strony zapewnia zachowanie zasady określonej w art. 7 PZP a z drugiej należyte zabezpiecza po stronie Zamawiającego wykonanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe dokonana przez Organ ocena domniemanego naruszenia przepisów PZP jest w ocenie Skarżącego błędna i pozbawiona uzasadnienia co w konsekwencji dekompletuje zasadność zarzutu naruszenia przepisu art. 207 ustawy o finansach publicznych.

Powołać wypada w tym względzie również nowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zwłaszcza dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu dokonane w wyroku z dnia 4 marca 2021 r. sygn. akt KIO 356/21 dotyczącego wymogu stawianego w przetargu organizowanym przez Sąd Okręgowy w Warszawie, gdzie Izba stwierdziła m.in., iż cyt. „Zdaniem składu orzekającego ustalony przez Zamawiającego poziom warunku posiadania niezbędnego doświadczenia spełnia reguły wymagania o poziomie podstawowym, powtarzalnym, sparametryzowanym, adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania odwołania podziela argumentację przedstawioną w wyroku KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1495/14), iż "W takim bowiem wypadku, treścią warunku jest dwukrotne (lub więcej) wykonanie określonych przedsięwzięć, zaś miarą doświadczenia jest w takim wypadku nie tylko wykonanie określonego zadania, ale także niezakłócone kilkukrotne powtórzenie takich przedsięwzięć, co wpisuje się w trafną logikę, że o ile raz poprawna realizacja określonego zadania może być wynikiem pozytywnego, poniekąd przypadkowego obrotu zdarzeń, to powtarne zadowalające wykonanie takiego zadania świadczy o doświadczeniu podmiotu, które daje podstawę do przyjęcia, że wykonawca za każdym następnym razem wykonując takie zadanie - wykona je dobrze".



Izba wskazała przy tym, iż cyt. „Zamawiający ma prawa określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się po pierwsze do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście. Niewątpliwie granicę dozwolonych działań zamawiającego w tym zakresie stanowią wspomniane wyżej zasady. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.



To od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego stanowiącego jego przedmiot, jak również, że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji”.

Przekładając powyższe rozważania na realia zaskarżonej decyzji, wskazać należy iż Organ stwierdził arbitralnie i nie uzasadniając tego w żaden sposób, iż ustalenie przez Skarżącego warunku na wskazanym w SIWZ poziomie naruszyło zasadę wyrażoną w art. 7 i 22 ust. 4 PZP, nie przedstawiając na powyższą okoliczność żadnego dowodu ani nie uzasadniając swojego stanowiska w sposób umożliwiający jego należytą weryfikację.

2. Art. 29 ust. 2 PZP poprzez zawarcie w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia wymogu, aby system operacyjny i oprogramowanie użytkowe, gdy to niezbędne, były objęte licencjami praw najmu, umożliwiającymi użyczenie sprzętu osobom trzecim – poprzez stwierdzenie, iż przedmiotowe wymogi spełniały jedynie produkty firmy Microsoft, a także wymóg posiadania przez modele komputerów certyfikatu Microsoft potwierdzającego poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym oraz wymóg by płyta główna była zaprojektowana przez producenta i oznaczona jego znakiem firmowym .

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zarzut oparty jest o błędne założenie organu, który bez żadnych podstaw, w sposób nieuprawniony, utożsamia nazwę własną stosowaną przez Microsoft (Licencja Praw Najmu) ze wskazaniem Skarżącego zawartym w SIWZ, by system operacyjny i oprogramowanie, gdy to jest niezbędne, było objęte licencjami praw najmu umożliwiającymi użyczenie sprzętu osobom trzecim, co jest pojęciem odmiennym i niemożliwym do sprowadzenia jak uczynił to organ do nazwy własnej podmiotu trzeciego.

Wymóg Skarżącego nie odnosił się a tym bardziej nie ograniczał do Licencji Praw Najmu, a co najistotniejsze – był uzasadniony rzeczywistymi potrzebami postępowania a mianowicie ochroną praw wyłącznych i uniknięciem sytuacji, gdy licencje dotyczące korzystania z oprogramowania (to, że oprogramowanie udostępniane jest zawsze na zasadach



licencji, jest sytuacją powszechną i dotyczy również oprogramowania freeware, które również ma zawsze określone warunki licencyjne) wykluczają możliwość udostępnienia oprogramowania osobom trzecim, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu – gdyż sprzęt i oprogramowanie udostępniano korzystającym z projektu.

Brak przedmiotowych zastrzeżeń mógłby uniemożliwić korzystanie z projektu osobom, dla których był on dedykowany, gdyż korzystającymi były osoby fizyczne nie powiązane funkcjonalnie ze Skarżącym.

W przypadku dostawy komputerów bez stosownych licencji Skarżący naraziłby się na złamanie prawa lub rezygnację z realizacji projektu (brak możliwości przekazania sprzętu uczestnikom projektu) Jednocześnie wskazać należy, iż zgodnie z przedmiotowym wymogiem znajdował on zastosowanie jedynie w sytuacjach, gdy było to niezbędne, a więc gdy warunki licencji wymagają dodatkowych zgód licencjodawcy na udostępnianie oprogramowania osobom trzecim – jeżeli warunki licencji takich wymogów nie przewidują, nie znajdował on zastosowania i z całą pewnością nie mógł skutkować ograniczeniem kręgu potencjalnych oferentów.

Nadmienić przy tym należy, iż w treści SIWZ, w punkcie dodatkowe licencje, zapisano wyraźnie, iż dostarczenie licencji Praw Najmu obowiązuje jedynie wtedy gdy jest to niezbędne a więc dostawca dostarczy oprogramowanie objęte tego typu licencjami.

Organ pominął w ogóle więc w swych rozważaniach brak stosowalności przedmiotowego wymogu w sytuacji, gdy licencja na dane oprogramowanie nie zawiera stosownego zastrzeżenia w sytuacji użyczenia go innym podmiotom, co jak wyżej wskazano, zapewne jest wynikiem powtórzenia błędnej oceny wymogu dokonanej przez Organ I instancji.

Zapis taki w konsekwencji nie ograniczał konkurencji i pozostawiał w decyzji dostawcy wybór, czy dostarczy sprzęt z oprogramowaniem nie wymagającym licencji czy oprogramowaniem objętym systemem licencji żądając jedynie, aby w tym przypadku dostarczył on stosowne licencje.

W zakresie drugiego z zastrzeżeń poczynionych w tym punkcie wskazać należy, iż zgodnie z rekomendacjami Prezesa UZP w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych zamawiający ma prawo żądać certyfikatów zgodności wydanych przez producentów oprogramowania oraz organizacje wydające certyfikaty.



W związku z dopuszczeniem również produktów objętych licencjami uznano za stosowne uzyskanie certyfikatu potwierdzającego poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z programem operacyjnym firmy Microsoft.

Żądanie dostarczenia certyfikatu potwierdzającego poprawną współpracę konkretnego modelu komputera z systemem operacyjnym konkretnej firmy nie stanowi dowodu na żądanie dostawy określonego systemu operacyjnego a jedynie upewnienie się zamawiającego, że gdyby dostarczono w ramach tego zamówienia, lub zdecydował się on na którymkolwiek etapie realizacji projektu lub w okresie utrzymania trwałości projektu na zmianę systemu operacyjnego (w projekcie założono koszty odtworzeniowe), czy dostarczone komputery będą współpracowały z najbardziej rozpowszechnionymi na rynku produktami Microsoft.

Dodatkowo należy podkreślić, że z zapisu o dopuszczeniu produktów objętych licencją (gdy to jest wymagane) i żądania certyfikatu potwierdzającego współpracę konkretnego modelu komputera z danym oprogramowaniem jest niewystarczające do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy PZP, gdyż w żadnym stopniu zapisy te nie utrudniały uczciwej konkurencji a wręcz ją poszerzyły o podmioty objęte systemem licencyjnym.

W opisie przedmiotu zamówienia nie zawarto nazwy konkretnego produktu a jedynie wymieniono producenta oprogramowania w stosunku, do produktów którego wymagano stosownych certyfikatów. Uzyskanie takiego certyfikatu nie stanowi problemu w przypadku, gdy sprzęt może być w takie oprogramowanie wyposażony a zaświadczenie o tym, że dany komputer nie może współpracować z oprogramowaniem Microsoft (w przypadku dostawy innego oprogramowania) nie miało wpływu na wybór oferty (nie powodowało jej odrzucenia).

W zakresie trzeciego z zarzutów zawartych w niniejszym punkcie wskazać należy, iż wszyscy dostawcy oferujący serwery sami projektują i oznakowują płyty główne, a więc nie można podzielić argumentu, że zapis taki ograniczył lub utrudnił konkurencję.

Podkreślenia w tym względzie wymaga, iż zgodnie z cytowanymi już rekomendacjami Prezesa UZP w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych „naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy PZP może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia.



Natomiast pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.”

W przypadku niniejszego postępowania żadne z powyższych przypadków nie miały miejsca.

W SIWZ nie zamieszczono opisów konkretnych znaków towarowych, oznaczeń, patentów ani znaków pochodzenia, które wskazywałyby na konkretnego producenta sprzętu jak również dostawcy, ani nie sporządzono opisu tak, aby mógł je spełnić jedynie jeden dostawca.

Zamieszczenie tego zapisu wynikało z potrzeb zamawiającego z uwagi na to, że jest to istotny parametr dla użytkownika i eksploatacji serwera oraz wpływa w sposób istotny na przebieg realizacji roszczeń z gwarancji i przyczynia się do optymalizacji kosztów i nakładów pracy. Nadmienić należy również, że producent serwera, który jej nie zaprojektował, nie ma wpływu na okres jej dostępności a serwer z tego typu płytą główną niesie za sobą ryzyko niekompatybilności lub konieczności zakupu nowego w przypadku jej uszkodzenia. Zważywszy na okres projektu i wymagany okres trwałości projektu jest to działanie racjonalne i odpowiadające potrzebom zamawiającego.

Nadmienić należy również, że rekomendacje Prezesa UZP w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych z 2012 r. w punkcie 3.1 Definicje informuje, że „kategoria ta nie obejmuje także serwerów”, a więc nie można ich stosować wprost do tego rodzaju produktów.

Powołać w tym miejscu także należy stanowisko Ministra Sprawiedliwości zamieszczone w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu z dnia 26 czerwca 2009 r. w sprawie BDG-II-3820-10/09, które jest analogiczne ze stanowiskiem Skarżącego, podtrzymane w treści orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2008 r. do sprawy sygn. akt KIO/UZP 799/08, dopuszczającym taki wymóg w postępowaniu, gdzie Izba wskazała iż cyt. „Opis przedmiotu zamówienia w zakresie żądania tego samego producenta jednostki centralnej i płyty głównej nie utrudnia uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy), bowiem Zamawiający nie wskazał w postanowieniach SIWZ na konieczność dostarczenia przez wykonawców urządzenia (jednostki centralnej, czy też płyty głównej) konkretnego producenta. Na tym etapie postępowania wszyscy wykonawcy mają równe szanse na złożenie



oferty w postępowaniu – jedni dysponując już sprzętem (jednostkami centralnymi komputera) z tożsamym producentem płyty głównej, inni zaś, przygotowując się do wypełnienia tego wymogu funkcjonalnego SIWZ, zlecając zaprojektowanie płyty głównej producentowi jednostki centralnej.”

W konsekwencji również w tym względzie dokonana przez Organ ocena domniemanego naruszenia przepisów PZP jest w ocenie Skarżącego błędna i pozbawiona uzasadnienia co w konsekwencji dekompletuje zasadność zarzutu naruszenia przepisu art. 207 ustawy o finansach publicznych.

3. Art. 25 ust. 1 PZP poprzez zawarcie w SIWZ wymogu złożenia stosownych oświadczeń producenta zawierających m.in. dane dotyczące terminu produkcji, warunki gwarancji oraz wskazujących na przejęcie zobowiązań gwarancyjnych i związanych z serwisem (w przypadku niewywiązania się przez podmioty zobowiązane).

