

Załącznik do uchwały nr 1758/14  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 08 października 2014 r.

Gmina Miejska Wałcz  
Plac Wolności 1  
78-600 Wałcz

WWRPO.VIII.3162.41.2014.KM

**DECYZJA**  
**Nr WWRPO/41/W/2014**

podjęta w dniu 08 października 2014 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

*Andrzej Jakubowski - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Wojciech Drożdż - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Jarosław Rzepa - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 t.j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 t.j. ze zm.), art. 67 ust. 1 pkt 5, art. 144 ust. 1 i art. 140 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 t.j. ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596 t.j. ze zm.)

**orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – Gminy Miejskiej Wałcz z siedzibą w Wałczu przy Placu Wolności 1 – środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 z dnia 31 sierpnia 2010 r. na realizację projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” w łącznej kwocie należności głównej 143 406,80 zł (słownie: sto czterdzieści trzy tysiące czterysta sześć złotych 80/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi w następujący sposób:

- od kwoty 76 983,77 zł (słownie: siedemdziesiąt sześć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt trzy złote 77/100) od daty przekazania środków, tj. od dnia 19 października 2011 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- od kwoty 33 551,95 zł (słownie: trzydzieści trzy tysiące pięćset pięćdziesiąt jeden złotych 95/100) od daty przekazania środków, tj. od dnia 16 grudnia 2011 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

- od kwoty 32 871,08 zł (słownie: trzydzieści dwa tysiące osiemset siedemdziesiąt jeden złotych 08/100) od daty przekazania środków, tj. od dnia 17 października 2012 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu częściowy zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

### **Uzasadnienie**

Beneficjent – Gmina Miejska Wałcz z siedzibą w Wałczu przy Placu Wolności 1 – w dniu 31 sierpnia 2010 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 t.j. ze zm., dalej: uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 na realizację projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” Oś priorytetowa 5 „Turystyka, kultura i rewitalizacja”, Działanie 5.2 „Rozwój kultury – ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego”, Poddziałanie 5.2.1 „Rozwój i odtworzenie infrastruktury kultury wraz z systemem informacji kulturalnej”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte trzy aneksy do umowy nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-01 z dnia 30 marca 2011 r., nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-02 z dnia 29 sierpnia 2011 r. oraz nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-03 z dnia 06 sierpnia 2012 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wniosek o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 t.j. ze zm., dalej: pzp), właściwej na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż zgodnie z wiążącym Beneficjenta zapisem § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia ustawy pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, dalej: MIR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (dalej: Taryfikator). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. Uchwałą nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego zmieniono uchwałę nr 94/12, w związku z czym dotychczas obowiązujący dokument otrzymał nowe brzmienie, które z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych zostało uwzględnione w niniejszej sprawie.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 04-06 listopada 2013 r. (w tym na miejscu realizacji projektu w dniu 06 listopada 2013 r.), IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji ww. projektu. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości – w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego

rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r. ze zm., dalej: rozporządzenie (WE) nr 1083/2006) – spowodowane uchybieniami w stosowaniu ustawy pzp w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) w ramach postępowania na roboty dodatkowe udzielonego na podstawie umowy nr ZD1/2011 z dnia 05 września 2011 r. oraz na podstawie protokołu konieczności nr 1 z dnia 05 września 2011 r. stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez udzielenie zamówienia bez zachowania ustawowych przesłanek dotyczących udzielenia zamówień dodatkowych. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 6 „Bezprawne udzielenie zamówień dodatkowych lub uzupełniających”);
- 2) w ramach postępowania na roboty dodatkowe udzielonego na podstawie umowy nr ZD2/2011 z dnia 15 września 2011 r. oraz na podstawie protokołu konieczności nr 2 z dnia 15 września 2011 r. stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez udzielenie zamówienia bez zachowania ustawowych przesłanek dotyczących udzielenia zamówień dodatkowych. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 6 „Bezprawne udzielenie zamówień dodatkowych lub uzupełniających”);
- 3) w ramach postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” stwierdzono naruszenie art. 140 pzp oraz § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie poprzez nieuprawnione rozszerzenie przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w związku z czym wydatki wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia uznano w całości za niekwalifikowalne. W ww. postępowaniu stwierdzono także naruszenie art. 144 ust. 1 pzp poprzez niedozwoloną zmianę umowy polegającą na zmniejszeniu zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w ofercie, ze stosownym zmniejszeniem ceny. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 10% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 19 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”).

Powyższe ustalenia IZ RPO WZ zawarła w protokole pokontrolnym z kontroli planowej przeprowadzonej na miejscu realizacji projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”. Protokół ten przekazano Beneficjentowi pismem z dnia 11 grudnia 2013 r. W protokole wskazano m.in., że w związku z naruszeniem art. 140 pzp roboty wykraczające poza zakres opisu przedmiotu zamówienia uznane zostały w całości za niekwalifikowalne i tym samym na mocy § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie nie będą podlegały refundacji w ramach projektu. Niniejszym Beneficjent zobowiązany został do podania wartości wprowadzonych zmian (niezgodnych z art. 140 pzp) oraz odpowiedniego udokumentowania wyliczonej wartości.

W dniu 10 stycznia 2014 r. Beneficjent wniósł pismo zawierające wyjaśnienia i zastrzeżenia do treści protokołu pokontrolnego. Beneficjent podniósł, iż zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp należy uznać za chybiony, gdyż wszystkie przesłanki wymienione w niniejszym przepisie zostały przez zamawiającego spełnione, tym samym był on uprawniony do udzielenia zamówienia dodatkowego. Dalej wskazał, iż konieczność wymiany gruntu oraz wzmocnienia podłoża stwierdzono podczas wykonywania robót ziemnych pod projektowany parking, zatem aby móc realizować następne etapy technologiczne parkingu należało je wykonać niezwłocznie. W trakcie realizacji inwestycji, okazało się natomiast, że w dokumentacji projektowej nie uwzględniono potrzeby ochrony istniejącej linii kablowej znajdującej się pod projektowanym parkingiem. Zamawiający posiadał dokumentację projektową sporządzoną w tym celu przez uprawnionego projektanta, która mimo że została opracowana z należytą starannością, nie przewidywała wystąpienia ww. koniecznych zamówień dodatkowych. Beneficjent stwierdził, że w każdym z wymienionych przypadków występowały przesłanki określenia ich, jako zamówienia dodatkowe, a każdy z nich powstał w okolicznościach wcześniej niemożliwych do przewidzenia, wszystkie przypadki zostały opisane w protokole konieczności ich wykonania i dla każdej z robót przewidzianych do wykonania została ustalona wartość na podstawie kosztorysu inwestorskiego. W zaistniałej sytuacji Zamawiający nie miał żadnych innych realnych możliwości, aby dokończyć wykonywane roboty z zakresu umowy podstawowej, aniżeli poprzez zlecenie koniecznych robót dodatkowych wyłącznie temu samemu wykonawcy, a udzielenie zamówienia w każdym innym trybie niż z wolnej ręki było zarówno technicznie jak i ekonomicznie nieuzasadnione. Zdaniem Beneficjenta twierdzenie, iż błędy w projekcie można było przewidzieć, a zatem nie można uznać przesłanki nieprzewidzenia za spełnioną do udzielenia zamówienia dodatkowego, jest oczywistym nieporozumieniem i obwinieniem Zamawiającego za błąd Wykonawcy projektu. Beneficjent wskazał nadto, iż nie ma możliwości dokonania wyliczenia wartości wprowadzonych zmian.

IZ RPO WZ pismem z dnia 13 marca 2014 r. podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko w przedmiocie stwierdzonych naruszeń. Dodatkowo IZ RPO WZ zakwestionowała wyjaśnienia Beneficjenta o niemożności dokonania wyliczenia wartości wprowadzonych zmian, z uwagi na fakt, iż umowa z Wykonawcą została podpisana po przeprowadzonym przetargu nieograniczonym na wstępną wysokość wynagrodzenia kosztorysowego w kwocie 2 087 661,74 zł brutto. Z kolei finalna wysokość wynagrodzenia Wykonawcy była obliczana na podstawie obmiaru faktycznie wykonanych robót, a rozliczenie odbywało się w oparciu o kosztorysy powykonawcze załączone do każdej faktury.

W konsekwencji Beneficjent przedłożył brakujące wyliczenie wartości zmian wprowadzonych do projektu, załączając je do pisma z dnia 29 maja 2014 r. Beneficjent w ww. piśmie podniósł również, iż istotne znaczenie na ocenę prawidłowości wprowadzanych przez Gminę Miejską Wałcz zmian, a zarazem na zasadność naliczenia korekt finansowych wpływ winno mieć uprzednie zwracanie się przez Beneficjenta z wnioskiem o akceptację zakresu rzeczowego zamierzonych zmian. Dalej, zaznaczył, iż „otrzymana od Instytucji Zarządzającej odpowiedź, iż eksperci Komisji Oceniającej Projekty w całości zaakceptowali zaproponowane zmiany, została odebrana jako akceptacja wprowadzonych zmian zarówno pod względem technicznym jak i formalnym”. Tym samym, zdaniem Beneficjenta, za negatywne należy uznać wyciągnięcie wobec niego konsekwencji w związku z ich wprowadzeniem.

IZ RPO WZ w piśmie z dnia 24 czerwca 2014 r., w związku z wyjaśnieniami przedstawionymi przez Beneficjenta, podsumowała wyniki czynności kontrolnych, a nadto szczegółowo wykazała wydatki uznane za niekwalifikowalne w ramach umowy z Wykonawcą z dnia 12 maja 2011 r. w związku z naruszeniem art. 140 pzp, określając ich wartość na kwotę 202 508,39 zł netto.

Mając na uwadze wskazane ustalenia, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr do zadań IZ RPO WZ należy odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ustawy o finansach publicznych. Tym samym pismem z dnia 02 lipca 2014 r., znak: WWRPO.IV.4331.(5.2.1/2009/001).2014.DR.01 (doręczone Beneficjentowi dnia 07 lipca 2014 r.) Beneficjent został wezwany do zwrotu środków wykorzystanych niegodnie z procedurami obowiązującymi w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: RPO WZ) w wysokości 143 406,80 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 t.j. ze zm., dalej: ufp), w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur instytucja, która podpisała umowę z Beneficjentem, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Ponadto IZ RPO WZ ww. pismem poinformowała Beneficjenta, iż z uwagi na fakt, że wydatki objęte fakturami VAT nr 2011-0605/12/U/FVS, 2011-0606/12/U/FVS, 11/11-FVU/0003 oraz 11/11-FVU/0004 (z potrąceniem faktury korygującej nr 11/11-FKS/0022) ujęte we wniosku o płatność końcową, również zostały poniesione z naruszeniem ustawy pzp, w związku z czym nałożono korektę finansową w kwocie 29 675,90 zł natomiast wydatki w wysokości 169 281,05 zł, wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia, uznano za niekwalifikowalne. Tym samym płatność końcowa w projekcie zostanie pomniejszona o łączną kwotę 198 956,95 zł.

W związku z tym, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu środków w wyznaczonym terminie, z dniem 22 lipca 2014 r., wszczęte zostało wobec niego postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00. Strona została również poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń w sprawie. Beneficjent korzystając z niniejszego uprawnienia w dniu 13 sierpnia 2014 r. złożył pismo w toku postępowania administracyjnego przedstawiając swoje zastrzeżenia w sprawie. Jednocześnie z uwagi na konieczność dokonania szczegółowej analizy zarzutów podniesionych przez Beneficjenta, a także z uwagi na przewidziane terminy na zapoznanie się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań, jak również skomplikowany charakter sprawy, IZ RPO WZ postanowieniami z dnia 21 sierpnia 2014 r. oraz 18 września 2014 r. zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania w przedmiocie zwrotu środków. Nadto pismem z dnia 16 września 2014 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 t.j. ze zm.). Tym samym dnia 26 września 2014 r. Strona zapoznała się z aktami prowadzonego postępowania administracyjnego.

Po dokonaniu analizy wyjaśnień przedstawionych przez Gminę Miejską Wałcz, jak również po dokonaniu całościowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

Środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a uzppr ustalanie i nakładanie korekt finansowych, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 ufp, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

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

Należy podkreślić, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie, Wytocznych dla Wnioskodawców, Uszczegółowienia RPO WZ. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur, na podstawie których wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzanej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (zob. art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. Umowa ta określa warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane (art. 30 ust. 1 i 2 uzppr). Umowa jest zatem elementem projektu. W związku z powyższym, niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi.

W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp, albowiem podejmował działania niezgodne z umową o dofinansowanie, oraz niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany jest stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy ma obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących reguł, zasad i postanowień wynikających z Programu, Uszczegółowienia Programu, obowiązujących procedur, wytycznych, a także informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 6 umowy o dofinansowanie).

W nawiązaniu do powyższego podkreślić należy, iż w myśl art. 98 ust. 1 rozporządzenie (WE) nr 1083/2006 państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. Zgodnie z ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 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.

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 60 lit. b rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 do zadań instytucji zarządzającej należy, m.in. weryfikacja, że współfinansowane towary i usługi są dostarczane oraz że wydatki zadeklarowane przez Beneficjenta na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. Tym samym IZ RPO WZ na podstawie własnego

postępowania wyjaśniającego i ustaleń stwierdza, czy w trakcie realizacji projektu objętego dofinansowaniem w ramach RPO WZ, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenie (WE) nr 1083/2006. Stosownie do wyników tych ustaleń instytucja zarządzająca zobowiązana jest następnie podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu Unii Europejskiej (dalej: UE), w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Z powyższego wynika, że instytucji zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Należy dodać, iż stosownie do brzmienia art. 2 pkt 3 rozporządzenie (WE) nr 1083/2006 poprzez określenie „operacja”, o którym mowa powyżej rozumie się projekt lub grupę projektów wybranych przez instytucję zarządzającą danym programem operacyjnym lub na jej odpowiedzialność, zgodnie z kryteriami ustanowionymi przez komitet monitorujący i realizowanych przez jednego lub więcej beneficjentów, pozwalające na osiągnięcie celów osi priorytetowej, do której odnosi się ta operacja.