W zakresie wymienionego zarzutu powtórzyć należy zastrzeżenie przedstawione w treści odwołania, iż stosowne oświadczenia miał złożyć Wykonawca a nie podmiot trzeci jak błędnie uznaje organ.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 sierpnia 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO /UZP 1010/09, wprost wskazała, iż cyt. „Zarzuty odnośnie oświadczenia producenta oferowanego sprzętu o przejęciu zobowiązań związanych z serwisem gwarancyjnym w przypadku, gdy z obowiązków gwarancyjnych nie wywiąże się wykonawca lub wskazany serwisant, odnośnie możliwości telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej komputera oraz warunków gwarancji u producenta po podaniu numeru seryjnego oraz odnośnie dostępu do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta, poprzez podanie na dedykowanej stronie internetowej producenta numeru seryjnego lub modelu komputera nie zasługują na uwzględnienie. Jedynym argumentem, jaki odwołujący podniósł w uzasadnieniu powyższych zarzutów było stwierdzenie, że producent sprzętu nie jest stroną w przedmiotowym postępowaniu oraz odwołanie się do definicji legalnej wykonawcy, zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy PZP. Powyższy argument nie daje, w ocenie składu orzekającego Izby, podstaw do uwzględnienia zarzutu, ponieważ co do zasady Izba nie wyklucza możliwości żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego



oświadczeń / dokumentów pochodzących od osób i podmiotów trzecich, a nie wyłącznie od wykonawcy”.

W konsekwencji zarzut Organu uznać należy za chybiony.

Wskazać należy, iż z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku tzw. referencji, które również są wystawiane (podpisywane) przez osoby trzecie, nie biorące udziału w postępowaniu, na podstawie wewnętrznego stosunku prawnego z wykonawcą, który dane oświadczenia składa w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z ówczesnie obowiązującym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. poz. 231) Zamawiający mógł żądać dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W specyfice towarów wymaganych w zamówieniu wydanie stosownego oświadczenia w związku z udzieloną gwarancją nie stanowiło problemu dla producenta i jest możliwe do uzyskania przez dostawcę, jeżeli o takowe wystąpi. Również uzyskanie oświadczenia producenta o tym, że sprzedał dostawcy sprzęt fabrycznie nowy, nieużywany, wyprodukowany nie później niż 6 (sześć) miesięcy przed datą dostawy, został zakupiony w autoryzowanym kanale dystrybucji producenta i posiada pakiet usług gwarancyjnych producenta obejmujący użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej jest tego typu dokumentem. Określa on stosunek wiążący dostawcę z producentem w zakresie części dostawy i określa zakres i sposób wykorzystania zasobów producenta przez dostawcę. Potwierdza również właściwą jakość dostarczanych produktów (z uwagi na baterie stanowiące istotną część zasilacza UPS). Żądanie dostarczenia tego typu dokumentów nie ograniczało w żadnym stopniu konkurencji i nie wykluczało żadnego dostawcy (producenci mogą wystawić je samodzielnie a firmy pośredniczące mogą je uzyskać poprzez zawarcie tego warunku w umowie nabycia).

Skarżący wskazuje również, iż zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego w sprawie rękojmi i gwarancji uprawnienia wynikające zarówno z rękojmi, jak i gwarancji przechodzą na następców prawnych kupującego pod tytułem ogólnym i szczególnym. Zmiana właściciela nabytej rzeczy w drodze umowy sprzedaży, zamiany i darowizny lub spadkobrania nie



eliminuje więzi prawnej ze sprzedawcą. Oznacza to, że gwarancja wystawiona przez producenta na rzecz dostawcy, wraz z umową dostawy jest przenoszona na nabywcę. Zgodnie z powszechnie panującą praktyką firmy handlowe, nie posiadając odpowiedniego zaplecza technicznego i intelektualnego, udzielają gwarancji w ramach gwarancji producenta (najczęściej w jego imieniu). Dostawcę i producenta wiążą więc stosunki wynikające z udzielonej przez producenta gwarancji i w tym zakresie korzysta on z jego zasobów. W przypadku kontrolowanego postępowania zamawiający miał więc prawo żądania dokumentów potwierdzających zakres dostępnych wykonawcy zasobów producenta w zakresie usług serwisowych, sposobu ich wykorzystania, charakteru wiążącego go z producentem oraz zakresu i okresu udziału producenta w świadczeniu usług serwisowych. Podobnego charakteru dokumentami są również oświadczenia producenta komputera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem i oświadczenia producenta serwera, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem. Jak już wspomniano gwarancja przechodzi na następców prawnych a w związku z tym oświadczenia tego typu są jedynie potwierdzeniem prawa nabywcy do informacji w jakim zakresie regulacje wewnętrzne producenta odnośnie gwarancji ograniczają jego prawa oraz jakie stosunki wiążą go z dostawcą.

Mając to na uwadze również powyższe naruszenie PZP a w konsekwencji przepisów ustawy o finansach publicznych wskazane w treści zaskarżonej decyzji uznać należy za nieistniejące a decyzję w tej części za wadliwą i naruszającą przepisy powołane przez Organ w części wstępnej decyzji.

Ad. II. Wadliwe wyliczenie wartości korekty finansowej a w konsekwencji kwoty zwrotu środków pochodzących z Umowy o dofinansowanie:

Jak wskazano na wstępie i co wprost wynika z treści zaskarżonej decyzji, wymierzając korektę finansową Organ posłużył się Taryfikatorem załączonym do dokumentu wytycznych w wersji, która została opublikowana po zawarciu Umowy o dofinansowanie.

Oczywistym jest, iż w dacie zawarcia Umowy o dofinansowanie obowiązywały inne wytyczne w zakresie ustalania korekty finansowej, których Organ w ogóle nie powołał w postępowaniu co uniemożliwia uznanie prowadzonego postępowania za prawidłowe.



Należy w szczególności wskazać, iż obecnie obowiązujące przepisy - rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2179) oraz ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 818 z późn. zm.), zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego po dacie zawarcia umowy o dofinansowanie a także po dacie zakończenia procedury wyboru oferty w zakwestionowanym postępowaniu.

Organ w treści decyzji w sposób obszerny wskazywał na związanie Stron procedurą umowy o dofinansowanie, wskazując na jej zastosowanie w oparciu o przepis art. 184 ustawy o finansach publicznych.

W treści tejże umowy o dofinansowanie próżno jednak szukać odwołania do przepisów nie obowiązujących w dacie jej zawarcia, co wynika z treści § 11 ust. 7 Umowy o dofinansowanie – gdyż powoływał ona wprost inny dokument wytycznych, jak i jego wybiórczego zastosowania przez organ – zainteresowany wyłącznie maksymalnymi stawkami określonymi w załączonym zestawieniu.

Z jednej strony organ powołał więc dla zastosowania korekty przepisy prawne nie przewidziane w umowie o dofinansowanie, z drugiej zaś zastosował je w sposób wybiórczy, w szczególności pomijając wskazane w przepisach powołanego wyżej rozporządzenia ministra Rozwoju, w szczególności zasady określone w § 3 powołanego rozporządzenia.

Skarżący w tym względzie konsekwentnie wskazuje na brak skutków finansowych domniemanych uchybień w toku postępowania i nie zgadza się ze stanowiskiem Organu prowadzącym się do twierdzenia, iż konsekwencje te wystąpią następczo – w wyniku korekt deklaracji w związku z treścią wydanej decyzji.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z przytaczanymi również w treści decyzji wytycznymi przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów PZP należy brać pod uwagę, z jednej strony, rodzaj lub stopień naruszenia, z drugiej zaś **skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE**. Wysokość korekt finansowych powinna więc, co do zasady, odpowiadać wartości nieprawidłowości, którą zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego



rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, jest jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogły spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej przez finansowanie nieuzasadnionego wydatku. Oznacza to zarazem brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują lub nie mogłyby wywołać żadnych skutków finansowych.”

Skarżący wskazuje, iż jego działania nie wywołały (ani nie mogły wywołać) żadnych ujemnych skutków finansowych, czego potwierdzeniem jest brak w aktach jakiegokolwiek dokumentu uzasadniającego przyjęcie, iż wyrządzono szkodę na kwotę równą lub chociażby zbliżoną do wartości wykonanej korekty.

Oczywistym jest, iż szkoda taka nie została wyrządzona zaś organ nie wykazał żadnym dowodem wyrządzenia jakiegokolwiek szkody domniemanym naruszeniem.

Skoro więc ustalona (nie wiadomo, w jaki sposób, gdyż brak w tym względzie jakiegokolwiek dokumentu w aktach postępowania) wartość domniemanej szkody nie została w żaden sposób uzasadniona w aktach postępowania, uzasadnia to stanowisko o braku wywołania domniemanymi naruszeniami skutków finansowych w zakresie wydatkowania ze środków funduszy UE. Organ w tym względzie nie przedstawił żadnego wyводу wiążącego domniemane naruszenia z faktycznymi skutkami finansowymi a brak w tym względzie uniemożliwia zastosowanie korekt finansowych.

Już niezależnie od wyraźnego brzmienia treści pkt 3 dokumentu wytycznych powołanych przez Organ, postępowanie Organu w tym zakresie budzi sprzeciw z uwagi na nie wykazanie w postępowaniu jakiegokolwiek uszczerbku w środkach UE, jakie miałyby zostać dokonane zarzuconymi przez organ, abstrakcyjnymi i jak wykazano wyżej nieuzasadnionymi zarzutami co do postępowania Skarżącego, czy rzeczywistego naruszenia konkurencji rynkowej. Przypomnieć należy, iż w toku całej procedury żaden podmiot nie kwestionował warunków, brak jest jakiegokolwiek wiedzy o podmiotach, które zrezygnowałyby ze złożenia z oferty z jakichkolwiek względów, a rzeczywisty uszczerbek finansowy dla środków nastąpić może wyłącznie w sytuacji wymierzenia i skutecznego wyegzekwowania korekty finansowej.

Przytoczyć w tym względzie należy również stanowisko przedstawione w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2014 r. sygn. akt II GSK 1467/13 (podkreślenia własne): „Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a



rzeczywista lub potencjalna szkoda w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o "nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie 1260/1999".

W treści wydanej decyzji brak jest wykazania nie tylko poniesionej szkody, ale z oczywistych względów również jakiegokolwiek związku przyczynowego wymaganego orzeczeniem Sądu, gdyż ustalenia organu w tym względzie opierają się jedynie na własnych, niepotwierdzonych domysłach co do możliwości złożenia innych ofert w zakwestionowanym postępowaniu (o tym, iż w postępowaniu nie uczestniczyli inni wykonawcy a tym bardziej o możliwej wysokości kwot ofertowych organ nie wspomina). W uzasadnieniu powołanego orzeczenia Naczelny Sąd Administracyjny wskazał m.in. cyt. „[...] przepisy prawa znajdujące zastosowanie w sprawie nie uzasadniają poglądu, że każde naruszenie prawa przy wydatkowaniu środków z budżetu UE skutkuje obowiązkiem nakładania korekt i żądania zwrotu środków”[...] „Naczelny Sąd Administracyjny zwraca uwagę, że w postępowaniu dowodowym prowadzonym przez IZ programem operacyjnym, powinny zostać wykazane i udowodnione naruszenia P.z.p., które mogą skutkować obowiązkiem nałożenia korekt oraz okoliczności uzasadniające pogląd, że w konkretnym stanie sprawy nałożenie korekt jest uzasadnione, bowiem naruszenie stanowiło "nieprawidłowość" w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006, tj. spowodowało lub mogło spowodować szkodę w budżecie UE poprzez nieuzasadniony wydatek. "Taryfikator", na którego stosowanie strona zgodziła się w umowie, stanowi jedynie środek mający dopomóc w nałożeniu właściwej korekty. "Taryfikator" ustala ujednoliczoną "wycenę" szkody, która w ujęciu cywilistycznym byłaby niemożliwa, bądź bardzo trudna do wyliczenia. Istnienie "Taryfikatora" i obowiązek jego stosowania (na mocy umowy stron) nie zwalnia jednak organu od brania pod uwagę rodzaju I instancji naruszenia oraz wystąpienia skutków finansowych naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE. Całkowicie błędny jest pogląd organu (na str. 7 skargi kasacyjnej), że stosowanie korekt za naruszenia P.z.p. może obejmować również te naruszenia, które nie miały wpływu na wynik postępowania”.



Z wymienionych wyżej względów oparcie wyliczeń korekty Organu wyłącznie o tabelaryczny Taryfikator uznać należy za postępowanie wadliwe.

Abstrahując od pozostałych zarzutów wskazać należy na konieczność szczególnie uważnej oceny zasadności zarzutów stawianych przez organ, jakim jest organ władzy centralnej wymierzający w istocie korektę finansową na podstawie dowolnie stosowanych wytycznych opracowanych przez inny organ władzy centralnej.