Prawidłowe stosowanie przepisów ustaw, umowy o dofinansowanie oraz dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, a co za tym idzie prawidłowe udzielanie zamówień publicznych podczas realizacji inwestycji współfinansowanej ze środków unijnych stanowi jeden z warunków rozliczenia projektu.

W postępowaniu na zamówienia dodatkowe udzielone na podstawie umowy nr ZD1/2011 i protokołu konieczności nr 1 z dnia 05 września 2011 r. oraz na zamówienia dodatkowe udzielone na podstawie umowy nr ZD2/2011 i protokołu konieczności z dnia 15 września 2011 r., których wartość nie przekraczała 14 000 euro, naruszono art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez bezprawne udzielenie zamówienia z wolnej ręki, tj. niespełnienie łącznie obligatoryjnych przesłanek wyboru trybu niekonkurencyjnego.

Przedmiotem zamówienia dodatkowego udzielonego na podstawie umowy nr ZD1/2011 oraz na podstawie protokołu konieczności nr 1 z dnia 05 września 2011 r. była:

- wymiana 416,00 m<sup>3</sup> gruntu rodzimego, tj. gliny piaszczystej miękkoplastycznej pod budowanym parkingiem z uwagi na niebezpieczeństwo utraty stateczności nasypu pod obciążeniem konstrukcji nawierzchni i obciążenia komunikacyjnego (grunt miękkoplastyczny stanowi warstwę poślizgową - płaszczyznę poślizgu, nasypu niekontrolowanego),
- wzmocnienie podłoża na powierzchni 1 204,70 m<sup>2</sup>, pod budowanym parkingiem, warstwą gruntocementu o Rm=5 Mpa i warstwą separacyjną z folii (podłoże jest nasypem niekontrolowanym z gruntów o różnym stopniu skonsolidowania).

Przedmiotem drugiego zamówienia dodatkowego udzielonego na podstawie umowy nr ZD2/2011 oraz na podstawie protokołu konieczności nr 2 z dnia 15 września 2011 r. było:

- wykarczowanie 12 szt. drzew owocowych i 0,064 ha krzaków gęstych,
- wykonanie ochrony 6 kabli istniejącej linii kablowej SN 15 kV w 2 oddzielnych rurach osłonowych AROT śr. 160 mm,
- wymiana słupa nr 11/P-12 na słup typu RPK na linii napowietrznej SN 15 kV z montażem odłączniko-uziemnika.

Na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Ustawa pzp nie wyklucza udzielenia kilku zamówień dodatkowych dotyczących tej samej umowy podstawowej. Do szacowania wartości każdego z zamówień powinny być stosowane odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia określone w art. 32-35 pzp, przy uwzględnieniu wartości już udzielonych zamówień, tak aby nie przekroczyć połowy wartości zamówienia podstawowego. Szacowanie wartości zamówienia przeprowadzane jest dla każdego z zamówień dodatkowych odrębnie, chyba że dane zadania ze względu na ich przedmiot spełniają przesłanki do uznania ich za jedno zamówienie dodatkowe. Zgodnie z art. 32 ust. 4 pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej części zamówienia zamawiający jest zobowiązany do stosowania przepisów pzp dla łącznej wartości

zamówienia. W kontrolowanych postępowaniach wystąpiła jednolitość przedmiotowa, czasowa, miejsca, zamawiającego, projektu oraz wykonawcy. Z kolei wartość szacunkowa zamówienia wykonanego na podstawie umowy nr ZD1/2011 z dnia 05 września 2011 r. wyniosła 45 888,45 zł netto, natomiast wartość szacunkowa zamówienia wykonanego na podstawie umowy nr ZD2/2011 z dnia 15 września 2011 r. wyniosła 48 490,37 zł netto, zatem łączna wartość szacunkowa ww. zamówień wyniosła 94 378,82 zł netto, co stanowi 24 584,22 euro i przekracza kwoty wartości zamówień, od których uzależniony jest obowiązek stosowania ustawy pzp (art. 4 ust. 8 pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu udzielania ww. zamówień dodatkowych).

W przypadku, gdy wartość szacunkowa zamówienia dodatkowego nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania procedur przewidzianych w pzp. Swoboda zamawiającego wynikająca z nieprzekroczenia wartości 14 000 euro na udzielane przez niego zamówienie dodatkowe polega wyłącznie na tym, iż nie jest on zobowiązany do zastosowania przepisów określających sposób ich udzielenia w trybie z wolnej ręki (zamawiający nie musi w szczególności stosować art. 68 pzp). Tymczasem Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności mógł przewidzieć i oszacować razem prace wymienione w protokołach konieczności nr 1 i 2. Łączna wartość dwóch umów przekraczała kwoty, od których uzależniony był obowiązek stosowania ustawy pzp. Jednocześnie przedstawione przez Beneficjenta dokumenty, na etapie czynności kontrolnych, nie wskazują na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowej sytuacji. Zamawiający nie wykazał, iż wszystkie roboty budowlane opisane w protokole konieczności wykonania robót dodatkowych nr 1 z dnia 05 września 2011 r. i w protokole konieczności wykonania robót dodatkowych nr 2 z dnia 15 września 2011 r. nie wynikały z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, co jest warunkiem udzielenia zamówienia dodatkowego.

W ocenie IZ RPO WZ zamówienie dodatkowe to robota budowlana niezbędna dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a więc taka bez której zamówienie podstawowe nie może zostać prawidłowo wykonane. Immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz winna wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o usługi nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o usługi niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności.

Naruszenie powyższej przesłanki wynika co do zasady z błędów i zaniedbań popełnianych w związku z przygotowywaniem zamówienia podstawowego. W świetle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego. Konieczność udzielenia takiego zamówienia nie może wynikać ani ze względów gospodarczych, organizacyjnych, czy też skomplikowanego charakteru zamówienia (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 875/10), ani być następstwem zawinionych działań zamawiającego. Również przesłanka niskiego prawdopodobieństwa konieczności wykonania robót nie posiada charakteru statuującego (uchwały KIO z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/KD 11/10 oraz z dnia 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 28/10). Przy prawidłowo zaplanowanej inwestycji Zamawiający powinien w umowie przewidzieć odpowiednie postanowienia na taką okoliczność, umożliwiające prawidłową realizację zadania i wykonanie niezbędnych robót w ramach zawartej umowy. W przypadku natomiast, gdy Zamawiający zamierza skorzystać z możliwości wykonania robót dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, powinien on udowodnić zaistnienie przesłanek tam wymienionych. Prawidłowym uzasadnieniem niemożności przewidzenia konieczności wykonania danych robót byłoby np. w przypadku wymiany gruntu, wskazanie że na etapie przygotowywania projektu pierwotnego dokonywane były stosowne badania. A zatem, że została dołożona należyta staranność, by wyeliminować okoliczności możliwe do przewidzenia, takie jak występowanie gliny piaszczystej, miękkoplastycznej grożące niebezpieczeństwem utraty stateczności nasypu, których Zamawiający powinien był się spodziewać. Zgodnie z § 4 pkt 6 ust. 6.1 aneksu do umowy na prace projektowe, projektant zobowiązany był do wykonania ewentualnych badań geotechnicznych, a ich koszt zobligowany był ponieść Zamawiający. Na podstawie dokumentacji przedstawionej w toku czynności kontrolnych stwierdzić można, że została przeprowadzona jedynie ocena geotechniczna stateczności zboczy w związku z projektowaną lokalizacją obiektów budowlanych na terenie „Grupy Warownej Cegielnia” sporządzona w lutym 2009 r., która jednoznacznie wskazuje, że badania zboczy zostały przeprowadzone w trzech profilach i nie obejmowały projektowanego parkingu, którego granice zgodnie z mapą zasadniczą kończą się na skraju skarpy. Z kolejnej ekspertyzy, geotechnicznego

rozpoznania podłoża parkingu, przeprowadzonej na zlecenie Wykonawcy w dniu 06 lipca 2011 r. wynika, że badany obszar stanowi nasyp budowlany niekontrolowany i zachodzi niebezpieczeństwo utraty stateczności pod obciążeniem konstrukcji nawierzchni i obciążenia komunikacyjnego. Pomimo zapisów umowy na prace projektowe projektant nie przeprowadził badań geotechnicznych, a zatem nie można stwierdzić, że dochowano należytej staranności na etapie przygotowania dokumentacji projektowej jak również całego zamierzenia inwestycyjnego, a konieczność wymiany gruntu stanowiła sytuację niemożliwą wcześniej do przewidzenia.

Należy podkreślić, że roboty dodatkowe nie dotyczą sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez zamawiającego (czy projektanta) chociaż mogła lub powinna być przewidziana, lecz sytuacji nieprzewidywalnej i niemożliwej do przewidzenia, co wskazane zostało wprost w ustawie.

Zgodnie z tezą postawioną w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 90/10) celem ustawodawcy określającego przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp nie było ułatwienie pod względem organizacyjnym realizacji procesu inwestycyjnego.

W oparciu o obowiązujące przepisy zamawiający może zabezpieczyć prawidłowe wykonanie zamówienia, już na etapie jego przygotowywania, szczególnie, gdy istnieje ewentualność, iż w toku wykonywania prac może wyniknąć potrzeba dokonania zmian, na przykład poprzez zwiększenie zakresu robót lub usług.

Zrozumiałym jest także fakt, że zamawiający nie ma i nie musi mieć odpowiedniej wiedzy zawodowej ani uprawnień zawodowych, dlatego wykonanie projektu zlecane jest projektantowi, na którego profesjonalnych umiejętnościach, doświadczeniu i rzetelności zamawiający musi polegać. Należy jednak podkreślić, że na gruncie przepisów pzp, niezależnie od swojej winy, to zamawiający na zasadzie ryzyka ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu, a w niniejszym przypadku za konieczność zlecenia innych prac niż zaprojektowane i wyboru trybu zamówienia. Z tego powodu konieczne jest (tak jak i w przypadku robót budowlanych) zawarcie odpowiedniej umowy z projektantem, która będzie określała jego obowiązki stosowne do podwyższonej trudności wykonania projektu, np. zlecenie dodatkowych badań lub ekspertyz.

W opinii IZ RPO WZ także kolejne prace wymienione w protokole konieczności nr 2 dotyczące wykarczowania drzew i krzaków znajdujących się na trasie budowanych ciągów pieszych, ścieżek oraz wykonania ochrony kabli istniejącej linii kablowej SN 15 kV, która przebiega pod budowanym parkingiem były możliwe do zidentyfikowania i do uwzględnienia na etapie sporządzania dokumentacji. Wykarczowanie drzew i krzaków nie zostało uzasadnione w ogóle, a wyjaśnienia dotyczące prac związanych z ochroną linii kablowej są niewystarczające. Z wyjaśnień przedstawionych do protokołu, a także składanych na etapie rozliczania projektu nie wynika merytoryczne uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Wyżej wskazane prace wynikały z faktu podejmowania przez Beneficjenta decyzji na etapie realizacji zamówienia, a nie jego planowania i przygotowywania. Decyzje te winny zostać podjęte przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia na roboty podstawowe i uwzględnione w jego opisie przedmiotu zamówienia.

Tym samym, Zamawiający zgodnie z art. 10 ust. 2 pzp, korzystając z innych trybów niż przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, zobowiązany jest wykazać ich prawidłowe zastosowanie, czego nie uczynił. Wobec powyższego IZ RPO WZ nie znalazła podstaw do zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby łącznie wszystkie przesłanki obligatoryjne, wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, w szczególności fakt, iż wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Wobec powyższego wskazać należy, iż Beneficjent nie zagwarantował udzielenia zamówienia w sposób oszczędny i konkurencyjny, bowiem nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia, w wyniku którego inny wykonawca mógłby zagwarantować lepsze warunki realizacji zlecenia w tym niższą cenę. Zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki. Beneficjent nie przestrzegając ww. zasad, przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkody, bowiem poniósł wydatki, które przy ich zachowaniu mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Faktem jest, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów pzp przez Beneficjenta pojawić mogłoby się więcej potencjalnych wykonawców, którzy złożyliby ofertę korzystniejszą niż ta, która ostatecznie została wybrana. Jednoznacznym jest, iż dla oceny dochowania ww. zasad przez Beneficjenta nie wystarczy zbadać czy spełnił on wszystkie formalne obowiązki wynikające w tym zakresie z umowy o dofinansowanie, równocześnie koniecznym jest ustalenie czy Beneficjent zapewnił osiągnięcie celu zasady konkurencyjności m.in. poprzez dokonanie wyboru najlepszej oferty w warunkach uczciwej konkurencji, wolnego dostępu do zamówień

współfinansowanych ze środków publicznych czy równego traktowania wykonawców (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt V SA/Wa 20/12; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt II GSK 1258/12). Na każdym etapie postępowania wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Tym samym Beneficjent swoim działaniem ograniczył dostępność oferty potencjalnym wykonawcom, co w efekcie przynajmniej potencjalnie przyczyniło się do powstania szkody w budżecie unijnym.

W postępowaniu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 pzp poprzez dokonanie niedozwolonej zmiany umowy oraz art. 140 pzp i § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie poprzez nieuprawnione rozszerzenie przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia.

Regulacja art. 140 pzp wiąże się z wymogiem złożenia oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Konsekwentnie, zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi odpowiadać złożonej ofercie. Zgodnie ze stanowiskiem istniejącym w doktrynie, zakres świadczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 140 ust. 1 pzp, to rozmiar tego świadczenia określony w danych jednostkach miary. O ile zatem art. 144 ust. 1 pzp stoi na przeszkodzie dokonaniu zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie wyboru oferty wykonawcy, to art. 140 pzp uniemożliwia rozszerzenie przedmiotu zamówienia w wyniku czynności prawnej zamawiającego i wykonawcy. Art. 144 pzp zakazuje wprowadzenia istotnych zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany.