Z tych samych względów zakwestionować również należy rażąco nieproporcjonalność zastosowanych korekt do skutków finansowych, jakie miały wywołać naruszenia – co istotne, również w tym zakresie pomimo stosownych wniosków i zarzutów zawartych w treści odwołania, organ do dnia dzisiejszego nie uzasadnił zastosowania takich a nie innych wysokości korekt, pozostających w zasadzie w maksymalnych ustalonych granicach, w całkowitym oderwaniu do stanu faktycznego sprawy, tym bardziej w świetle oszczędności uzyskanych w tym postępowaniu, których łączna kwota wyniosła 543.050,06 złotych, a które pozwoliły zwiększyć efektywność projektu poprzez dokonanie zakupu uzupełniającego i rozszerzyć projekt o dodatkowych 100 beneficjentów.

Nie sposób uniknąć zestawienia twierdzeń Organu w treści decyzji o konieczności zwrotu przez Skarżącego środków w kwocie 552 879,48 złotych z odsetkami z tytułu rzekomego uszczuplenia środków publicznych, z faktycznym zaoszczędzeniem w toku postępowania przez Skarżącego niemal tożsamej kwoty, co tym bardziej przeczy gołosłownym twierdzeniom Organu w tym względzie.

Mając na uwadze zastrzeżone w samym Taryfikatorze możliwe ustalanie wysokości korekty w niższej niż maksymalna wysokości, brak zastosowania powyższego przez Organ uznać należy za kolejne uchybienie zaskarżonej decyzji.

Błędne utrzymanie w mocy decyzji Organu I instancji pomimo wykazania jej wadliwości:

Jak wynika z treści zaskarżonej decyzji, Organ wydając rozstrzygnięcie oparł się w całości na decyzji Organu I instancji, dzieląc wszystkie zarzuty i wnioski w niej zawarte, nawet przyznając braki w zakresie uzasadnienia stwierdzając iż nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia.

W konsekwencji uznać należy, iż ewentualne uwzględnienie niniejszego odwołania uzasadniałoby dalej idącą ingerencję Sądu administracyjnego, w zakresie usunięcia



tożsamy uchyleniu występujących w postępowaniu organu I instancji, zakończonym decyzją
której zaskarżenie skutkowało wydaniem decyzji z dnia 28 marca 2022 r.

Mając na uwadze poczynione wyżej zastrzeżenia wnosimy o uwzględnienie niniejszej
skargi.



Signed by /
Podpisano przez:

Bogusław
Zaborowski

Date / Data: 2022-
04-27 14:45



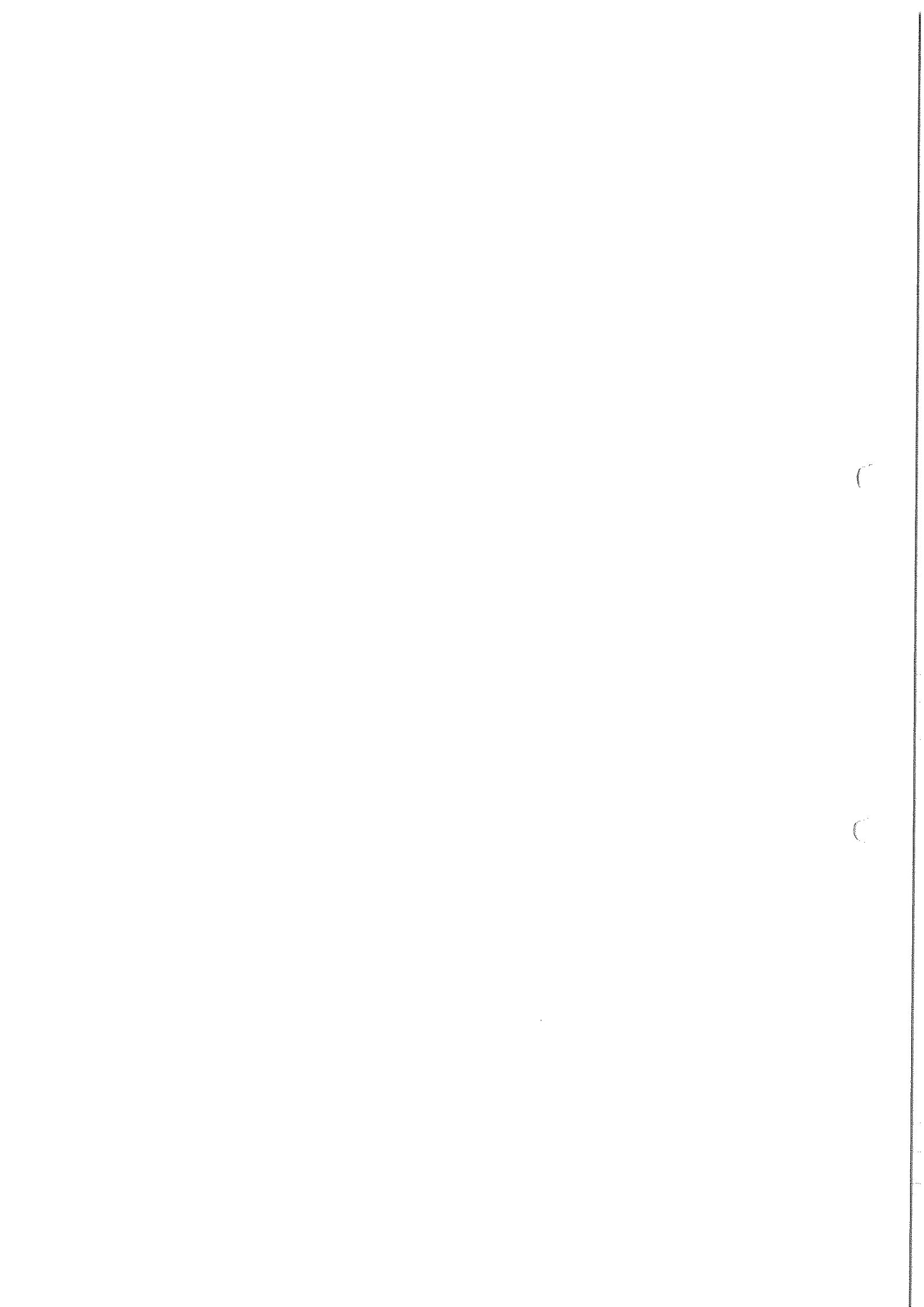
Signed by /
Podpisano przez:

Tomasz Marcin
Stanisławski

Date / Data: 2022-
04-27 14:44

W załączeniu:

- odpis uchwały nr I/3/2018 Rady Powiatu Goleniowskiego z dnia 20 listopada 2018 r.
w sprawie wyboru Starosty Goleniowskiego;
- odpis uchwały nr I/4/2018 Rady Powiatu Goleniowskiego z dnia 20 listopada 2018 r.
w sprawie wyboru Wicestarosty oraz pozostałych członków Zarządu Powiatu
Goleniowskiego;
- dowód wniesienia wpisu;
- odpis skargi i załączników



Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej
00-926 Warszawa
ul. Wspólna 2/4

Warszawa, 2022-03-29

DIR:IX.7343.3.2019.AT.9
W P O W I A T G O L E N I O W S K I
29.03.2022
8830

№ rejestru
Hasł podpis

DECYZJA

Korespondencja wysłana z systemu EZD PUW

Załączniki:

1. DECYZJA - POWIAT GOLENIOWSKI.pdf

Dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć
oprogramowania do weryfikacji podpisu

Data złożenia podpisu: 2022-03-29T10:49:37.284Z

Podpis elektroniczny

1
2

5

00



MINISTER
FUNDUSZY I POLITYKI REGIONALNEJ

data: 28 marca 2022

znak sprawy: DIR-IX.7343.3.2019.AT.9

IK: 997339

STRONA:

Powiat Goleniowski

ul. Dworcowa 1

72-100 Goleniów

za pośrednictwem ePUAP:

/spowgol/skrytka

DECYZJA

Działając na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735, z późn. zm.), dalej: „k.p.a.”, oraz na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9, ust. 12 oraz art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.), dalej: „u.f.p.”, w związku z art. 54 § 1 pkt 3 i 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2021 r. poz. 1540, z późn. zm.), dalej: „Ordynacja podatkowa”, w związku z art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2021 r. poz. 1057, z późn. zm.), dalej: „u.z.p.p.r.”, po rozpatrzeniu odwołania z 13 grudnia 2018 r. wniesionego przez Powiat Goleniowski (dalej: „Beneficjent”, „Strona”, „Powiat”, „Odwołujący”), od decyzji Centrum Projektów Polska Cyfrowa (dalej: „CPPC”, „Organ I instancji”) z 30 listopada 2018 r., znak: CPPC-WP.411.64.1.2017/DS, określającej Stronie zobowiązanie do zwrotu środków, pochodzących z umowy o dofinansowanie nr POIG.08.03.00-32-134/12-00 (dalej: „umowa o dofinansowanie”, „Umowa”), w kwocie **552 879,48 zł¹** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi za poniższe okresy:

1. od kwoty 535 438,38 zł, od 26 maja 2014 r. do dnia zwrotu,
2. od kwoty 1 438,49 zł, od 24 maja 2013 r. do dnia zwrotu,

¹ Słownie: pięćset pięćdziesiąt dwa tysiące osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych i czterdzieści osiem groszy.

3. od kwoty 16 002,61 zł, od 19 listopada 2014 r. do dnia zwrotu,

**Minister Funduszy i Polityki Regionalnej, działając jako Instytucja Zarządzająca
Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007-2013,**

utrzymuje w mocy decyzję Organu I instancji.

UZASADNIENIE

Decyzją z 30 listopada 2018 r. CPPC, działając jako Instytucja Wdrażająca/Instytucja Pośrednicząca II stopnia, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania administracyjnego, na podstawie art. 207 ust. 9 w związku z art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. określiło Beneficjentowi zobowiązanie do zwrotu środków w kwocie 552 879,48 zł wraz z odsetkami.

21 grudnia 2018 r. do Ministra Inwestycji i Rozwoju (aktualnie: Minister Funduszy i Polityki Regionalnej) – Instytucji Zarządzającej Programem Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka (dalej: „Organ II instancji”, „Organ odwoławczy” lub „IZ POIG”), za pośrednictwem CPPC, wpłynęło wraz z aktami sprawy odwołanie Strony (przekazane przy piśmie CPPC z 20 grudnia 2018 r.), nadane 14 grudnia 2018 r. za pośrednictwem Poczty Polskiej. Organ odwoławczy ustalił, że odwołanie zostało złożone w terminie i trybie przewidzianym w przepisach k.p.a.

W odwołaniu Strona zaskarżyła decyzję w całości oraz zarzuciła Organowi I instancji:

1. naruszenie art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9 i ust. 11a w związku z art. 184 u.f.p. poprzez błędne uznanie, że Beneficjent naruszając zasady udzielania zamówień publicznych wykorzystał środki przeznaczone na realizację Projektu z naruszeniem odpowiednich procedur. Strona podkreśliła, iż w toku postępowania wykazała, że do naruszenia nie doszło;
2. naruszenie art. 107 § 1 pkt 6 k.p.a. (uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji) poprzez niewyjaśnienie w uzasadnieniu decyzji podstawy prawnej jej wydania. Wskazano, iż decyzja została wydana w oparciu o błędnie ustalony stan faktyczny sprawy, z naruszeniem przepisów stanowiących podstawę wydania decyzji, jak również nierozpatrzenie istoty sprawy. Strona podniosła, iż Organ I instancji nie odniósł się do zarzutów i twierdzeń Odwołującego zgłoszonych w toku postępowania administracyjnego, w tym zawartych m.in. w piśmie z 29 maja 2018 r.;

3. naruszenie art. 7a § 1 k.p.a. (zasada rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych dotyczących przepisów prawa) poprzez rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości na niekorzyść Powiatu;

Ponadto w odwołaniu podniesiono, iż:

4. CPPC w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji ograniczyło się do przytoczenia stwierdzonych naruszeń oraz zarzutów podniesionych przez Beneficjenta w piśmie z 14 lipca 2015 r. Beneficjent stwierdził, iż Organ I Instancji nie odniósł się do wszystkich podniesionych przez niego zarzutów oraz pominął treść pism z 29 stycznia 2018 r. i 6 marca 2018 r.;
5. Organ I Instancji zarzucając Stronie sporządzenie opisu (dot. wykazania doświadczenia na wykonanie usługi w postaci dostarczenia 260 komputerów) w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, nie wskazał jakie wymagania nie byłyby nadmierne i spełniłyby kryterium „minimalnych”. Beneficjent wskazał na niezasadne pominięcie przepisów art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.; dalej: „p.z.p.”)² i ograniczenie się tylko do art. 7 tej ustawy;
6. w ocenie Beneficjenta ustalenie korekty finansowej na poziomie 25% narusza zarówno interes publiczny, jak i interes Strony;
7. opinia kontrolującego została oparta na stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”), zawartym w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) z 20 maja 2010 r. bez uwzględnienia zawartego w niej orzeczenia i informacji o zmianie stanowiska Prezesa UZP dot. naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p.;
8. Organ I Instancji zarzucając Stronie sporządzenie opisu (dot. licencji praw najmu) w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, błędnie przyjął, iż system operacyjny i oprogramowanie miały być objęte licencjami praw najmu określonego producenta (Microsoft), umożliwiającymi użyczenie sprzętu osobom trzecim. Beneficjent wyjaśnił, iż brak zastrzeżeń w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) mógł uniemożliwić korzystanie z Projektu osobom, dla których był on przeznaczony. Ponadto w SIWZ zaznaczono, że dostarczenie licencji praw najmu obowiązuje jedynie w przypadku, gdy jest to niezbędne;

² Ustawa obowiązywała do 31 grudnia 2020 r.