W przypadku przedmiotowego postępowania Zamawiający szczegółowo określił zakres możliwych do wprowadzenia zmian w § 16 umowy z Wykonawcą. Przewidziane zmiany podzielić można na:

- 1) zmiany poddane niewielkim modyfikacjom, nie powodujące zmiany zakresu świadczenia lub zwiększające użyteczność tego świadczenia (np. użycie materiałów tej samej jakości, użycie urządzeń o większej wydajności bez pogorszenia innych parametrów eksploatacyjnych). Dodatkowo, w § 5 ust. 6 umowy z Wykonawcą, Zamawiający określił zmianę materiałów przewidzianych do wykonania robót będących przedmiotem umowy w stosunku do materiałów przewidzianych w dokumentacji projektowej pod warunkiem uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego,
- 2) zmiany wprowadzone w trakcie realizacji umowy, przewidziane wcześniej w umowie, która na etapie postępowania stanowiła załącznik do SIWZ,
- 3) zmiany powodujące rozszerzenie przedmiotu świadczenia wykonawcy opisanego w SIWZ,
- 4) zmiany wynikające z „błędów” projektanta lub z inicjatywy inwestora wprowadzone po wyborze oferty wykonawcy w drodze przetargu nieograniczonego.

W ramach ww. klasyfikacji Beneficjent odpowiednio dokonał następujących zmian:

- 1) zmiana wyposażenia wystawienniczego, dostawa lepszego sprzętu multimedialnego; zmiany materiałowe (drzwi aluminiowe pełne z zamykaczem w zamian za drzwi stalowe pełne, drzwi płytowe wewnętrzne z ościeżnicą stalową w zamian za drzwi stalowe); zmiana usytuowania obiektów budynku socjalno-sanitarnego i wiaty garażowo-gospodarczej o skręt w osi, na podstawie której dokonano zmiany pozwolenia na budowę,
- 2) zmiana trasy przyłącza wodociągowego w związku z nowo powstałymi, w czasie od zatwierdzenia decyzją pozwolenia na budowę projektu budowlanego do momentu realizacji projektu, przyłączami energetycznymi niskiego i średniego napięcia, gazowymi do nowo wybudowanych zakładów przemysłowych; zmiana warstw konstrukcyjnych podbudowy dla miejsc parkingowych w związku ze stwierdzonym, występującym w terenie, gruntem nienośnym i koniecznością jego wymiany,
- 3) wstawienie krat w drzwiach i oknach budynków; wprowadzenie dodatkowego regału magazynowego,
- 4) likwidacja stopni terenowych pomiędzy placem przy bunkrze a budynkiem wystawienniczym; likwidacja pochylni (2 szt.) i zastąpienie jej schodami terenowymi (2 szt.); likwidacja furtki wejściowej w ogrodzeniu w związku z korektą lokalizacji ciągów komunikacyjnych; korekta lokalizacji ciągów komunikacyjnych; rozbudowa oświetlenia w bunkrze o dwie lampy oświetleniowe w przedsiönku; wykonanie dachu budynków i wiat z papy termozgrzewalnej

zamiast z blachy trapezowej; wykonanie rynien i rur spustowych z PCV zamiast z blachy ocynkowanej; zastosowanie płytek gresowych zamiast wykładziny PCV; wykonanie sufitów systemowych zamiast płyty gipsowo-włókowej; w budynku wystawowym nr 1 wykonano ściankę działową murowaną zamiast ze ścianki z płyt kartonowo-gipsowych; w budynku socjalno-sanitarnym wykonano ściankę działową z płyt warstwowych zamiast z płyt kartonowo-gipsowych; opaskę przy budynku wykonano z tłuczni z podsypką zamiast z kostki betonowej; zamontowanie dodatkowego wodomierza z podejściem.

W opinii IZ RPO WZ pierwsza grupa ww. zmian nie powodowała, co do zasady, zmiany samego zakresu świadczenia Wykonawcy w związku z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie i tym samym nie stanowiła naruszenia pzp. Jednocześnie zmiana usytuowania obiektów budynku socjalno-sanitarnego i wiaty garażowo-gospodarczej (wynikająca z niedokładności mapy) pomimo tego, że była zmianą istotną z punktu widzenia ustawy Prawo budowlane, była zmianą nieistotną w rozumieniu pzp, gdyż nie powodowała zmiany zakresu świadczenia ani konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów przez Wykonawcę robót budowlanych. Kolejne modyfikacje, opisane w punkcie drugim, wprowadzone zostały odpowiednio zgodnie z § 16 ust. 9 pkt c umowy z Wykonawcą, w którym Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian w sytuacjach odmiennych, od przyjętych w dokumentacji projektowej, warunków terenowych, w szczególności istnienie podziemnych urządzeń instalacji lub obiektów infrastrukturalnych oraz zgodnie z § 16 ust. 9 pkt b umowy z Wykonawcą, gdzie Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian, w sytuacjach odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej, warunków geologicznych skutkujących niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych. Powyższe prace Zamawiający zlecił na podstawie odrębnej umowy w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust 1 pkt 5 pzp. Kolejne zmiany, zaszeregowane do grupy trzeciej, zdaniem IZ RPO WZ powodowały rozszerzenie przedmiotu świadczenia Wykonawcy opisanego w SIWZ, gdyż zakres świadczenia umownego Wykonawcy wykraczał poza zobowiązanie zawarte w jego ofercie, również zmiany opisane w punkcie czwartym w opinii IZ RPO WZ były niedopuszczalne i stanowiły naruszenie art. 144, gdyż można było je przewidzieć już na etapie przetargu na roboty budowlane. Ww. zmiany stanowiły również naruszenie art. 140 pzp, poprzez nieuprawnione rozszerzenie przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej, co więcej ich wprowadzenie przyczyniło się do zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy realizującego projekt. Zgodnie z art. 7 ust. 3 pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a za zamówienie publiczne uważa się każdą umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 pzp). Tym samym, jeśli zawarto umowę na roboty budowlane, której przedmiot zamówienia opisano poprzez wskazanie wielkości i zakresu robót, a jednocześnie umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartej w SIWZ (art. 140 ust. 3 pzp), to nie można oczekiwać wykonania prac wykraczających poza zakres opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ takie świadczenie podlegałoby unieważnieniu. Nie można także za takie prace zapłacić w oparciu o zawartą umowę. W stosunku do zakwestionowanych powyżej robót budowlanych Zamawiający winien udzielić zamówienia na zasadach określonych w pzp tj. winien był udzielić nowego zamówienia w oparciu o przepisy pzp. Natomiast w przypadku gdyby wystąpiła konieczność udzielenia zamówienia o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty 14 000 euro winien był stosować procedury zgodne z przepisami pzp, usankcjonowane w wewnętrznych regulacjach przyjętych przez Beneficjenta (w przypadku wydatków poniesionych w ramach projektu, przed zawarciem umowy o dofinansowanie), bądź z umowy o dofinansowanie (§ 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie w przypadku wydatków poniesionych w ramach projektu, po zawarciem umowy). W ocenie IZ RPO WZ zakaz zmiany zakresu świadczenia, o którym mowa w art. 140 ust. 1 ustawy nie musi wiązać się z zakazem jakichkolwiek zmian w przedmiocie zamówienia. Także zawężenie zakresu świadczenia wykonawcy, które nie prowadzi do zmniejszenia jego wynagrodzenia stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy. Tego rodzaju zmiany mogłyby prowadzić do istotnej zmiany kręgu wykonawców, którzy złożyli oferty, gdyby okoliczność ta była znana przed etapem składania ofert. Dlatego też treść umowy musi być odzwierciedleniem oferty w zakresie: przedmiotu zamówienia, ceny, terminu wykonania zamówienia, warunków gwarancji, warunków płatności.

Wobec powyższego wskazać należy, iż Zamawiający w ramach zakresu rzeczowego projektu zaniechał wykonania części prac (wyłączył je z przedmiotu zamówienia), wprowadził nowe roboty, bądź wykonał prace zamienne. Wprowadzone zmiany nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji projektowej, która stanowiła integralną część SIWZ, na podstawie, której wykonawca dokonał szacowania kosztów realizacji niniejszej inwestycji. Przedmiot zamówienia zrealizowany na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 12 maja 2011 r. odbiega od zakresu rzeczowego

zawierającego się w ofercie wykonawcy, w oparciu o którą ww. umowa została zawarta, co stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 pzp.

Przepisy ustawy pzp pozwalają zamawiającemu na zmianę umowy wyłącznie w okolicznościach wskazanych w art. 144 ust. 1 pzp. Ustawodawca przyjął w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych jako zasadę trwałość stosunku umownego nawiązanego w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie ocena istotności zmiany umowy wprowadzonej w trybie art. 144 ust. 1 pzp winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu, w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę jej zmiany, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględnić konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma przy tym fakt, że potencjalna wiedza o wprowadzeniu zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. W tym miejscu jeszcze raz podkreślić należy, iż punktem odniesienia dla oceny dopuszczalności zmian treści umowy nie jest pierwotna treść umowy, ale oferta wybranego wykonawcy. Powyższe uregulowanie wynika z faktu, że ukształtowanie treści przyszłej umowy następuje już w treści oferty z chwilą upływu terminu składania ofert. Zmiany wprowadzone do umowy muszą być niezbędne dla zapewnienia właściwego wykonania umowy, ale jednocześnie nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny być to przypadki pozwalające Zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli, co niewątpliwie miało miejsce w badanym postępowaniu. W tym miejscu nadmienić należy, iż za zmiany, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy należy uznać zmiany, których nie można było przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności przez Zamawiającego. Okoliczności te mogą dotyczyć zarówno stanu faktycznego, jak i stanu prawnego.

Podkreślić należy, iż art. 144 pzp statuuje zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której wybrano wykonawcę. Zakaz ten ma na celu zagwarantowanie transparentności oraz równego traktowania oferentów w procesie zamówień publicznych. Nie ma więc możliwości modyfikacji umowy zarówno co do przedmiotu zamówienia, jak i jej poszczególnych elementów po wyborze oferty. Zmiany dopuszczalne są jedynie wtedy, gdy zamawiający przewidział dokonanie takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Aby zamawiający mógł wprowadzić zmiany w umowie, niezbędne jest aby w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu dokładnie określił warunki zmiany. Zamawiający powinien określić, jakie elementy umowy mogą ulegać zmianom i w jakim zakresie, przy czym niewystarczające jest wymienienie jedynie obszaru zmian.

W kwestii istotności dokonanych zmian IZ RPO WZ wzięła pod uwagę powszechnie aprobowane stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach C-337/98, C-496/99 i C-454/06, iż zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania, może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

Zgodnie z powyższym, Zamawiający wprowadził szereg zmian w zakresie przedmiotu umowy z dnia 12 maja 2011 r., w tym zaniechał wykonania części prac, rozszerzył zakres rzeczowy o prace wcześniej nieujęte w dokumentacji projektowej, bądź zwiększył ilość prac w niej przewidzianych oraz w miejsce prac przewidzianych wykonał prace, które zakwalifikował jako zamiennie. Wykonawca wykonał przedmiot zamówienia w oparciu o ww. zmiany.

Na podstawie zmian przewidzianych bardzo szeroko w § 16 umowy z Wykonawcą nie można było wprowadzać zmian do umowy na zasadzie dobrowolności i subiektywnej oceny inwestora. Wprowadzane zmiany muszą być niezbędne, jasno określone, mieć istotny wpływ na realizację zamówienia i niemożliwe do przewidzenia na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, mimo zachowania należytej staranności przez Zamawiającego. Tak więc zapis § 16 ust 3 umowy z Wykonawcą w brzmieniu „zmiana umowy nastąpić może z inicjatywy Zamawiającego albo Wykonawcy poprzez przedstawienie drugiej stronie propozycji zmian w formie pisemnej, które powinny zawierać opis zmiany, uzasadnienie, koszt oraz jego wpływ na wysokość wynagrodzenia

oraz czas wykonania zmiany oraz jej wpływ na termin zakończenia umowy” jest zapisem bezprawnym, naruszającym art. 144 ust. 1 pzp z powodu braku określenia warunków powyższej zmiany. Nie można na jego podstawie zaakceptować wszystkich zmian według uznania Zamawiającego. Nadto powyższe zmiany spowodowały zwiększenie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy realizującego projekt.

Zdaniem IZ RPO WZ, ww. zakres prac był możliwy do przewidzenia i powinien zostać uwzględniony już na etapie prac projektowych. W związku z powyższym zmiany te nie spełniają wszystkich przesłanek pozwalających na to, aby uznać ją za zmianę „nieistotną” w rozumieniu przepisów pzp, tym samym stanowią naruszenie art. 144 ust. 1 pzp.

Całokształt zebranej dokumentacji przemawia za tym, iż w postępowaniu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” doszło do naruszeń poprzez istotną zmianę umowy z Wykonawcą w stosunku do treści oferty. Nie ulega wątpliwości, iż podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie zamówienia publicznego z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na jego realizację. Oczywistym jest, że poziom przygotowania powinien odpowiadać rodzajowi i skali zamówienia, zaś w przypadku inwestycji o istotnym znaczeniu strategicznym lub wysokim stopniu zaangażowania środków, winien uwzględniać wszelkie potencjalne aspekty faktyczne lub prawne.

Beneficjent poprzez nieuprawnione rozszerzenie przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej w postępowaniu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”, przyczynił się do istotnej zmiany kręgu wykonawców, którzy złożyliby oferty, gdyby nowe okoliczności były im znane przed etapem składania ofert. Treść umowy musi być odzwierciedleniem oferty w zakresie: przedmiotu zamówienia, ceny, terminu wykonania zamówienia, warunków gwarancji i płatności. W analizowanej sprawie przedmiot zamówienia zrealizowany na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego odbiega od zakresu rzeczowego zawierającego się w ofercie Wykonawcy. Niniejsze, z uwagi na niezagwarantowanie przez Beneficjenta zasad oszczędności i konkurencyjności, istotnie wpływa na kwestię powstania szkody w budżecie UE. Tym samym Beneficjent swoim działaniem uniemożliwił dostęp innym wykonawcom, którzy mogliby zaoferować lepsze warunki realizacji zlecenia, w szczególności niższą cenę, bowiem gdyby zakres zamówienia byłby odmienny to większa liczba podmiotów mogłaby przystąpić do postępowania.