9. zdaniem Odwołującego żądanie dostarczenia certyfikatu potwierdzającego prawidłową współpracę konkretnego modelu komputera z systemem operacyjnym konkretnej firmy nie stanowi dowodu na żądanie dostawy określonego systemu operacyjnego;
10. Beneficjent wyjaśnił, że zamieszczenie w SIWZ zapisu wskazującego, aby płyta główna serwera była zaprojektowana przez producenta serwera i oznaczona jego znakiem firmowym wynikało z potrzeb Zamawiającego. W ocenie Strony rozwiązanie to zapewniało kompatybilność sprzętu z oprogramowaniem oraz mogło mieć wpływ na realizację roszczeń z gwarancji i optymalizację kosztów. W celu poparcia swojej argumentacji Strona powołała się na orzeczenie KIO z 18 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 799/08;
11. Strona wskazała, że wbrew ustaleniom Organu I instancji wymagane oświadczenia miał złożyć Wykonawca (F.H.U. Diament Dorota Bukalska), nie zaś podmiot trzeci. W ocenie Beneficjenta, miał on prawo żądać dokumentów potwierdzających zakres dostępnych Wykonawcy zasobów producenta w zakresie usług serwisowych, sposobu ich wykorzystania, charakteru wiążącego go z producentem oraz udziału producenta w świadczeniu usług serwisowych;
12. zdaniem Beneficjenta jego działania, wbrew zarzutom CPPC, nie spowodowały szkody w budżecie UE oraz nie wywołały żadnych skutków finansowych. Strona wskazała na brak uzasadnienia decyzji Organu I instancji w tym zakresie.

Powołując się na powyższe zarzuty, Strona wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania administracyjnego, ewentualnie o uchylenie decyzji i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Organ I instancji.

Pismem z 3 marca 2022 r. Organ odwoławczy poinformował Stronę o zakończeniu postępowania dowodowego w sprawie. Zawiadomienie zostało doręczone Stronie 4 marca 2022 r. za pośrednictwem platformy ePUAP.

Po rozpatrzeniu sprawy, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, biorąc w szczególności pod uwagę treść odwołania, Organ II instancji stwierdził, co następuje.

21 marca 2013 r. pomiędzy Władzą Wdrażającą Programy Europejskie (dalej: „WWPE”), obecnie Centrum Projektów Polska Cyfrowa, a Beneficjentem została zawarta umowa o dofinansowanie nr POIG.08.03.00-32-134/12-00. Jej przedmiotem było udzielenie Beneficjentowi ze środków publicznych dofinansowania na realizację Projektu pn.: „E-

Inclusion Powiatu Goleniów", dalej: „Projekt” (§ 2 ust. 1 umowy o dofinansowanie) w ramach działania 8.3 „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – eInclusion”, 8. osi priorytetowej „Społeczeństwo Informacyjne – zwiększenie innowacyjności gospodarki” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007-2013 (POIG). Umowa o dofinansowanie została zmieniona aneksami z 21 sierpnia 2013 r. oraz 30 czerwca 2014 r.

Projekt miał polegać na dostawie sprzętu komputerowego, udostępnieniu i dostarczeniu Internetu oraz nauce (poprzez szkolenia) posługiwania się narzędziami systemowymi osobom zagrożonym wykluczeniem cyfrowym z powodu pozostawania w pieczy zastępczej, biedy lub niepełnosprawności. Działania te miały wyrównać szanse w dostępie do informacji, wiedzy, alternatywnych sposobów zdobywania kwalifikacji. Zgodnie z § 4 ust. 1 Umowy Beneficjent otrzymał dofinansowanie w kwocie 3 677 300,00 zł, tj. 100% całkowitych wydatków kwalifikujących się do od objęcia wsparciem w ramach Projektu³. Okres kwalifikowalności wydatków dla Projektu rozpoczął się 1 stycznia 2013 r. i zakończył się 30 września 2015 r. (§ 5 ust. 4 Umowy).

W ramach Projektu przeprowadzono postępowanie nr POIG.2720/6/2/2013 o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa sprzętu komputerowego i serwera wraz z oprogramowaniem, usługami serwisowymi, budowa i obsługa platformy cyfrowej, dostawa bezprzewodowego sygnału Internetowego oraz przeprowadzenie szkoleń stacjonarnych i e-learningowych w celu wykonania projektu pt. „E-Inclusion Powiatu Goleniowskiego”. Ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane 28 sierpnia 2013 r. na stronie internetowej Beneficjenta (<http://spow.goleniow.ibip/public/>), 29 sierpnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz 27 sierpnia 2013 r. zostało zamieszczone w siedzibie Beneficjenta.

Powiat Goleniowski jako jednostka samorządu terytorialnego, przy udzielaniu zamówień publicznych był zobowiązany stosować przepisy p.z.p., a tym samym występował jako „Zamawiający”.

Termin składania ofert został wyznaczony do 25 października 2013 r. W postępowaniu złożono dwie oferty:

1. F.H.U. Diament Dorota Bukalska, ul. Traugutta 2/4, 42-200 Częstochowa,
2. ESPOL Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 23, 70-463 Szczecin.

³ Brzmienie § 4 ust. 1 Umowy w zakresie wysokości dofinansowania zostało zmienione aneksem z 30 czerwca 2014 r. nr POIG.08.03.00-32-134/12-02.

Zgodnie z zawiadomieniem z 6 grudnia 2013 r. oraz protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z 3 stycznia 2014 r. jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez F.H.U. Diament Dorota Bukalska (dalej: „Wykonawca”). Jak wynika z akt sprawy ESPOL Sp. z o.o. została wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia, a jej oferta została odrzucona z uwagi na niedołączenie do oferty dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 stycznia 2014 r.

W związku z powyższym 18 grudnia 2013 r. Beneficjent zawarł z F.H.U. Diament Dorota Bukalska umowę nr POIG.2720/6/16/2013 na realizację wskazanego zamówienia.

Ponadto, 9 stycznia 2014 r. Beneficjent zawarł z Wykonawcą umowę nr POIG.2720/6/2/2014 dotyczącą powierzenia przetwarzania danych osobowych.

2 lipca 2015 r. WWPE przeprowadziła kontrolę ex-post procedury zawarcia umowy na dostawę sprzętu komputerowego i serwera wraz z oprogramowaniem, usługami serwisowymi, budowę i obsługę platformy cyfrowej, dostawę bezprzewodowego sygnału internetowego oraz przeprowadzenie szkoleń stacjonarnych i e-learningowych w celu wykonania Projektu. W wyniku kontroli stwierdzono naruszenie przez Beneficjenta:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 p.z.p. poprzez wskazanie w SIWZ, w części dot. opisu sposobu oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymogu realizacji co najmniej 2 dostaw sprzętu komputerowego w liczbie nie mniejszej niż 260 komputerów oraz realizacji co najmniej dwóch usług polegających na budowie, wdrożeniu i administrowaniu edukacyjnej platformy dla co najmniej 260 użytkowników. Stwierdzono, iż Beneficjent nie kierował się minimalnymi wymaganiami w realizacji zamówienia, a tym samym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku ze stwierdzonym naruszeniem nałożono korektę finansową w wysokości 25% wartości kosztów kwalifikowanych zamówienia, na podstawie poz. 19 tabeli nr 1 załącznika nr 1 „*Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenie przy udzieleniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE*” do dokumentu pn. „*Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE*” (dalej: „Taryfikator”), w wersji obowiązującej po 31 maja 2014 r.;

2. art. 29 ust. 2 p.z.p. poprzez zawarcie w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia wymogu, aby system operacyjny i oprogramowanie użytkowe, gdy to jest niezbędne, były objęte licencjami praw najmu, umożliwiającymi użyczenie sprzętu osobom trzecim. Zgodnie z ustaleniami kontrolujących wymóg ten spełniały jedynie produkty firmy Microsoft. Ponadto, w SIWZ zawarto wymóg, aby modele komputerów posiadały certyfikat Microsoft, potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym. Na tej podstawie kontrolujący uznali, iż Beneficjent sporządzając opis pośrednio wskazał na produkty określonej firmy. Ponadto stwierdzono, iż zawarcie w opisie zamówienia wymogu, by płyta główna była zaprojektowana przez producenta i oznaczona znakiem firmowym tego producenta naruszało zasadę uczciwej konkurencji. W związku ze stwierdzonym naruszeniem nałożono korektę finansową w wysokości 25% wartości kosztów kwalifikowanych zamówienia, na podstawie poz. 21 tabeli nr 1 Taryfikatora;
3. art. 25 ust. 1 p.z.p. poprzez zawarcie w SIWZ wymogu złożenia stosownych oświadczeń producenta zawierających m.in. dane dotyczące terminu produkcji, warunki gwarancji oraz wskazujących na przejęcie zobowiązań gwarancyjnych i związanych z serwisem (w przypadku niewywiązania się przez podmioty zobowiązane). W związku ze stwierdzonym naruszeniem nałożono korektę finansową w wysokości 5% wartości kosztów kwalifikowanych zamówienia, na podstawie poz. 20 tabeli nr 1 Taryfikatora.

Ponadto, stwierdzono uchybienia formalne nieskutkujące naliczeniem korekty finansowej.
Ustalono, iż:

- pomimo korzystania przez Wykonawcę z wiedzy, doświadczenia i potencjału innego podmiotu, w złożonej przy ofercie informacji o przekazaniu zasobów, nie określono sposobu ich realizacji w postępowaniu (naruszenie art. 26 ust. 2b p.z.p.);
- Zamawiający był zobowiązany wezwać Wykonawcę do złożenia prawidłowych dokumentów, nie był zaś uprawniony do samodzielnego naniesienia na nich zmian (naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.).

Pismem z 2 lipca 2015 r. CPPC poinformowało Beneficjenta o wynikach z przeprowadzonej kontroli ex-post. W odpowiedzi na nie w piśmie z 14 lipca 2015 r. Powiat złożył zastrzeżenia, podnosząc, iż:

- wymogi postawione Wykonawcy w zakresie wiedzy i doświadczenia w dostawie 260 komputerów były adekwatne do wielkości zamówienia, ponieważ gwarantowały udział w postępowaniu podmiotów, które realizowały duże dostawy sprzętu komputerowego. Beneficjent podniósł, iż wskazanie konkretnej liczby miało na celu wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. W ocenie Beneficjenta, kontrolujący nie wykazali, by wskazana wartość referencyjna nie była proporcjonalna do przedmiotu zamówienia oraz nie wskazali wymagań, które spełniałyby kryterium „minimalnych”. Ponadto wskazano, iż opinia kontrolujących została oparta na stanowisku Prezesa UZP zawartym w Uchwale KIO z 20 maja 2010 r. bez uwzględnienia zawartego w niej orzeczenia i informacji o zmianie stanowiska Prezesa UZP dot. naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p.
- kontrolujący błędnie przyjęli tożsamość Licencji Praw Najmu (nazwę stosowaną przez jednego z producentów) z zapisem zawartym w SIWZ, by system operacyjny i oprogramowanie, gdy jest to niezbędne, były objęte licencjami praw najmu umożliwiającymi użyczenie sprzętu osobom trzecim. Beneficjent wyjaśnił, iż zamieszczenie takiego zapisu miało na celu uniknięcie sytuacji, gdy licencje dot. korzystania z oprogramowania wykluczałyby możliwość udostępnienia oprogramowania osobom trzecim, tj. adresatom Projektu. W ocenie Beneficjenta zapis „gdy jest to niezbędne” powodował, iż wymóg dot. licencji nie znajdował zastosowania w postępowaniu. Strona stwierdziła, iż zgodnie z rekomendacjami Prezesa UZP Zamawiający miał prawo żądać certyfikatów zgodności wydanych przez producentów oprogramowania. W ocenie Beneficjenta takie działanie gwarantowało współpracę konkretnych komputerów z programem operacyjnym i miało jedynie na celu upewnienie się co do kompatybilności sprzętu z oprogramowaniem. Jednocześnie podkreślono, że zapis ten nie miał wpływu na wybór oferty. Odnosząc się do wymogu, by płyta główna serwera była zaprojektowana przez producenta serwera i oznaczona jego znakiem firmowym, Beneficjent wyjaśnił, iż było to podyktowane kompatybilnością. Ponadto wskazano, iż był to ważny parametr dla użytkowania i eksploatacji serwera, który jednocześnie ma wpływ na ewentualne roszczenia z gwarancji. W celu poparcia swojej argumentacji Strona powołała się na wyrok KIO z 18 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 799/08.
- wbrew ustaleniom kontrolujących stosowne oświadczenia miał złożyć Wykonawca, nie zaś podmiot trzeci. W ocenie Strony kwestia ta jest porównywalna z wymogiem

przedstawienia referencji, które również są wystawiane przez podmioty trzecie. W celu poparcia swoich twierdzeń Strona powołała się na rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231). Dodatkowo, powołując się na wyrok KIO z 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1010/09, oraz wytyczne Sądu Najwyższego Beneficjent wskazał, iż miał prawo żądać dokumentów potwierdzających zakres dostępnych wykonawcy zasobów producenta w zakresie usług serwisowych, sposobu ich wykorzystania, charakteru wiążącego go z producentem oraz udziału producenta w świadczeniu usług serwisowych.

Powyższe stanowisko Beneficjent podtrzymał w kolejnych pismach skierowanych do CPPC:

- w piśmie z 7 sierpnia 2017 r. Beneficjent podtrzymał zastrzeżenia wniesione w piśmie z 14 lipca 2015 r., wskazując na brak podstaw faktycznych i prawnych do wezwania do zwrotu środków. Strona wniosła zastrzeżenia co do wysokości korekt finansowych, stwierdzając, iż powinny one odpowiadać wartości nieprawidłowości. Podkreślono, iż zarzuty Organu I instancji mają charakter wyłącznie formalny. Pozostałe zarzuty zawarte w piśmie Beneficjenta są tożsame z zarzutami podniesionymi w piśmie z 14 lipca 2015 r.;
- w piśmie z 29 stycznia 2018 r. Beneficjent podtrzymał zastrzeżenia wniesione w pismach z: 14 lipca 2015 r. i 7 sierpnia 2017 r., wskazując na brak podstaw do wzywania do zwrotu środków. Beneficjent nie podniósł żadnych nowych zarzutów;
- w piśmie z 6 marca 2018 r. Beneficjent podtrzymał zastrzeżenia wniesione w pismach z: 14 lipca 2015 r., 7 sierpnia 2017 r. i 29 stycznia 2018 r. Treść pisma z 6 marca 2018 r. jest tożsama z dwoma powyższymi pismami (z 7 sierpnia 2017 r. i 29 stycznia 2018 r.). Beneficjent nie podniósł w nim żadnych nowych zarzutów;
- w piśmie z 29 maja 2018 r. Strona podtrzymała swoje stanowisko zawarte w powyższych pismach i wniosła o umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na brak podstaw do wydania decyzji w przedmiocie zwrotu środków. Beneficjent nie podniósł żadnych nowych zarzutów.

Jak wynika z akt sprawy, CPPC ustosunkowało się do zarzutów Strony w pismach z 23 lipca 2015 r. oraz 13 sierpnia 2015 r.

Z uwagi na stwierdzone naruszenia, CPPC pismami z: 26 lipca 2017 r. (doręczone Stronie 31 lipca 2017 r.), 12 stycznia 2018 r. (doręczone Stronie 24 stycznia 2018 r.) oraz 20 lutego 2018 r. (doręczone Stronie 27 lutego 2018 r.), działając na podstawie art. 207 ust. 8 u.f.p., wezwało Beneficjenta do zwrotu otrzymanego dofinansowania w kwocie 552 879,48 zł wraz z odsetkami. W wezwaniach Organ I instancji powtórzył i podtrzymał ustalenia dokonane w ramach kontroli ex-post.

W związku z brakiem zwrotu środków, pismem z 23 kwietnia 2018 r. (doręczonym w tym samym dniu za pośrednictwem platformy ePUAP) CPPC zawiadomiło Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie zwrotu środków wskazanych w powyższych wezwaniach.

W wyniku przeprowadzonego postępowania administracyjnego Organ I instancji stwierdził wystąpienie przesłanki z art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p., wskutek czego 30 listopada 2018 r. została wydana decyzja administracyjna określająca Stronie zobowiązanie do zwrotu środków.

W związku z powyższymi ustaleniami Organ II instancji wyjaśnia:

Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p., w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 - podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Art. 207 ust. 8 pkt 1-2 u.f.p. stanowi, iż w przypadku stwierdzenia okoliczności, o których mowa w ust. 1, odpowiednia instytucja wzywa do: 1) zwrotu środków lub 2) do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, o których mowa w ust. 2, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Zgodnie z art. 207 ust. 9 pkt 1 u.f.p., po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej lub instytucji pośredniczącej wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków, z uwzględnieniem ust. 2, oraz zawierającą pouczenie o sankcji wynikającej z ust. 4 pkt 3, z zastrzeżeniem ust. 7.

Powyższe uregulowania znalazły swoje odzwierciedlenie w zawartej z Beneficjentem umowie o dofinansowanie (§ 13 ust. 2 Umowy).

Organ odwoławczy wyjaśniła, iż pod pojęciem „procedur”, o których mowa w art. 184 u.f.p. należy rozumieć między innymi postanowienia umowy o dofinansowanie. Zgodnie z art. 184 ust. 1 u.f.p. wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p. (tj. m.in. środkami pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej), są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Procedurami, o których mowa w art. 184 u.f.p., są bezspornie m.in. procedury określone w umowie o dofinansowanie (por. wyrok NSA z 13 października 2015 r., sygn. akt II GSK 2109/14; wyrok WSA w Łodzi z 8 lipca 2015 r., sygn. akt III SA/Łd 468/15), których poprzez jej podpisanie Beneficjent zobowiązał się przestrzegać. Podobny pogląd wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 9 stycznia 2014 r., sygn. akt II GSK 1546/12: *„Przez „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków europejskich”, o których mowa w art. 184 w związku z art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. z 2009 r., rozumieć należy również (...) postanowienia umowy o dofinansowanie, naruszenie których aktualizuje obowiązek zwrotu przyznanych środków”*.

Należy wskazać również na stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 1 grudnia 2016 r., sygn. akt I SA/Sz 319/16, potwierdzające stanowisko Organu odwoławczego, iż: *„Przyjmuje się powszechnie, że umowa o dofinansowanie określająca warunki dofinansowania projektu, jest elementem projektu, w związku z czym niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskania przez IZ (...) kwot podlegających zwrotowi (...)”*.

Zgodnie z § 11 ust. 1 Umowy, Beneficjent był zobowiązany stosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych w ramach Projektu. W związku z tym należy stwierdzić, że naruszając przepisy p.z.p., Beneficjent naruszył postanowienia umowy o dofinansowanie, a tym samym również procedury, o których mowa w art. 184 u.f.p.

Art. 206 ust. 1 u.f.p. stanowi: *„Szczegółowe warunki dofinansowania projektu określa umowa o dofinansowanie projektu, o której mowa w art. 5 pkt 9 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (...)”*. Ponadto, zgodnie z art. 26 u.z.p.p.r., do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi zawieranie z beneficjentami umów o dofinansowanie projektu lub podejmowanie decyzji, o których mowa w art. 5 pkt 9 w związku z art. 28 ust. 2 u.z.p.p.r. i dokonywanie płatności ze środków programu

operacyjnego na rzecz beneficjentów (art. 26 pkt 11 u.z.p.p.r.), ale również kontrola i wydawanie decyzji, o ile w ramach projektu doszło do naruszenia przepisów (por. wyrok NSA z 13 czerwca 2012 r., sygn. II GSK 180/12).

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, dalej: „Rozporządzenie 1083/2006”, w art. 70 ust. 1 lit. b nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości oraz odzyskiwania kwot nienależnie wypłaconych wraz z odsetkami z tytułu zaległych płatności w stosownych przypadkach. Państwa członkowskie zgłaszają te nieprawidłowości Komisji Europejskiej i informują Komisję na bieżąco o przebiegu postępowań administracyjnych i prawnych. Zgodnie z art. 98 ust. 2 Rozporządzenia 1083/2006, państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez Państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. W świetle tego przepisu warunkiem nałożenia korekty jest stwierdzenie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia 1083/2006. Zgodnie z tym przepisem, nieprawidłowością jest jakiegokolwiek 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. Wobec tego w celu wywiedzenia, że dane zachowanie beneficjenta stanowi nieprawidłowość musi ono jednocześnie:

- 1) wynikać z jego działania lub zaniechania,
- 2) stanowić naruszenie prawa,
- 3) powodować rzeczywistą lub potencjalną szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej,
- 4) w konsekwencji powyższego doszło lub mogłoby dojść do sfinansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.

W ocenie IZ POIG wszystkie przesłanki określone w tym przepisie zostały w niniejszej sprawie spełnione, zatem stwierdzone uchybienia są nieprawidłowością w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia 1083/2006. W przedmiotowej sprawie doszło bowiem do

naruszenia procedur określonych w art. 184 u.f.p., ponieważ Beneficjent dopuścił się naruszeń przy udzielaniu zamówienia publicznego.

Zgodnie z § 11 ust. 1 Umowy, Beneficjent był zobowiązany stosować przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych w ramach Projektu w przypadku, gdy wymóg jej stosowania wynikał z tej ustawy, w szczególności z art. 3 tej ustawy. W art. 3 ust. 1 pkt 1 p.z.p. wskazano, że ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie z art. 9 pkt 2 u.f.p., sektor finansów publicznych tworzą jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki.

Zważywszy na powyższe uzasadnione jest stwierdzenie, iż Powiat Goleniowski był zobowiązany do zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów p.z.p. W związku z tym w przedmiotowej sprawie kluczowe znaczenie ma ocena prawidłowości procedury zamówień publicznych przeprowadzonej przez Beneficjenta w związku z realizacją Projektu oraz ocena podjętych przez Stronę czynności pod kątem ich zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Z akt sprawy wynika, iż przeprowadzona przez WWPE kontrola ex-post wykazała nieprawidłowości w postępowaniu nr POIG.2720/6/2/2013 o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie dostawy sprzętu komputerowego, polegające na naruszeniu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 p.z.p., art. 29 ust. 2 p.z.p. oraz art. 25 ust. 1 p.z.p. Z uwagi na stwierdzone nieprawidłowości w sprawie została nałożona korekta finansowa na poziomie 25% wartości kosztów kwalifikowanych.

Po rozpatrzeniu sprawy, Organ odwoławczy podzielił ustalenia CPPC w zakresie naruszenia przez Beneficjenta art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 p.z.p. poprzez wskazanie jako warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymogu realizacji co najmniej 2 dostaw sprzętu komputerowego w liczbie nie mniejszej niż 260 komputerów oraz realizacji co najmniej dwóch usług polegających na budowie, wdrożeniu i administrowaniu edukacyjnej platformy dla co najmniej 260 użytkowników.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p., w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania przetargowego, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania

wiedzy i doświadczenia. Przy czym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 p.z.p.).

Jak wynika z ustaleń pokontrolnych, w SIWZ został zawarty wymóg posiadania doświadczenia w postaci realizacji co najmniej 2 dostaw sprzętu komputerowego w liczbie nie mniejszej niż 260 komputerów oraz realizacji co najmniej dwóch usług polegających na budowie, wdrożeniu i administrowaniu edukacyjnej platformy dla co najmniej 260 użytkowników. Mając na uwadze okoliczności sprawy należy wyjaśnić, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, jak i jego uprawnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia odzwierciedla swoje rzeczywiste potrzeby, które chce zaspokoić poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe jednakże nie może odbywać się w sposób dowolny.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, wprost określił wymóg doświadczenia na poziomie zapotrzebowania, tj. 260 komputerów, bez uwzględnienia, iż zamówienie mogłoby zostać zrealizowane również przez wykonawców dysponujących mniejszym doświadczeniem. W ocenie Organu odwoławczego Zamawiający powinien był określić warunki udziału w postępowaniu, w tym wymóg wiedzy i doświadczenia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności wyrażając je na minimalnym poziomie zdolności do wykonania. Nie można zgodzić się z zaprezentowanym przez Stronę stanowiskiem, iż potencjalny wykonawca powinien legitymować się dostawą sprzętu komputerowego na takim poziomie jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. W ocenie Organu II instancji przyjęte przez Beneficjenta kryteria doświadczenia potencjalnych oferentów nie były obiektywnie racjonalne i wykraczały poza poziom niezbędny do osiągnięcia celu, tj. wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. To oznacza, że opis powinien zostać tak sformułowany, aby wyłonić wykonawcę gwarantującego należyte wykonanie zadania, przy uwzględnieniu specyfiki, zakresu i stopnia złożoności zamówienia. Należy podkreślić, iż opis powinien umożliwić złożenie ofert wszystkim potencjalnym wykonawcom, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż określenie wymogu doświadczenia w dostawie komputerów i usług na poziomie przedmiotowego zamówienia narusza art. 22

ust. 4 p.z.p. przez brak adekwatności i konieczności do osiągnięcia celu zamówienia. W ocenie Organu odwoławczego, brak jest podstaw do stwierdzenia, że wymóg posiadania doświadczenia może zostać potwierdzony wyłącznie poprzez udokumentowanie realizacji zamówienia na tym samym poziomie. W orzecznictwie wskazuje się na proporcjonalność określenia danego wymogu (w tym przypadku wymogu doświadczenia) do przedmiotu zamówienia. Tym samym kluczowe są wiedza i umiejętność wykonania zamówienia oraz organizacyjna zdolność dostawy. Takie stanowisko znajduje odzwierciedlenie w uchwale KIO z 5 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO/KD 20/18. Mając powyższe na uwadze, Organ II instancji stwierdza, iż posiadanie doświadczenia na tym samym lub wyższym poziomie nie jest gwarantem realizacji zamówienia. Ponadto, z dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnień składanych przez Beneficjenta nie wynika, by zamówienie było na tyle skomplikowane, by wymagało określenia wymogu doświadczenia na poziomie tożsamym z przedmiotem zamówienia.

Poprzez określenie takiego wymogu uniemożliwiono bowiem złożenie oferty tym podmiotom, które co prawda mogły w przeszłości dostarczyć komputery i usługi, ale na poziomie niższym niż wskazany w zamówieniu. Pomimo że podmioty te mogły dysponować możliwością realizacji przedmiotowego zamówienia, to jedynie z uwagi na brak doświadczenia na szczegółowo określonym poziomie, nie mogły uczestniczyć w przetargu. Należy wskazać, iż doświadczenie, które wykonawca powinien posiadać w celu uzyskania zamówienia, nie musi pokrywać się z przedmiotem postępowania, powinno jedynie potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji umowy, w tym jej istotnych elementów. Tym samym należy uznać, że została również naruszona zasada uczciwej konkurencji.

Nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie jest również fakt, iż wykonawcy, którzy złożyli oferty, tj. zarówno F.H.U. Diament Dorota Bukalska, jak i ESPOL Sp. z o.o. nie byli w stanie samodzielnie spełnić postawionego przez Beneficjenta warunku doświadczenia i dołączyli stosowne oświadczenia dot. korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, niezbędnych do realizacji zamówienia. Jak wynika z akt sprawy firma F.H.U. Diament Dorota Bukalska dołączyła: oświadczenie z 24 października 2013 r. wystawione przez NTT System S.A. oraz oświadczenie z 24 października 2013 r. wystawione przez PIDIKOM Sp. z o.o. Sp.k. Natomiast ESPOL Sp. z o.o. dołączyła oświadczenia: z 24 października 2013 r. wystawione przez itprojekt Sp. z o.o., z 22 października 2013 r. wystawione przez Softcamp Systemy Informatyczne Maksymilian Sikorski oraz z 25 października 2013 r. wystawione przez AB S.A. W ocenie Organu odwoławczego,

powyższe świadczy o nieproporcjonalności wskazanego w SIWZ wymogu doświadczenia do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że nie jest słuszny zarzut Strony dotyczący naruszenia przez Organ I Instancji art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 p.z.p. Uzasadnione jest bowiem stwierdzenie, iż działanie Beneficjenta doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania oferentów oraz zachwiania konkurencyjności na rynku. W związku z tym Organ odwoławczy podziela ustalenia i stanowisko CPPC (zawarte na str. 1-3 pisma z 23 lipca 2015 r. i str. 6 zaskarżonej decyzji) w zakresie stwierdzonej nieprawidłowości oraz zasadności nałożenia korekty finansowej w wysokości 25% wartości kosztów kwalifikowanych zamówienia, na podstawie poz. 19 tabeli nr 1 Taryfikatora.

Słuszne są również ustalenia Organu I Instancji w zakresie naruszenia przez Beneficjenta przepisów art. 29 ust. 2 p.z.p. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1). Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2).

Jak wynika z SIWZ, Beneficjent w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zawarł wymóg, aby system operacyjny i oprogramowanie użytkowe, gdy jest to niezbędne, były objęte licencjami praw najmu, umożliwiającymi użyczenie sprzętu osobom trzecim. Zgodnie z ustaleniami kontrolujących wymóg ten spełniały jedynie produkty firmy Microsoft. Ponadto, w SIWZ zawarto wymóg, aby modele komputerów posiadały certyfikat Microsoft, potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli komputerów z systemem operacyjnym.

Organ odwoławczy podziela ustalenia CPPC prowadzące do wniosku, iż Beneficjent sporządzając opis zamówienia pośrednio wskazał na produkty firmy Microsoft. Należy wyjaśnić, iż wyznacznikiem zakupu sprzętu zgodnego z oczekiwaniami Beneficjenta powinno być prawidłowe przeprowadzenie procedury przetargowej, w tym dokonanie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż dokładne opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, parametrów i właściwości (bez wskazywania określeń mogących sugerować konkretnego producenta) spowodowałoby, iż Beneficjent otrzymałby przedmiot zgodny z wymaganymi przez niego parametrami oraz kompatybilny z innym sprzętem. Stanowisko Organu II Instancji znajduje poparcie w orzecznictwie, które wskazuje, iż zakaz stosowania nazw własnych w opisie

przedmiotu zamówienia nie stoi na przeszkodzie, by Beneficjent mógł uzyskać sprzęt dostosowany do swoich oczekiwań. Zgodnie z wyrokiem KIO z 29 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 821/11: „zamawiający dążąc do rozbudowy posiadanego już systemu opisanego w specyfikacji jest uprawniony do wymagania rozwiązań, które z systemem tym będą w pełni zintegrowane, tak by nastąpiło zaspokojenie potrzeb użytkowników systemu, a zamawiający nie był zmuszony do ponoszenia kolejnych kosztów wynikłych z przyjęcia oferty zawierającej niekompatybilne rozwiązanie. Uzyskanie rozwiązania, które spełni zakładany cel, jest również racjonalne ekonomicznie”. Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy, Beneficjent chcąc osiągnąć założenia, którymi kierował się opisując przedmiot zamówienia, powinien był uwzględnić w SIWZ specyfikę wykorzystania sprzętu, w tym zawrzeć informacje dotyczące wykorzystania go przez docelowych adresatów Projektu (m.in. rodziny zastępcze, świetlice).

Organ odwoławczy podziela również stanowisko CPPC w zakresie naruszenia przez Beneficjenta zasady uczciwej konkurencji poprzez wskazanie w opisie zamówienia wymogu, by płyta główna była zaprojektowana przez producenta i oznaczona znakiem firmowym tego producenta. W ocenie Organu II instancji tak sformułowany zapis nie jest adekwatny do potrzeb Zamawiającego, który nie wykazał, by wskazany wymóg miał znaczenie dla osiągnięcia celu Projektu.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyroku KIO z 10 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1112/15, zgodnie z którym: „Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie powyższego przepisu może polegać na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku”. Ponadto, stanowisko Organów znajduje odzwierciedlenie w uchwale KIO z 27 września 2012 r., sygn. akt KIO/KD 80/12, zgodnie z którą: „Przed wszystkim za niedopuszczalny należy uznać wymóg, aby różne elementy zestawu komputerowego (w przedmiotowym postępowaniu taki wymóg określono wobec obudowy, klawiatury, myszy komputerowej i płyty głównej) pochodziły od tego samego producenta i były sygnowane logiem tego producenta. Powyższy zapis oznacza, że Zamawiający zażądał, aby dostarczany komputer był produktem tzw. markowym (i istotne elementy

takiego komputera miały pochodzić od jednego producenta), co jednoznacznie wyeliminowało z postępowania mniejszych wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu świadczenia, ale składających (integrujących) komputery z elementów różnych producentów. W konsekwencji zamawiający nie tylko uniemożliwił złożenie oferty przez mniejsze podmioty składające komputery samodzielnie, ale także uniemożliwił zastosowanie w komputerze niektórych elementów (w szczególności dotyczy to płyt głównych) światowych producentów o wysokiej jakości, którzy jednakże nie oferują gotowych zestawów komputerowych składających się z różnych elementów opatrzonym własnym logo". Nie bez znaczenia pozostają również Rekomendacje Prezesa UZP dot. udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych (wersja z 10 stycznia 2012 r. – str. 13, Tabela nr 3). Wśród zapisów niedopuszczalnych w opisie przedmiotu zamówienia na dostawę zestawów komputerowych wskazano m.in. „wymaganie, aby wszystkie lub część komponentów zestawu (np. płyta główna, monitor, klawiatura, mysz, urządzenia peryferyjne) pochodziły od tego samego producenta i były sygnowane logiem producenta komputera". Dodatkowo, na str. 20 Rekomendacji wskazano, iż: „Wymagania dotyczące płyty głównej powinny się koncentrować na udostępnianej przez płytę funkcjonalności, np. na zintegrowanych z nią podzespołach (...)”. Wskazane wyżej ustalenia uzasadniają stwierdzenie, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Mając na uwadze stan faktyczny niniejszej sprawy, Organ odwoławczy przychylił się do stanowiska Prezesa UZP, który w ramach administracji rządowej jest organem merytorycznie właściwym w sprawach zamówień publicznych, co wynika z art. 152 ust. 1 p.z.p. Ponadto jednym z jego zadań (art. 154 pkt 13 p.z.p.) jest „dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego”, w czym niewątpliwie mieści się dokonywanie wykładni prawa. W związku z powyższym Organ odwoławczy podzielił ustalenia i stanowisko CPPC w zakresie wskazanych nieprawidłowości oraz zasadności nałożenia korekty finansowej w wysokości 25% wartości kosztów kwalifikowanych zamówienia, na podstawie poz. 21 tabeli nr 1 Taryfikatora.

Prawidłowe są również ustalenia Organu I instancji w zakresie naruszenia przez Beneficjenta art. 25 ust. 1 p.z.p. poprzez zawarcie w SIWZ wymogu złożenia stosownych oświadczeń producenta zawierających m.in. dane dotyczące terminu produkcji, warunki gwarancji oraz wskazujących na przejęcie zobowiązań gwarancyjnych i związanych z serwisem.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p. w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w stosunku do podmiotów trzecich, które udostępniają wykonawcy swoje zasoby i będą brały udział w realizacji części zamówienia, został uregulowany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ponadto, w tym miejscu należy przywołać ust. 10.2 lit. c) SIWZ, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy p.z.p., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., a osoby te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 10.3 pkt 1-4 SIWZ. Podkreślenia wymaga, iż wskazane dokumenty powinny potwierdzać spełnienie wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji projektowej Zamawiający zawarł w SIWZ wymóg, aby oferowany zasilacz posiadał dedykowany pakiet serwisowy zawierający warunki gwarancji określone w pkt 1-7 (s. 63 SIWZ). Powyższe miało zostać potwierdzone poprzez przedstawienie oświadczenia producenta sprzętu. Ponadto, Zamawiający zawarł wymóg złożenia oświadczenia producenta, by dostarczony sprzęt był fabrycznie nowy, nieużywany, wyprodukowany nie później niż 6 miesięcy przed datą dostawy i został zakupiony w autoryzowanym kanale dystrybucji producenta. Dodatkowo, w SIWZ zawarto wymóg złożenia oświadczenia producenta komputera i serwera dot. przejęcia na siebie wszelkich zobowiązań związanych z serwisem w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej.

Wbrew twierdzeniom Strony zawartym w odwołaniu, z SIWZ jednoznacznie wynika, iż Beneficjent w ramach procedury przetargowej wymagał dokumentów pochodzących od osób trzecich, w tym przypadku od producenta sprzętu komputerowego (dot. zasilacza, serwera i komputera). W ocenie Organu odwoławczego, pomimo intencji i założeń należytej realizacji Projektu, Zamawiający wymagając przedłożenia oświadczeń producenta do przedmiotowego przetargu zastosował zapisy niezgodne z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Należy wskazać, iż w przypadku niewywiązywania się przez wybranego wykonawcę z przyjętych na siebie obowiązków, wymagane oświadczenia nie są dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu ani potwierdzającymi spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W związku z powyższym należy zauważyć, iż wskazane oświadczenia nie były dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, zaś wymóg ich złożenia wykraczał poza zakres dokumentów, których Zamawiający mógł wymagać od potencjalnych wykonawców. Tym samym żądanie oświadczeń producenta wskazanych w SIWZ należy uznać za nieuprawnione. Stanowisko Organu odwoławczego w tym zakresie znajduje odzwierciedlenie w wyroku KIO z 19 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1268/09.

Z uwagi na powyższe Organ II Instancji podziela ustalenia CPPC w zakresie opisanej powyżej nieprawidłowości oraz zasadności nałożenia korekty finansowej w wysokości 5% wartości kosztów kwalifikowanych zamówienia, na podstawie poz. 20 tabeli nr 1 Taryfikatora.

Zgodnie z wytycznymi zawartymi w Taryfikatorze, w przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych, należy zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej. Mając to na uwadze oraz wszystkie nałożone korekty finansowe, Organ odwoławczy podziela stanowisko CPPC w zakresie nałożenia korekty finansowej w wysokości 25% wartości kosztów kwalifikowanych.

W związku z powyższymi ustaleniami Organ odwoławczy stwierdza, iż Beneficjent wykorzystał środki z naruszeniem procedur, a w szczególności z naruszeniem następujących obowiązków uregulowanych ustawą Prawo zamówień publicznych oraz w art. 11 umowy o dofinansowanie:

- Beneficjent sporządził opis oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób, który naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 p.z.p.);
- Beneficjent sporządził opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, który wskazywał na produkty konkretnej firmy (naruszenie art. 29 ust. 2 p.z.p.);

- Beneficjent poprzez zawarcie w opisie zamówienia wymogu, by płyta główna była zaprojektowana przez producenta i oznaczona znakiem firmowym tego producenta naruszył zasadę uczciwej konkurencji (naruszenie art. 29 ust. 2 p.z.p.);

Beneficjent zawarł w SIWZ wymóg złożenia oświadczeń producenta sprzętu komputerowego, które nie były dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania (naruszenie art. 25 ust. 1 p.z.p.). Zdaniem Organu odwoławczego opisane powyżej naruszenia umowy o dofinansowanie stanowią nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia 1083/2006. W konsekwencji stwierdzonych nieprawidłowości Organ II instancji uznaje, że wykorzystanie środków przyznanych na realizację Projektu nastąpiło z naruszeniem procedur określonych w art. 184 u.f.p., co stanowi przesłankę zwrotu środków wymienioną w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. w związku z art. 98 ust. 2 Rozporządzenia 1083/2006, bowiem naruszenia te wywołały negatywne skutki finansowe dla budżetu Unii Europejskiej, zgodnie z definicją nieprawidłowości przyjętą w art. 2 pkt 7 wskazanego rozporządzenia.

Charakter nieprawidłowości został w tym przypadku określony jako finansowanie z budżetu Unii Europejskiej wydatków poniesionych niezgodnie z przepisami wspólnotowymi i krajowymi, tj. z postanowieniami umowy o dofinansowanie i ustawy p.z.p., co spowodowało powstanie szkody. Organ odwoławczy, orzekając o obowiązku zwrotu przez Beneficjenta części wypłaconego dofinansowania (552 879, 48 zł) wraz z odsetkami, wziął pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe, które zostały poniesione przez fundusze UE.

Należy wyjaśnić, że poniesione przez Beneficjenta wydatki, które zostały wykazane do rozliczenia w złożonych przez niego wnioskach o płatność, zostały ujęte w deklaracji wydatków i poświadczono do Komisji Europejskiej jako wydatki kwalifikowalne. Skoro zatem Komisja Europejska dokonała na rzecz Polski refundacji wydatków z tego tytułu, należy skorygować tę deklarację o wypłacone Beneficjentowi dofinansowanie i odzyskać te środki od Beneficjenta.

Odnosząc się do podnoszonych w odwołaniu zarzutów, IZ POIG wyjaśnia:

Ad 1, Ad 5, Ad 8-11

Odnosząc się do zarzutu Strony dotyczącego błędnych ustaleń CPPC w zakresie naruszenia przepisów p.z.p. należy wskazać, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Z ustaleń poczynionych przez Organ odwoławczy bezsprzecznie wynika, że Beneficjent wykorzystał środki z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184

u.f.p. (naruszył postanowienia umowy o dofinansowanie oraz przepisy p.z.p.), co uzasadnia dochodzenie, w trybie art. 207 u.f.p., zwrotu części dofinansowania wraz z odsetkami. Organ II instancji ustalił, iż Strona, przeprowadzając przetarg, nie dopełniła wszelkich obowiązków związanych z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia oraz wymogiem przedstawienia niezbędnych dokumentów przez podmioty inne niż Wykonawca. Szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie znajduje się na str. 13-19 niniejszej decyzji.

Należy podkreślić, iż to na Stronie ciążył obowiązek sformułowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by zachować równowagę pomiędzy własnym interesem, tj. uzyskaniem należycie wykonanego zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy mogliby nie wziąć udziału w postępowaniu z uwagi na nadmierne ograniczenia. Zrozumiałym jest fakt, iż celem Beneficjenta był wybór wykonawcy zdolnego do zapewnienia dostawy sprzętu komputerowego w liczbie 260 sztuk, kompatybilnego z innymi urządzeniami i możliwego do udostępnienia osobom trzecim (wymóg licencji) oraz gwarantującego, w ocenie Strony, sprawną realizację Projektu. Jednakże należy podkreślić, iż cel ten nie może sprowadzać się do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców w sposób nadmierny bądź automatyczny. Nie można wykluczyć, iż w przypadku zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia mniejszego wymogu w zakresie doświadczenia znalazłby się wykonawca, który dałby rękojmię wykonania zlecenia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, i jego oferta byłaby korzystniejsza. Należy zauważyć, że w realiach przedmiotowej sprawy, Beneficjent poprzez swoje działanie ograniczył możliwość składania ofert, a tym samym nie zapewnił warunków uczciwej konkurencji potencjalnym wykonawcom. Nie bez znaczenia są również podniesione w odwołaniu okoliczności, które w ocenie Beneficjenta miały wpływ na opis przedmiotu zamówienia, uwzględniający m.in. jego docelowego adresata (m.in. osoby trzecie z pieczy zastępczej). Odnosząc się do tych okoliczności należy wyjaśnić, iż Strona realizując zasadę uczciwej konkurencji, a jednocześnie dbając o zaspokojenie uzasadnionych swoich potrzeb jako Zamawiającego, była zobowiązana opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, parametrów i właściwości, oraz wskazać wszelkie informacje mogące mieć znaczenie (m.in. adresat Projektu, kompatybilność sprzętowa), a tym samym umożliwić udział wszystkim potencjalnym wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jego opisem. Jako naruszenie p.z.p. należy zakwalifikować również wymóg przedstawienia stosownych oświadczeń

przez producenta sprzętu komputerowego, który nie był stroną w procedurze przetargowej. Kwestia ta została szerzej omówiona w uzasadnieniu niniejszej decyzji.

Z akt sprawy jednoznacznie wynika, iż w rozpatrywanym przypadku wystąpiła przesłanka określona w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Organ odwoławczy nie dopatrył się błędów w działaniu Organu I instancji, które uzasadniałyby uchylenie zaskarżonej decyzji. Organ I instancji dokonał wyczerpującego zgromadzenia materiału dowodowego, niezbędnego do oceny realizacji Projektu przez Stronę zgodnie z warunkami umowy o dofinansowanie. Dokonana przez Organ I instancji ocena całości zgromadzonego materiału dowodowego nie daje możliwości odstąpienia od dochodzenia zwrotu środków wykorzystanych niezgodnie z naruszeniem procedur, gdyż art. 207 u.f.p. nie ma uznaniowego charakteru – jeśli zajdą wskazane w nim przesłanki, udzielone dofinansowanie podlega zwrotowi.

Potwierdzenie przyjętego stanowiska znajduje się m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 12 lipca 2016 r., sygn. akt IV SA/GI 1110/15:

„Beneficjent podpisując umowę o dofinansowanie projektu otrzymał bezzwrotną pomoc, pod warunkiem zrealizowania określonych w niej warunków”.

W ocenie Organu odwoławczego wskazane naruszenia stanowią nieprawidłowość w rozumieniu w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia 1083/2006, a skutkiem jej stwierdzenia jest uznanie części wydatków za niekwalifikowalne i nałożenie korekty finansowej, zgodnie z Taryfikatorem. Ponieważ środki dofinansowania zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p., powstał obowiązek ich zwrotu. Wobec powyższego zarzuty wskazane w odwołaniu są nieuzasadnione. Natomiast fakt zrealizowania Projektu nie jest wystarczający do stwierdzenia wykorzystania wszystkich środków zgodnie z zasadami Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka.

Należy również podkreślić, iż odmienna ocena okoliczności sprawy i dowodów zgromadzonych przez CPPC od oceny zaprezentowanej przez Stronę i wyprowadzenie na ich podstawie własnych wniosków nie stanowi o tym, że Organ I instancji błędnie ustalił stan faktyczny sprawy i uchybił przepisom postępowania administracyjnego dotyczącym konieczności rozpatrzenia całokształtu materiału dowodowego.

Ad 2 i Ad 4

W ocenie Organu odwoławczego w sprawie nie znajduje uzasadnienia zarzut naruszenia przepisu art. 107 § 1 pkt 6 k.p.a. jako mającego istotny wpływ na wynik zaskarżonego rozstrzygnięcia. Pomimo związłego uzasadnienia decyzji CPPC wskazało, na podstawie

jakich przesłanek uznano, że w sprawie zachodzi konieczność zwrotu części dofinansowania (przesłanka wskazana w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p.).

W sprawie ponad wszelką wątpliwość ustalono, że Beneficjent przeprowadził przetarg nieograniczony z naruszeniem przepisów p.z.p. Kontrolując tok postępowania, Organ II instancji nie dopatrył się uchybień w zakresie niedostatecznego uzasadnienia decyzji, które skutkowałyby przekazaniem sprawy do ponownego rozpatrzenia. Pomimo zastrzeżeń wniesionych przez Stronę zaskarżona decyzja została wydana przy uwzględnieniu całokształtu istotnych okoliczności sprawy. Ponadto, uzasadnienie kwestionowanej decyzji odpowiada wymogom określonym w art. 107 § 3 k.p.a. – odniesiono się w nim do wszystkich istotnych w sprawie zagadnień i można na jego podstawie prześledzić tok rozumowania przyjętego przez Organ I instancji.

W kwestii zarzutu dotyczącego nieodniesienia się i nieuwzględnienia przez Organ I instancji pism Strony z 29 stycznia 2018 r., 6 marca 2018 r. oraz 29 maja 2018 r. należy wskazać, iż zarzuty oraz wyjaśnienia w nich zawarte były tożsame z zastrzeżeniami Beneficjenta zawartymi w piśmie z 14 lipca 2015 r. Jak wynika z akt sprawy, CPPC odpowiedziało szczegółowo na wniesione zastrzeżenia pismami z 23 lipca 2015 r. oraz 13 sierpnia 2015 r. Należy zauważyć, iż zarzuty składane w kolejnych pismach były znane CPPC i nie wnosiły nowych faktów, mogących mieć wpływ na wynik rozstrzygnięcia.

Ad 3

Nieuzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 7a § 1 k.p.a. poprzez rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości interpretacyjnych na niekorzyść Powiatu. Należy wskazać, iż przepis ten nie mógł zostać naruszony, ponieważ dotyczy on wątpliwości co do treści normy prawnej. Z wykładni art. 7a § 1 k.p.a. wynika, iż zasada rozstrzygania wątpliwości prawnych na korzyść stron dotyczy sytuacji, w których wykładnia mających zastosowanie w sprawie przepisów prawa materialnego prowadzi do kilku możliwych rezultatów. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Kwestia niejasności związanych ze stwierdzonymi nieprawidłowościami została omówiona zarówno w kierowanych przez CPPC do Beneficjenta pismach, jak również w zaskarżonej decyzji oraz w niniejszym rozstrzygnięciu.

Ad 6 i 12

Nie można zgodzić się ze Stroną, iż Organ I instancji nie wykazał nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia 1083/2006 oraz, że nie doszło do strat finansowych poniesionych przez fundusze unijne. W ocenie Organu odwoławczego

prawidłowe są ustalenia w zakresie nałożonej korekty finansowej na poziomie 25%. Organ II instancji podziela również ustalenia Organu I instancji w zakresie nieprawidłowości opisu przedmiotu zamówienia oraz wymogu dokumentów, które nie były niezbędne w postępowaniu. W świetle tych ustaleń, bezsprzecznie doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 p.z.p., art. 29 ust. 2 p.z.p. oraz art. 25 ust. 1 p.z.p. Tym samym należy stwierdzić, że Beneficjent wykorzystał środki z naruszeniem procedur, co uzasadnia dochodzenie zwrotu części dofinansowania wraz z odsetkami. Organy I i II instancji wzięły pod uwagę charakter i wagę stwierdzonych nieprawidłowości, jak również ich skutki finansowe. Dlatego też uzasadnione było nałożenie korekty finansowej zgodnie z poz. 19, 20 i 21 tabeli nr 1 Taryfikatora. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż zaskarżona decyzja nie jest decyzją uznaniową, zatem uwzględnienie słusznego interesu strony nie może decydować o jej brzmieniu, jeżeli wystąpiła przesłanka wskazana w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p.

Organ odwoławczy podziela stanowisko CPPC zawarte w zaskarżonej decyzji oraz wyjaśnia, iż okoliczności, którymi kierował się Zamawiający, a które zostały ocenione jako naruszenie procedur, nie zmieniają w opinii IZ POIG faktu, iż działanie Beneficjenta było naruszeniem umowy o dofinansowanie oraz ustawy p.z.p., skutkującym obowiązkiem nałożenia korekty finansowej. Należy podkreślić, iż IZ POIG oraz CPPC realizuje zadanie wymienione w art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r., tj. ustalanie i nakładanie korekt finansowych, w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami.

Ad 7

Nie można zgodzić się z argumentacją Strony w kwestii dopuszczalności sformułowania warunku posiadania doświadczenia na takim samym poziomie jak przedmiot zamówienia. Należy zauważyć, iż przywołana przez Stronę Uchwała KIO z 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO/KU 34/10 (odnosząca się do konkretnego zamówienia) dotyczyła innego stanu faktycznego. Organ odwoławczy stoi na stanowisku, iż nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 260 komputerów niezbędne jest posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby sprzętu. Nie można wykluczyć, że wykonawca z doświadczeniem w dostarczeniu mniejszej liczby komputerów również byłby w stanie zrealizować to zamówienie. Należy zgodzić się z Prezesem UZP oraz KIO, iż istota sprowadza się do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania zamówienia oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia, które nie są zależne od ilości

dotychczas zrealizowanych dostaw i usług. Kwestia ta została szczegółowo omówiona na str. 13-15 niniejszej decyzji.

Odnosząc się do wniosku Strony o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości i umorzenie postępowania pierwszej instancji w całości, należy wskazać, że Organ odwoławczy uprawniony jest do umorzenia postępowania pierwszej instancji na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a. w sytuacji, gdy brak jest podstaw prawnych lub faktycznych do prowadzenia postępowania administracyjnego i do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. W rozpatrywanym przypadku nie zachodzi jednak powyższa przesłanka, w związku z czym wniosek Beneficjenta nie mógł zostać uwzględniony. Należy również wyjaśnić, że w zakresie środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich, które są wydatkowane nieprawidłowo i w związku z tym podlegają zwrotowi, zastosowanie znajdują w pierwszej kolejności właściwe przepisy u.f.p. – w tym przypadku jest to art. 207 u.f.p., który określa tryb dochodzenia zwrotu przedmiotowych środków. Zgodnie ze wskazanym trybem, po stwierdzeniu, w oparciu o wyniki kontroli lub weryfikacji stosownych dokumentów, że istnieją wymienione w tym przepisie przesłanki do dochodzenia zwrotu dofinansowania, właściwa instytucja wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu. Instytucja Zarządzająca POIG podkreśla jednocześnie, że u.f.p. nie daje Organowi I instancji, ani też Organowi odwoławczemu możliwości odstąpienia od dochodzenia zwrotu środków publicznych (udzielonego dofinansowania) wykorzystanych niezgodnie z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p., gdyż przepisy dotyczące rozliczenia środków publicznych mają charakter obligatoryjny, co oznacza, że jeśli zajdą przesłanki wskazane w art. 207 ust. 1 u.f.p., udzielone dofinansowanie podlega zwrotowi. Wymaga podkreślenia, że Beneficjent powinien zastosować się do powyższych przepisów u.f.p. i ich przestrzegać nie tylko z uwagi na fakt, że są one przepisami prawa powszechnie obowiązującego, ale również ze względu na to, iż takie postanowienia zostały zawarte w podpisanej przez Stronę umowie o dofinansowanie.

Odnosząc się do wniosku Strony o uchylenie zaskarżonej decyzji i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Organ I instancji należy wskazać, iż w ocenie Organu odwoławczego brak jest przesłanek do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu art. 138 § 2 k.p.a. Należy wyjaśnić, iż przepis ten - po dokonanej nowelizacji - pozwala organowi odwoławczemu uchylić zaskarżoną odwołaniem decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia przez Organ I instancji tylko wówczas, gdy spełnione zostały dwie przesłanki: 1) decyzja została wydana z naruszeniem przepisów

postępowania, 2) konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie. Dopiero w przypadku wystąpienia łącznie obu tych przesłanek Organ II instancji może odstąpić od obowiązku merytorycznego załatwienia sprawy. Celem dokonanej nowelizacji było skrócenie czasu trwania postępowań administracyjnych poprzez dalsze ograniczenie możliwości przekazania spraw do ponownego rozpatrzenia Organowi I instancji bez koniecznej potrzeby. W omawianym stanie faktycznym nie wypełniono łącznie wskazanych wyżej przesłanek, a tym samym brak jest przeszkód, które uniemożliwiłyby Organowi odwoławczemu wydanie rozstrzygnięcia merytorycznego w sprawie. Zgodnie z doktryną instytucja kasacji przewidziana w art. 138 § 2 k.p.a. jest wyjątkiem od zasady merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej, a zatem niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca tego przepisu, co oznacza, iż przed Organem odwoławczym powinno zapaść powtórne rozstrzygnięcie merytoryczne. Materiał dowodowy sprawy jest zebrany w stopniu wystarczającym na rozstrzygnięcie kwestii zasadności zwrotu środków. Ponadto, za zastosowaniem trybu określonego w art. 138 § 2 k.p.a. nie przemawiają również podniesione przez Stronę w odwołaniu zarzuty w zakresie niedostatecznego uzasadnienia zaskarżonej decyzji.

Organ odwoławczy w wyniku analizy sprawy nie znalazł podstaw do zmiany rozstrzygnięcia. Organ I instancji przeprowadził postępowanie wyjaśniające, a następnie dokonał oceny materiału dowodowego i na tej podstawie stwierdził, iż w rozpatrywanym przypadku wystąpiła przesłanka określona w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Jednocześnie Beneficjent nie przedstawił dowodów dla wykazania okoliczności, z których wywodzi dla siebie korzystne skutki prawne. Organ odwoławczy stwierdził, że decyzja Organu I instancji zawiera rzetelne uzasadnienie faktyczne z przedstawionym stanem faktycznym sprawy oraz wskazaniem faktów uznanych za udowodnione oraz dowodów, na których oparł się Organ I instancji, co umożliwiło sprawdzenie toku rozumowania oraz motywów rozstrzygnięcia CPPC. Ponadto, wbrew zarzutom Beneficjenta zaskarżona decyzja zawiera również odniesienie zaistniałego stanu faktycznego do obowiązujących przepisów prawa, postanowień umowy o dofinansowanie i ustawy p.z.p. wraz z wyjaśnieniem podstawy prawnej decyzji i przytoczeniem przepisów, które zadecydowały o jej treści. Jednocześnie, zdaniem Organu odwoławczego, sformułowane przez Organ I instancji uzasadnienie decyzji jest spójne z podjętym rozstrzygnięciem.

Podsumowując, Organ odwoławczy nie stwierdził naruszenia przez Organ I instancji przepisów prawa proceduralnego czy materialnego w stopniu mogącym mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy i uzasadniająco uchylene zaskarżonej decyzji. Jednocześnie

należy wskazać, iż okoliczność związana z konsekwencjami obowiązku zwrotu otrzymanej kwoty dofinansowania nie może doprowadzić do odstąpienia od żądania zwrotu środków, o czym była już mowa powyżej. Jednakże może być ona przedmiotem ewentualnego postępowania w sprawie o udzielenie ulgi w spłacie zobowiązania.

Zgodnie z art. 60 pkt 6 u.f.p. należności z tytułu zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich oraz inne należności związane z realizacją projektów finansowanych z udziałem tych środków, a także odsetki od tych środków i od tych należności stanowią środki publiczne będące niepodatkowymi należnościami budżetowymi o charakterze publicznoprawnym. Natomiast zgodnie z art. 67 u.f.p., do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych niniejszą ustawą stosuje się przepisy k.p.a. i odpowiednio przepisy działu III Ordynacji podatkowej.

Organ I instancji wskazał w swojej decyzji okres, jaki powinien być wyłączony z okresu naliczania odsetek, zgodnie z art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej, od 23 kwietnia 2018 r., tj. od dnia wszczęcia postępowania administracyjnego przez CPPC, do dnia doręczenia tej decyzji Stronie, co nastąpiło 30 listopada 2018 r.

Ponadto, w trakcie postępowania przed Organem odwoławczym wystąpiły przyczyny uzasadniające odstąpienie od naliczania odsetek – na podstawie przepisu art. 54 § 1 pkt 3 Ordynacji podatkowej. Stąd też należy zastrzec, że z okresów naliczania odsetek powinien zostać wyłączony okres od 22 stycznia 2019 r., tj. od dnia następującego po upływie terminu na załatwienie sprawy w postępowaniu odwoławczym, do dnia doręczenia niniejszej decyzji. Zaznaczyć jednak należy, że zastrzeżenie to ma charakter informacyjny, gdyż Strona, zgodnie z przepisami art. 53 § 3 Ordynacji podatkowej, jest zobowiązana do samodzielnego naliczenia odsetek oraz ich wpłacenia bez wezwania.

Biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia, należało orzec jak w sentencji.

POUCZENIE

Decyzja niniejsza jest ostateczna. Na podstawie art. 50 i nast. ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2022 r. poz. 329), dalej: „p.p.s.a.”, w związku z art. 16 k.p.a. na niniejszą decyzję przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, ul. J. Pankiewicza 4, 00-696 Warszawa, za pośrednictwem Instytucji Zarządzającej POIG, której funkcję pełni Minister Funduszy i Polityki Regionalnej, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa. Skargę należy wnieść w terminie 30 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji, przy uwzględnieniu art. 83 p.p.s.a.

Skarga powinna czynić zadość wymaganiom pisma w postępowaniu sądowym, a ponadto zawierać wskazanie zaskarżonej decyzji, oznaczenie organu, którego działania dotyczy, określenie prawa lub interesu prawnego.

Organ informuje, iż zgodnie z art. 107 § 1 pkt 9 k.p.a. wniesienie skargi od decyzji, w których przedmiotem jest należność pieniężna wiąże się z koniecznością poniesienia opłaty przez Stronę. Wpis od skargi ma charakter stosunkowy. Zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2021 r. poz. 535) wpis stosunkowy zależy od wysokości należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem i wynosi:

- 1) do 10 000 zł – 4% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 100 zł,
- 2) ponad 10 000 zł do 50 000 zł – 3% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 400 zł,
- 3) ponad 50 000 zł do 100 000 zł – 2% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 1 500 zł,
- 4) ponad 100 000 zł – 1% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000 zł i nie więcej niż 100 000 zł.

Stronie, na jej wniosek złożony do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, może być przyznane prawo pomocy, które obejmuje zwolnienie od kosztów sądowych oraz ustanowienie adwokata lub radcy prawnego. Strona, która nie ma miejsca zamieszkania, pobytu lub siedziby na obszarze właściwości sądu, o którym mowa w zdaniu poprzednim, może złożyć wniosek w innym wojewódzkim sądzie administracyjnym.

Niniejsza decyzja, na podstawie art. 39³ k.p.a., została wydana w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Z up. MINISTRA

Katarzyna Kaczkowska

Zastępca Dyrektora Departamentu DIR

/podpisano elektronicznie/

Otrzymują:

- 1) Powiat Goleniowski, ul. Dworcowa 1, 72-100 Goleniów, za pośrednictwem ePUAP:
/spowgol/skrytka
- 2) Centrum Projektów Polska Cyfrowa, ul. Spokojna 13A, 01-044 Warszawa, za
pośrednictwem ePUAP: /2yki7sk30g/SkrytkaESP
- 3) a/a.