Nadto odnosząc się do zarzutów Gminy Miejskiej Wałcz w przedmiocie niezasadności naliczenia korekt finansowych z uwagi na zwracanie się przez Beneficjenta z wnioskami o akceptację zamierzonych zmian przed ich wprowadzeniem, IZ RPO WZ wskazuje, iż takie wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie. Należy zaznaczyć, iż zadaniem Komisji Oceniającej Projekty jest m.in. ocena zgodności z celami konkursu, dotycząca możliwości wystąpienia pomocy publicznej, merytoryczno-techniczna i nie obejmuje ona sposobu udzielania zamówienia ani przestrzegania przepisów pzp. Podjęcie decyzji, co do tego w jaki sposób udzielić zamówienia, czy też w jaki sposób wprowadzić zmiany do umowy zależy wyłącznie od Zamawiającego oraz okoliczności danej sprawy. IZ RPO WZ, na etapie ponownej oceny zmian dokonanej przez Komisję Oceniającą Projekty na podstawie § 16 ust. 3 umowy o dofinansowanie, nie żądała od Beneficjenta SIWZ, umowy z Wykonawcą ani dokumentów potwierdzających sposób wprowadzenia zmian. Jednocześnie nawet w sytuacji, gdy instytucja przyznająca środki pozytywnie oceniła wniosek o dofinansowanie, to jeśli na dalszym etapie jego realizacji ustaliła, że część lub całość wydatków nie spełnia wymogów dotyczących wydatkowania środków zgodnie z procedurami, pierwotna ocena projektu nie jest dla Beneficjenta argumentem przemawiającym za poprawnością wydatkowania środków. Kwalifikowalność poniesionych wydatków oceniana jest również w trakcie realizacji oraz po zakończeniu projektu, kiedy Beneficjent przedkłada kolejne wnioski o płatność. Nadto należy zaznaczyć, iż kwalifikowalność oraz poprawność poniesienia wydatków ujętych w poszczególnych wnioskach o płatność jest poddawana ostatecznej weryfikacji w czasie kontroli przeprowadzonej na miejscu realizacji projektu po zatwierdzeniu wniosku o płatność końcową. W przedmiotowej sprawie nieprawidłowości w stosowaniu pzp stwierdzono dopiero po złożeniu wniosku o płatność końcową, na etapie czynności kontrolnych, ustalając za wskazane naruszenia korektę finansową (§ 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie).

Mając powyższe na uwadze, po przeanalizowaniu całej dokumentacji, IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie stwierdziła naruszenia przepisów pzp, czyli procedur. Podkreślenia wymaga, iż naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp, w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich

wykorzystaniu. Pod pojęciem "inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków", o których mowa w art. 184 ufp należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt II GSK 732/11). Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych, jak i przepisów unijnych. Powyższy pogląd potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (sygn. akt II GSK 1980/12), w którym wskazał, iż nie sposób przyjąć, aby ustawodawca do procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków nie zaliczał przepisów prawa (ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych lub też innych ustaw mających zastosowanie przy realizacji określonego projektu).

Instytucja Zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami (art. 60 rozporządzenie (WE) nr 1083/2006). Do jej ogólnych zadań, w ramach wszystkich programów należy: kontrola realizacji programu oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych (art. 26 ust. 1 pkt 14 i 15a uzppr). Oczywistym jest zatem, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań beneficjentów. Art. 26 ust. 1 pkt. 15a uzppr nadaje Instytucji Zarządzającej obowiązek ustalania i nakładania korekt finansowych. Ustalanie korekt finansowych, aby mogło być uznane za rzeczywisty instrument nadzoru nad prawidłowością wydatkowania środków pochodzących z budżetu UE musi być traktowane jako działanie polegające na stwierdzeniu uchybień w zakresie przestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych, a ponadto musi obejmować ocenę wagi tych naruszeń stosownie do art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006, bowiem bez tej oceny nie ma możliwości ustalenia korekt finansowych, które uzależnione są właśnie od wagi naruszeń.

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

Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-199/03 dotyczącej zaskarżonej przez Irlandię decyzji Komisji C(2003) 99 z dnia 27 lutego 2003 r. podkreślił, iż „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy UE oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję”. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 21 grudnia 2003 r. stwierdził, iż „fundusze strukturalne nie mogą być wykorzystane do finansowania działań podejmowanych z naruszeniem dyrektywy 92/50 (odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi), naruszenie przez beneficjenta subwencji z EFRR, będącego instytucją zamawiającą przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych na usługi w celu wykonania subwencjonowanego działania, powoduje nieuzasadniony wydatek, a tym samym szkodę dla budżetu UE”.

Podobne stanowisko prezentują także polskie sądy administracyjne, w tym m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2013 r. (sygn. akt I SA/OI 150/13), podkreślił iż „(...) do przyjęcia, że doszło do istotnego naruszenia przepisów regulujących realizację

dofinansowywanego projektu nie jest zatem konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego, lecz możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym UE, co wynika z art. 2 pkt 7 rozporządzenie (WE) nr 1083/2006. Wystarczającą przesłanką naliczenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia prawa zamówień publicznych, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych. Przy takim rozumieniu analizowanej kwestii nie ma więc podstaw do stawiania Instytucji Zarządzającej wymogu wyliczenia szkody i oceniania rozmiaru skutków stwierdzonej nieprawidłowości". Niniejsze zostało również potwierdzone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 29 lipca 2013 r. (sygn. akt III SA/GI 763/13) orzekając iż nie jest wymagane wystąpienie konkretnej szkody finansowej i udowodnienie jej wystąpienia, a wystarczającym jest wykazanie naruszenia prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych.

Tym samym odnosząc się do zastrzeżeń Beneficjenta odnośnie nałożonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej, na samym początku, mając na uwadze kompetencje przyznane instytucji zarządzającej, podkreślić należy, iż uzppr nie reguluje zasad i trybu postępowania w sprawie zwrotu uzyskanego przez Beneficjenta dofinansowania, wskazując jedynie w art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a uzppr, że do zadań instytucji zarządzającej należy m.in. odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych. W trakcie trwania kontroli po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie ustalono, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia przepisów pzp, a w związku z tym nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości, w związku z czym ustalono wysokość korekty finansowej w oparciu o zapisy Taryfikatora. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Ponadto IZ RPO WZ w toku prowadzonego postępowania administracyjnego była zobowiązana zweryfikować zasadność stwierdzenia korekty finansowej i jej wysokość, co zostało wyjaśnione w uzasadnieniu niniejszej decyzji administracyjnej. Tym samym nie można się zgodzić ze stwierdzeniem Beneficjenta, jakoby korekta finansowa została przez IZ RPO WZ nałożona w sposób wadliwy. Jednocześnie wskazuje się, iż na wezwanie IZ RPO WZ o przedstawienie wyliczenia wartości zmian wprowadzonych do projektu niezgodnie z art. 140 pzp, Beneficjent pismem z dnia 29 maja 2014 r. złożył ww. wyliczenie, tym samym wartość wydatków uznanych za niekwalifikowalne w ramach umowy z Wykonawcą z dnia 12 maja 2011 r. określona została na kwotę 202 508,39 zł netto.

Ponadto podnieść należy, iż obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 8 umowy o dofinansowanie. Z uwagi na powyższe oraz stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych, IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w związku z zaistnieniem przesłanek określonych w przepisach prawa. W analizowanej sprawie istotne znaczenie ma fakt, iż Beneficjent – Gmina Miejska Wałcz zawierając w dniu 31 sierpnia 2010 r. umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 zobowiązał się do przestrzegania postanowień w niej zawartych. I tak, w myśl § 11 ust. 1 ww. umowy, Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy pzp w zakresie, w jakim ta ustawa ma zastosowanie do realizowanego projektu. Skoro w niniejszej sprawie stwierdzono naruszenie reguł wydatkowania środków poprzez naruszenie przepisów pzp, organ miał podstawy do wydania decyzji w trybie art. 207 ust. 1 ufp. Zgodnie ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego zaprezentowanym w wyroku z dnia 17 kwietnia 2013 r. (sygn. akt II GSK 159/12), w decyzji wydanej na podstawie art. 207 ust. 9 pkt 1 ufp, instytucja zarządzająca powinna wykazać podstawy do ustalenia i nałożenia korekty. IZ RPO WZ podjęła wszystkie niezbędne działania do wyjaśnienia sprawy, w tym analizę całości materiału dowodowego. Nadto zapewniła Stronie prawo do czynnego udziału w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwiła wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Ocena zebranego materiału dowodowego i wyczerpujące wyjaśnienie przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia znalazły odzwierciedlenie w uzasadnieniu niniejszej decyzji administracyjnej.

Podkreślić należy, iż zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki. Z przyczyn szczegółowo opisanych w niniejszej decyzji Beneficjent nie zagwarantował udzielenia zamówienia w sposób oszczędny i konkurencyjny, bowiem w ogóle nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które mogłoby wyłonić wykonawcę, który zaproponowałby korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. W ten sposób Beneficjent przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu ww. zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Zaznaczyć należy, iż zakazane jest

ograniczenie konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę. Środki publiczne przeznaczone na wykonanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystane zgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami. Finansowanie wydatków poniesionych niezgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami przyczynia się do powstania szkody w budżecie unijnym.

Z Wytycznych MIR wynika, iż ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, za niekwalifikowalną część wydatku przyjmuje się kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Należy podkreślić, iż stosowanie Taryfikatora do obliczania korekt finansowych jest działaniem korzystniejszym dla Beneficjenta (opinię tę podziela także MIR), bowiem w przypadku, gdyby nie zastosowano metody wskaźnikowej, wszystkie wydatki związane z dokonaniem naruszeniem podlegałyby zwrotowi w pełnej wysokości.

W odniesieniu do powyższego, wskazać należy, iż w trakcie trwania czynności kontrolnych po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie ustalono, że Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisów pzp (naruszenie procedur stosownie do art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp). Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w projekcie, co wiąże się z nałożeniem stosownie do art. 26 ust. 1 pkt 15a uzppr korekty finansowej w oparciu o zapisy Taryfikatora. Po przeanalizowaniu całokształtu materiału zgromadzonego w sprawie, z uwagi na wagę i charakter szczegółowo opisanych naruszeń, których dopuścił się Beneficjent podczas stosowania pzp, IZ RPO WZ do wyliczenia wysokości korekty przyjęła maksymalne wskaźniki procentowe, bowiem Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisów prawa, które mogło spowodować znaczną szkodę finansową w budżecie UE. Podkreślić należy, iż swoim działaniem Beneficjent ograniczył równy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewniając równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczając konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniu większej ilości oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia w tym niższą cenę. Tym samym IZ RPO WZ nie widzi podstaw do obniżenia poziomu wartości wskaźnika. Jednocześnie wydatki wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia w ramach postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” uznano w całości za niekwalifikowalne.

Reasumując, w wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono i nałożono korektę finansową oraz uznano część wydatków za niekwalifikowalne odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- postępowania na zamówienia dodatkowe udzielone na podstawie umowy nr ZD1/2011; w związku z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999997348%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr ZD1/2011 z dnia 05 września 2011 r. W związku z powyższym łączna kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 10 583,03 zł,
- postępowania na zamówienia dodatkowe udzielone na podstawie umowy nr ZD2/2011; w związku z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999997348%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr ZD2/2011 z dnia 15 września 2011 r. W związku z powyższym łączna kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 8 069,55 zł,
- postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”; w związku z naruszeniem art. 144 ust. 1 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (10%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999997348%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy z dnia 12 maja 2011 r. (za podstawę obliczenia korekty przyjęto część środków pochodzących z funduszy UE przekazanych na

sfinansowanie ostatecznego zamówienia). W związku z powyższym łączna kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 136 897,18 zł,

- postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”; w związku z naruszeniem art. 140 pzp oraz § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie wydatki wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia uznano w całości za niekwalifikowalne (tj. 186 813,99 zł).

Tym samym łączna wartość środków wykorzystanych przez Beneficjenta z naruszeniem procedur wynosi 342 363,75 zł, z czego kwota 198 956,95 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową oraz wydatków uznanych za niekwalifikowalne, gdzie środki nie zostały jeszcze wypłacone. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków Beneficjentowi określa umowa o dofinansowanie, według której jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o odpowiednie kwoty. Podsumowując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej oraz wydatków uznanych za niekwalifikowalne, odnoszących się do wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 143 406,80 zł (342 363,75 zł – 198 956,95 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Konkludując wskazać należy, iż w trakcie kontroli planowej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ w dniach 04-06 listopada 2013 r., po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie ustalono, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia przepisów pzp, a w związku z tym nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości, w związku z czym ustalono wysokość korekty finansowej w oparciu o zapisy Taryfikatora oraz uznano część wydatków za niekwalifikowalne. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych, IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Beneficjent został więc przez IZ RPO WZ wezwany na mocy art. 207 ust. 8 ufp do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Następnie po bezskutecznym upływie 14-dniowego terminu, wobec Beneficjenta wszczęto postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków. IZ RPO WZ na etapie prowadzonego postępowania administracyjnego jest zobowiązana zweryfikować zasadność stwierdzenia korekty finansowej i jej wysokość oraz uznania wydatków za niekwalifikowalne, co zostało wyjaśnione powyżej.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyniki kontroli, jak również korespondencję z Beneficjentem, właściwym jest wskazanie, iż doszło do naruszenia przepisów pzp, a tym samym procedur zawartych w umowie o dofinansowanie. W związku z tym, że zaszły przesłanki, o których mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, a Beneficjent nie dokonał zwrotu środków wskazanych w skierowanym do niego wezwaniu, koniecznym stało się wydanie niniejszej decyzji administracyjnej.

Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ orzeka jak w sentencji.

### **Pouczenie**

Od niniejszej decyzji nie służy odwołanie, jednakże strona może się zwrócić do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z siedzibą w Szczecinie przy ul. Korsarzy 34, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego