

Załącznik do uchwały nr 988/19
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 6 czerwca 2019 r.

Gmina Widuchowa
ul. Grunwaldzka 8
74 – 120 Widuchowa

WWRPO.VIII.3162.114.2013.Ała

DECYZJA
Nr WWRPO/11/W/2019

podjęta w dniu 6 czerwca 2019 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Stanisław Wziątek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,
Janusz Gromek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 – 15 a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2018 r., poz. 1307 t. j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a, ust. 9 pkt. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 t. j. ze zm.) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 i art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 903 t.j. ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2018 r., poz. 913 t. j. ze zm.)

orzeka:

od Beneficjenta – Gminy Widuchowa z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 8, 74 – 120 Widuchowa, zwrot przez pomniejszenie płatności końcowej, środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.03.00-32-013/09-00 zawartej w Szczecinie w dniu 29 lipca 2010 r. na realizację projektu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywina z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” w łącznej kwocie 155 076,86 zł (słownie: sto pięćdziesiąt pięć tysięcy siedemdziesiąt sześć złotych 86/100) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi w następujący sposób:

- od kwoty 89 158,63 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 2 grudnia 2010 r. do dnia 14 lipca 2014 r.,
- od kwoty 5,94 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 11 sierpnia 2011 r. do dnia 14 lipca 2014 r.,
- od kwoty 40 440,22 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 11 sierpnia 2011 r. do dnia 14 lipca 2014 r.,
- od kwoty 25 472,07 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 30 grudnia 2011 r. do dnia 14 lipca 2014 r.

Uzasadnienie

Województwo Zachodniopomorskie reprezentowane przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniący na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2018 r., poz. 1307 t. j. ze zm., zwana dalej uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwana dalej IZ RPO WZ) w dniu 29 lipca 2010 r. zawarło z Gminą Widuchowa z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 8, 74 – 120 Widuchowa (zwaną dalej Beneficjentem lub Gminą), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.03.00-32-013/09-00 na realizację projektu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywim z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” w ramach Osi priorytetowej 4 „Infrastruktura ochrony środowiska”, Działanie 4.3 „Zaopatrzenie w wodę i oczyszczanie ścieków” (zwana dalej Umową). Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do Umowy nr UDA-RPZP.04.03.00-32-013/09-01 z dnia 27 października 2010 r., nr UDA-RPZP.04.03.00-32-013/09-02 z dnia 13 grudnia 2011 r., nr UDA-RPZP.04.03.00-32-013/09-03 z dnia 23 października 2012 r. oraz nr UDA-RPZP.04.03.00-32-013/09-04 z dnia 18 czerwca 2013 r.

Umowa określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z jej zapisami IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez przywołany organ administracji poprawnego wniosku o płatność. Gmina zobowiązała się natomiast 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 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanego dalej RPO WZ) oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych w przywołanym wniosku (§ 4 ust. 4 Umowy). Ponadto, na podstawie § 10 ust. 1 Umowy, Beneficjent był zobowiązany do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., poz. 113 Nr 759 t.j. ze zm., zwaną dalej pzp) w zakresie w jakim przywołany akt normatywny ma zastosowanie do wymienionego i do projektu gdzie zgodnie z ust. 7 wskazanego zapisu umownego w przypadku naruszenia pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” tj. dokumentem, opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, zwane dalej MIR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanego dalej Taryfikatorem). Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałami nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. oraz nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r., w wyniku czego dotychczas obowiązujący dokument otrzymał nowe brzmienie, które z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych wobec Beneficjenta zostało uwzględnione w niniejszej sprawie.

W związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ w dniach 17 – 19 czerwca 2013 r. przeprowadziła jego kontrolę planową. W wyniku podjętych czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu 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 uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r., ze zm., zwanego dalej Rozporządzeniem nr 1083/2006). Ustalono bowiem, przy uwzględnieniu wyjaśnień Gminy zawartych w jej piśmie z dnia 12 sierpnia 2013 r., iż w ramach dwóch prowadzonych postępowań o udzielenia zamówienia publicznego wymieniona jednostka samorządu dopuściła się naruszeń regulacji prawnych ujętych w pzp. I tak, w ramach postępowania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywim z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 pzp poprzez dokonanie istotnej zmiany umowy nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r. w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, a Beneficjent nie określił warunków takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ) ustalając za powyższe uchybienie korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 10% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 17 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”). Natomiast odnośnie drugiego postępowania, tj. postępowania pn. „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywim z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” (umowa nr GNG.2222/12/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r.) stwierdzono naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewniać równego traktowania wykonawców gdzie za opisane uchybienie nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 5% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 12 „Określenie lub stosowanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert”).

Mając na uwadze powyższe, ze względu na fakt, iż Gmina wykorzystwała środki przekazane na realizację projektu z naruszeniem obowiązujących ją w ramach RPO WZ procedur, IZ RPO WZ pismem dnia 18 grudnia 2013 r. wezwwała wymienioną do zwrotu środków w wysokości 308 422,06 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od daty przekazania środków w terminie 14 dni od daty doręczenia wskazanego pisma. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 t. j. ze zm. zwanej dalej ufp), w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, instytucja, która podpisała z beneficjentem umowę o dofinansowanie wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. W omawianym piśmie IZ RPO WZ poinformowała jednocześnie Gminę, iż z uwagi na to, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, zostały również poniesione z naruszeniem obowiązujących procedur nałożono na nie korektę finansową w wysokości 55 848,92 zł, która to kwota zostanie pomniejszona z płatności końcowej w projekcie.

Z uwagi na bezskuteczny wpływ terminu wskazanego w wezwaniu, z dniem 7 stycznia 2014 r. wszczęto wobec Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków przekazanych na podstawie Umowy. Jednocześnie wymieniony został pouczone o możliwości złożenia wniosków dowodowych, wyjaśnień i zastrzeżeń w przedmiotowej sprawie. Beneficjent w dniu 22 stycznia 2014 r. skorzystał z uprawnienia do zapoznania się z aktami sprawy.

W wyniku wszczętego postępowania administracyjnego Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, po dokonaniu całościowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, decyzją administracyjną nr WWRPO/13/W/2014 z dnia 11 marca 2014 r. orzekł o zwrocie środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie Umowy na realizację projektu w wysokości 308 422,06 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

Gmina nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12 a pkt 1 ufp pismem z dnia 30 marca 2014 r. wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej przywołanym wyżej orzeczeniem administracyjnym.

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego po ponownym rozpatrzeniu przedmiotowej sprawy decyzją administracyjną nr WWRPO/27/W/2014 z dnia 27 czerwca 2014 r. utrzymał w całości w mocy uprzednio wydaną decyzję z dnia 11 marca 2014 r.

W przywołanych wyżej orzeczeniach administracyjnych organ stwierdził, że Gmina poprzez naruszenie pzp naruszyła procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp, bowiem podejmowała działania niezgodne z Umową oraz regulacjami prawnymi ujętymi w przywołanym akcie normatywnym co w konsekwencji doprowadziło do stwierdzenia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006.

Uzasadniając powyższe IZ RPO WZ wskazała, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywina z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” Gmina poprzez dokonanie pięciokrotnej, istotnej zmiany umowy nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r. w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez określenia warunków takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ naruszyła art. 144 ust. 1 pzp. Przywołany organ administracji rozpatrzył przy tym przedstawione poniżej wyjaśnienia złożone przez Gminę wskazujące na konieczność wprowadzenia zmian w wymienionej umowie. I tak, odnośnie zawarcia aneksu nr 1 i 2, Beneficjent podniósł, iż potrzeba zmian wynikała z braku możliwości wykonania robót w pierwotnie zakładanym terminie ze względu na prowadzone równoległe prace budowlane związane z przebudową drogi wojewódzkiej nr 122. Ponadto, przyczyną zawarcia aneksu nr 2, a także aneksu nr 3 był fakt, późniejszego niż zakładano przekazania przez Nadleśnictwo Chojna gruntów leśnych, na których inwestycja miała być prowadzona. Dodatkową przyczyną zawarcia aneksu nr 3 była konieczność wykonania przyłącza energetycznego do przepompowni PS 2 przez Zakład Energetyczny ENEA S.A. Wprowadzenie aneksu nr 4 Beneficjent tłumaczył natomiast zmianą warunków wykonania przyłącza energetycznego przez ENEA Operator Sp. z o.o., związanej z podziałem działki gruntu nr 902 na dwie oddzielne działki. Podsumowując, Beneficjent wskazał, iż przywołane wyżej okoliczności były okolicznościami niezależnymi zarówno od wymienionego jak i od wykonawcy. Ponadto, dokonane zmiany zakresu rzeczowego zamówienia wprowadzone aneksem nr 5 do umowy wynikały z konieczności wykonania dodatkowych robót stwierdzonych w protokole konieczności nr 1 na wykonanie robót zamiennych z dnia 10 stycznia 2011 r.

IZ RPO WZ uwzględniając jedynie w części przywołane wyżej wyjaśnienia, stwierdziła, iż nie było podstaw do przedłużenia terminu realizacji umowy z dnia 25 sierpnia 2010 r., gdyż żaden z jej zapisów ich nie przewidywał a okoliczności przytoczone przez Gminę były wcześniej możliwe do

przewidzenia. Tym samym Gmina zawierając aneksy nr 1 – 4 naruszyła przepisy ujęte w pzp, co skutkowało przynajmniej potencjalnym, narażeniem budżetu Unii Europejskiej na szkodę bowiem wydłużenie terminu wykonania zamówienia o okres 1 roku i 3 miesięcy mógł mieć znaczący wpływ na przebieg procesu wyłonienia jego wykonawcy w tym na cenę realizowanego zamówienia. Jednocześnie IZ RPO WZ uznała wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta w zakresie zmian wprowadzonych aneksem nr 5 do umowy stwierdzając przy tym, iż omawiana zmiana naruszyła wprawdzie przepisy pzp, aczkolwiek nie przyczyniła się do wystąpienia szkody.

Natomiast odnośnie postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywini z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” IZ RPO WZ stwierdziła, iż Gmina poprzez wprowadzenie, w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, warunku posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia, uczyniła to w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewniać równego traktowania wykonawców czym naruszyła art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp. Jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu umieszczonym w Biuletynie Informacji Publicznej przywołana jednostka samorządu nie doprecyzowała warunków udziału w postępowaniu na potwierdzenie których żądała przedłożenia dokumentów potwierdzających wymienione wyżej warunki. Wskazany brak dookreślenia warunków naruszał konkurencyjność w postępowaniu ze względu na brak możliwości ich oceny przez potencjalnych wykonawców czym, przynajmniej potencjalnie, narażono budżet Unii Europejskiej na szkodę.

Z uwagi na stwierdzone naruszenia jak również fakt, iż wysokość powstałej szkody była trudna do oszacowania IZ RPO WZ nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w łącznej wysokości 364 270,06 zł, która to kwota zawierała należność główną wymaganą do zwrotu w wysokości 308 422,06 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych oraz kwotę korekty finansowej nałożoną na wydatki dla których środki nie zostały wypłacone, tj. kwotę 55 848,92 zł. Z uwagi na zastrzeżenie zawarte w sentencji decyzji z dnia 11 marca 2014 r. zwrot środków wraz z odsetkami nastąpił przez pomniejszenie płatności końcowej. Odsetki zostały naliczone od dnia przekazania poszczególnych należności głównych do dnia 14 lipca 2014 r., tj. do dnia, w którym upływał 14 – dniowy termin liczony od daty doręczenia decyzji z dnia 27 czerwca 2014 r. (decyzja ostateczna), tj. od dnia 30 czerwca 2014 r.

Gmina, korzystając z uprawnienia do wszczęcia sądowej kontroli działalności administracji publicznej, złożyła do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie (zwanego dalej WSA) skargę administracyjną na decyzję z dnia 27 czerwca 2014 r. oraz poprzedzającą ją decyzję z dnia 11 marca 2014 r. wnosząc o ich uchylenie.

WSA wyrokiem z dnia 7 października 2015 r. (sygn. akt I SA/Sz 1068/14) uchylił wskazane wyżej orzeczenia administracyjne. W wyniku złożonej przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego skargi kasacyjnej Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej NSA) wyrokiem z dnia 8 listopada 2017 r. (sygn. akt II GSK 247/16) uchylił wskazany wyrok w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Po ponownym rozpoznaniu przedmiotowej sprawy WSA wyrokiem z dnia 8 marca 2018 r. (sygn. akt I SA/Sz 44/18) oddalił skargę administracyjną Gminy. Następnie, w związku ze skargą kasacyjną złożoną tym razem przez Beneficjenta, NSA wyrokiem z dnia 21 września 2018 r. (sygn. akt I GSK 2558/18) uchylił wskazany wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania WSA. Uzasadniając przywołane rozstrzygnięcie NSA stwierdził, iż WSA nie wykonał wytycznych ujętych w wyroku z dnia 8 listopada 2017 r. w zakresie oceny prawidłowości ustalenia przez IZ RPO WZ przesłanek faktycznych do zastosowania art. 144 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 ust. 4 pzp. Zgodnie bowiem z art. 190 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2018 r., poz. 1302 t. j. ze zm., zwaną dalej ppsa) sąd, któremu sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez NSA.

Po kolejnym, ponownym rozpoznaniu sprawy WSA wyrokiem z dnia 16 stycznia 2019 r. (sygn. akt I SA/Sz 887/18) uchylił zaskarżoną decyzję z dnia 27 czerwca 2014 r. oraz poprzedzającą ją decyzję z dnia 11 marca 2014 r. Wskazany Sąd I Instancji, uwzględniając ocenę prawną dokonaną przez NSA, podzielił co do zasady stanowisko IZ RPO WZ odnośnie stwierdzonej nieprawidłowości w postępowaniu Gminy przy realizacji projektu. Nie podzielił jednak ostatecznej oceny przywołanego organu w odniesieniu do naruszeń art. 144 ust. 1 pzp, tj. związanych z przedłużaniem realizacji zamówienia dotyczącego wykonania robót budowlanych. Mianowicie, iż wskazane naruszenia skutkować powinny zastosowaniem korekty finansowej w maksymalnej wskaźnikowej wysokości, tj. 10 %. Z uwagi na powyższe WSA, na podstawie art. 153 ppsa, zgodnie z którym ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w orzeczeniu sądu wiążą w sprawie organy, których działanie było przedmiotem zaskarżenia, w omawianym wyroku z dnia 16 stycznia 2019 r. wskazał, iż IZ RPO WZ dokonując ponownego rozpoznania sprawy a rozstrzygając o stopniu istotności stwierdzonego naruszenia art. 144 ust. 1 pzp, winna uwzględnić realność wystąpienia

potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej i jej rozmiar. Przywołany organ administracji w zaskarżonych decyzjach z dnia 11 marca 2014 r. oraz z dnia 27 czerwca 2014 r. w sposób nieprawidłowy uznał bowiem, że omawiana szkoda jest znaczna, co z kolei doprowadziło do wyliczenia wysokości korekty finansowej w oparciu o maksymalny 10 % wskaźnik procentowy. Tym samym IZ RPO WZ winna powyższy wskaźnik obniżyć, w tym rozważyć możliwość jego obniżenia poniżej 5 %, uwzględniając przy tym stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ujęte w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt C-406/14), gdzie wskazano na potrzebę indywidualizacji kary (korekty finansowej).

Przechodząc niniejszym do analizy przedmiotowej sprawy, przy uwzględnieniu wskazań WSA zawartych w wyroku z dnia 16 stycznia 2019 r., na wstępie podkreślić należy, iż środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. 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 15a 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 bowiem 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. W myśl natomiast art. 207 ust. 2 zd. 1 ufp zwrot środków może zostać dokonany przez pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi.

Należy zaznaczyć, iż obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika także wprost z § 7 Umowy. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma zatem nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznanego dofinansowania i w takim przypadku jest również zobowiązana do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp. Naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przywołanej wyżej regulacji prawnej, dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w Umowie, w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jak wskazują NSA w wyroku z dnia 13 października 2015 r. (sygn. akt II GSK 2109/14), podpisana przez beneficjenta według wzoru umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu "innych procedur" mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Ponadto jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z pzp. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych (ustawy pzp, a w konsekwencji także ufp), jak i przepisów unijnych. Pogląd ten został również zaprezentowany przez NSA w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (sygn. akt II GSK 1980/12) gdzie wskazano, iż nie sposób przyjąć, aby ustawodawca do procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków nie zaliczał przepisów prawa – pzp lub też innych ustaw mających zastosowanie przy realizacji określonego projektu. Zatem obowiązkiem Beneficjenta jest stosowanie procedur przewidzianych w pzp, zaś dla oceny, czy środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej (zwanej dalej UE) były wydatkowane zgodnie z Umową, konieczne jest stwierdzenie, czy wymieniony w sposób prawidłowy zastosował przepisy pzp określające m.in. zasady i tryb udzielania zamówień publicznych (por. wyrok NSA z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 2727/14).

Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania Umowy miał obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących reguł, zasad i postanowień wynikających z RPO WZ, Uszczegółowienia RPO WZ, obowiązujących procedur, wytycznych

(w tym Wytycznych dla Wnioskodawców w ramach konkursu RPOWZ/4.3/2009/1 zwanych dalej Wytycznymi), a także informacji IZ RPO WZ (§ 9 ust. 6 Umowy). Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest stwierdzenie, iż w analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 upf, albowiem podejmował działania niezgodne z Umową oraz z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Omawiając niniejszym naruszenia stwierdzone przy udzielaniu zamówienia pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywín z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” w pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z art. 144 ust 1 pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przywołanego wyżej postępowania, tj. w dniu 21 czerwca 2010 r., zakazuje się istotnych zmian postanowień 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 w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Analiza powyższej regulacji prawnej prowadzi do wniosku, że dopuszczalne są zmiany umów o charakterze nieistotnym, a także wszelkie zmiany (niezależnie od stopnia ich istotności) dopuszczone w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, jeżeli warunki wprowadzenia takiej zmiany zostały w nich określone.

W przedmiotowej sprawie bezspornym jest, iż Beneficjent jako zamawiający dokonał pięciokrotnej zmiany postanowień umowy nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r., zawierając z wykonawcą niżej wymienione aneksy:

- aneks nr 1 z dnia 15 października 2010 r., gdzie dokonano zmiany (wydłużenia) terminu wykonania zamówienia Etap I do dnia 30 października 2010 r. przy ulicy Królewieckiej oraz do 15 grudnia 2010 r. przy ulicy Widuchowskiej (pierwotnie do dnia 30 października 2012 r.) w związku z równoległym przebiegiem prac związanych z przebudową drogi wojewódzkiej nr 122, które uniemożliwiły terminowe wykonanie przedmiotu umowy,
- aneks nr 2 z dnia 25 sierpnia 2011 r., gdzie dokonano zmiany (wydłużenia) terminu wykonania zamówienia do dnia 14 listopada 2011 r. w związku z przedłużającym się terminem zakończenia przebudowy drogi wojewódzkiej nr 122, brakiem możliwości finansowania inwestycji przez Gminę z powodu nieotrzymania środków finansowych od Województwa Zachodniopomorskiego oraz z późniejszym niż zakładano przekazaniem gruntów leśnych pod budowę, które uniemożliwiają terminowe wykonanie przedmiotu umowy,
- aneks nr 3 z dnia 14 listopada 2011 r., gdzie dokonano zmiany (wydłużenia) terminu wykonania zamówienia do dnia 30 marca 2012 r., w związku z opóźnionym udostępnieniem gruntów leśnych na cele budowlane przez Nadleśnictwo Chojna, tj. dopiero do dnia 30 września 2011 r. oraz z informacją Zakładu Energetycznego ENEA S.A. o wykonaniu przyłącza energetycznego do przepompowni PS 2 dopiero w I kwartale 2012 r.,
- aneks nr 4 z dnia 30 marca 2012 r., gdzie dokonano zmiany (wydłużenia) terminu wykonania zamówienia do dnia 14 grudnia 2012 r. w związku ze zmianą warunków przyłącza energetycznego przepompowni PS1 oraz z rozbieżnością w dokumentach geodezyjnych odcinka kanalizacji przy ul. Słonecznej,
- aneks nr 5 z dnia 28 września 2012 r., gdzie w związku ze zmianą zakresu wykonywania robót polegających na zamianie studni betonowych na PCV, wydłużeniu sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej oraz rezygnacji z wykonania przyłącza energetycznego do przepompowni PS1, obniżono wynagrodzenie wykonawcy do kwoty 3 923 668,17 zł netto, 4 826 111,85 zł brutto (pierwotnie: 3 964 257,60 zł netto, 4 836 394, 27 zł brutto).

W tym miejscu wskazać należy, iż Beneficjent w § 12 załącznika do SIWZ (wzór umowy) zawarł postanowienia dopuszczające możliwość zmiany umowy z wykonawcą zamówienia. Zgodnie z przywołaną regulacją zmiany umowy będą mogły być wprowadzone w związku z zaistnieniem okoliczności, których wystąpienia strony nie przewidywały w chwili zatwierdzenia umowy (§ 12 ust. 1 pkt 1 umowy). Natomiast w myśl § 12 ust. 1 pkt 2 umowy wskazane wyżej okoliczności nie mogą być wywołane przez którąkolwiek ze stron ani przez nie zawinione i muszą wywołać ten skutek, iż umowa nie może być wykonana wedle pierwotnej treści, w szczególności z uwagi na rażącą stratę grożącą jednej ze stron lub niemożność osiągnięcia celu umowy.

Dokonując oceny czy wprowadzone przez Gminę zmiany polegające na czterokrotnym wydłużeniu terminu realizacji zamówienia można uznać za istotną zmianę umowy, gdzie pzp nie definiuje wskazanego pojęcia, przywołać należy wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zwanego dalej TSUE) z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt C-454/06) oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. (sygn. akt C-496/99) jak też z dnia 5 października 2000 r. (sygn. akt C-337/98), w których stwierdzono, 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 (...). Brak zatem możliwości przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania zmian w umowie należy rozumieć jako

zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, jak również niezależne od strony. Za nieistotną natomiast można uważać zmianę, która nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na sam wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do wskazanych przez Beneficjenta przyczyn zawarcia aneksów nr 1 – 4 a także do jego wyjaśnień złożonych na etapie postępowania administracyjnego stwierdzić należy, iż wymieniony wprowadzając zmiany dotyczące wydłużenia terminu wykonania zamówienia mógł ograniczyć dostępność oferty dla wykonawców, którzy nie mogliby spełnić warunku dotyczącego pierwotnego terminu, który był wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mogliby by do niego przystąpić, gdyby już w ogłoszeniu o zamówieniu czy w SIWZ wyznaczono dłuższy termin wykonania zaplanowanych prac lub szczegółowo określono warunki jego przedłużenia. Wprowadzone zmiany umowy nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r. dotyczące wydłużenia terminu wykonania zamówienia mogły mieć więc wpływ na wybór wykonawcy były zatem zmianami istotnymi.

Mając na uwadze powyższe, wskazania wymaga, iż Beneficjent swoim działaniem naruszył art. 144 ust. 1 pzp, wprowadził bowiem istotne zmiany warunków udzielonego zamówienia nie przewidując uprzednio możliwości ich dokonania zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu czy w SIWZ jak również nie określił warunków takiej zmiany.

Przechodząc niniejszym do dalszej analizy skutków wprowadzonych zmian wskazać należy, iż brak wykazanego wyżej ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mógł doprowadzić do zwiększenia zainteresowania ofertą i wyboru innej, korzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który wywiązałby się z dłuższego terminu realizacji zamówienia niż tego, który został pierwotnie określony w umowie. Potencjalny wykonawca, analizując dokumentację przetargową w zakresie terminu zakończenia robót budowlanych, mógł bowiem dojść do przekonania, iż nie będzie w stanie wywiązać się z nałożonego w umowie terminu, który został wcześniej określony w SIWZ.

Omawiane naruszenie normy prawnej ujętej w pzp mogło więc doprowadzić do wyeliminowania z udziału w postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywin z przesylem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” tych podmiotów, które mogłyby wykazać się możliwościami technicznymi i kadrowymi do wykonania wymienionych robót budowlanych a nie byłyby zdolne do realizacji wymienionego zamówienia w pierwotnym terminie (a byłyby w stanie wykonać je w terminie wydłużonym aneksami nr 1 – 4). Beneficjent nie zapewnił zatem równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczył konkurencję, czym wstrzymał możliwość udziału w postępowaniu większej liczby oferentów, którzy mogliby wystosować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. Nadmienić należy, iż wszyscy potencjalni oferenci, którzy spełniali warunki postawione przez Gminę mieli prawo przystąpić do wszczętego przez nią postępowania gdzie informację o nim uzyskują z ogłoszenia o zamówieniu i na jego podstawie potwierdzają lub nie swoje zainteresowanie wzięciem w nim udziału, a zatem już po zapoznaniu się z ogłoszeniem oraz SIWZ, wymienieni mogli zrezygnować ze złożenia swojej oferty.

W tym miejscu wskazania wymaga, iż przywołanego wyżej stanowiska odnośnie naruszenia art. 144 ust 1 pzp nie zmienia powoływanie się przez Beneficjenta na cytowany wyżej § 12 ust. 1 pkt 1 umowy nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r. ujęty uprzednio w załączniku do SIWZ, który przewidywał możliwość istotnych zmian postanowień umowy w przypadku wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia w chwili jej zawarcia. I tak, odnośnie do aneksu nr 1 – 2 gdzie jako przyczyny braku możliwości wykonania robót w pierwotnym terminie Beneficjent przywołuje fakt prowadzonych równolegle prac budowlanych związanych z przebudową drogi wojewódzkiej nr 122 stwierdzić należy, iż taka inwestycja planowana jest z wyprzedzeniem przy zachowaniu niezbędnych procedur, w tym m.in. dotyczących upublicznienia inwestycji i wymieniony mógł w okresie planowania własnej inwestycji przewidzieć, że może dojść do zakłócenia realizacji przedmiotu umowy z dnia 25 sierpnia 2010 r. Ponadto, w ramach aneksu nr 2 Gmina wskazywała, że wpływ na wykonanie zamówienia miały przedłużające się procedury uzyskania dofinansowania projektu, bowiem finansowanie inwestycji ze środków własnych przerastało możliwości finansowe wymienionej jednostki samorządu. Należy wskazać, iż również i w tym przypadku przywołana argumentacja nie może stanowić podstawy przedłużenia terminu realizacji zamówienia, tj. nie jest okolicznością, której nie można było przewidzieć bowiem podpisując Umowę Beneficjent zapoznał się z zasadami dotyczącymi rozliczania projektu i warunkami otrzymywania dofinansowania. Nadmienić należy niniejszym, iż zgodnie z Wytycznymi, każdy wnioskodawca ubiegający się o dofinansowanie musi zapewnić środki finansowe zabezpieczające wkład własny na realizację projektu opisanego we wniosku o dofinansowanie, w tym na pokrycie wydatków niekwalifikowalnych oraz zabezpieczyć środki na realizację planowanego przedsięwzięcia przed otrzymaniem refundacji (tak, Rozdział 2. „Zasady udzielania dofinansowania”, punkt 2.1 „Podmioty uprawnione do ubiegania się o dofinansowanie”, pozycja IV Wytycznych). Beneficjent jest zatem zobowiązany do przestrzegania powyższych reguł, a przywołane tłumaczenie przesunięcia realizacji zamówienia nie znajduje zastosowania i nie może być podstawą do wydłużenia terminu. W odniesieniu do kolejnej przyczyny przedłużenia terminu, dotyczącej zawarcia aneksu nr 2 oraz nr 3, tj. późniejszego niż zakładano przekazania przez

Nadleśnictwo Chojna gruntów leśnych, na których miała być wykonywana inwestycja, także stwierdzić należy, iż aby rozpocząć realizację robót, Gmina jest zobowiązana posiadać wszelkie uprawnienia i pozwolenia, w tym decyzję o pozwoleniu na budowę. Dokumenty takie wymieniony powinien posiadać już przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby mieć pewność, że inwestycja będzie mogła zostać zrealizowana na określonym obszarze w zakładanym terminie. Nie jest to więc okoliczność niezależna od Beneficjenta i nie może tłumaczyć wydłużenia terminu na realizację robót. Z powyższych powodów nie można też podzielić stanowiska Gminy, że sporządzenie aneksu nr 3 uzasadnione było koniecznością wykonania przyłącza energetycznego do przepompowni PS 2 przez Zakład Energetyczny ENEA S. A. co miało nastąpić dopiero w I kwartale 2012 r. a wymieniona nie miała wpływu na zachowanie podmiotów trzecich, tj. właściwego miejscowo nadleśnictwa oraz wskazanej spółki kapitałowej. Z kolei wprowadzenie aneksu nr 4 Beneficjent uzasadnia zmianą warunków wykonania przyłącza energetycznego przez ENEA Operator Sp. z o.o., związaną z podziałem działki 902 na dwie oddzielne działki i wydaniem przez przywołaną spółkę nowych warunków zmieniających sposób przyłączenia przepompowni ścieków PS 1 i koniecznością wykonania przez nią nowego przyłącza we własnym zakresie i na jej koszt, co także nie może być uznane za okoliczność niezależną od Gminy. Zgodzić się wprawdzie należy z Beneficjentem, iż opisana wyżej okoliczność związana z podziałem gruntu nie mogła zostać wcześniej przewidziana, jednakże wymieniony w złożonych wyjaśnieniach nie odniósł się do rozbieżności w dokumentacji geodezyjnej odcinka kanalizacji przy ul. Słonecznej, które również spowodowały opóźnienie realizacji inwestycji. Takie wyjaśnienia nie są zatem wystarczające i nie tłumaczą wydłużenia terminu na wykonanie prac, tym bardziej, że są to zmiany, których nie przewidziano wcześniej w umowie.

Z uwagi na powyższe, Gmina poprzez zawarcie omówionych wyżej aneksów do umowy z dnia 25 sierpnia 2010 r. wprowadziła istotne zmiany jej postanowień w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonała wyboru wykonawcy, polegające na zmianach terminu wykonania zamówienia łącznie do dnia 14 grudnia 2012 r. gdzie pierwotnie termin ten ustalony był odpowiednio na dzień 30 października 2010 r. (Etap I) oraz na dzień 31 sierpnia 2011 r. (Etap II) czym naruszyła art. 144 ust. 1 pzp.

Przechodząc niniejszym do omówienia naruszenia stwierdzonego w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywiz z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” wskazać należy na wstępie, iż zgodnie z art. 7 ust 1 pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia wymienionego postępowania) zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast zgodnie z art. 22 ust 4 pzp (aktualnie uchylonym) opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o którym mowa w ust. 1 wskazanej regulacji (tj. warunków, które muszą spełnić wykonawcy) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W omawianym postępowaniu Beneficjent na potwierdzenie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wymagał od wykonawców wykazu trzech inwestycji, na których oferent w ciągu trzech lat pełnił lub pełni funkcję inspektora nadzoru na roboty budowlane w zakresie tożsamym lub zbliżonym z przedmiotem zamówienia, tj. budowa kanalizacji sanitarnej lub sieci wodociągowej, realizowanych ze środków UE, Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (zwanego dalej WFOŚiGW) lub Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (zwanego dalej NFOŚiGW). Gmina w ogłoszeniu o zamówieniu umieszczonym w Biuletynie Informacji Publicznej nie doprecyzowała przy tym wymogów udziału w postępowaniu (warunki blankietowe), na potwierdzenie których żądał przedłożenia dokumentów, potwierdzających wymienione wyżej warunki.

W tym miejscu stwierdzić należy, iż wprawdzie w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze, to jednak zamawiający nie ma nieograniczonej swobody przy tworzeniu warunków jakie powinien spełniać potencjalny wykonawca zamówienia. Wskazaną wyżej swobodę ograniczają cytowane wyżej regulacje prawne ujęte w pzp, zakazujące wprowadzania nieuzasadnionych restrykcji ograniczających oferentom udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nadmierne wymagania ujęte w SIWZ mogą bowiem na wstępie wyeliminować z udziału w przetargu tych wykonawców, którzy posiadają doświadczenie i wiedzę w świadczeniu stosownych usług a dopuszczają do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców. Co więcej, istnienie zbyt wygórowanych kryteriów może prowadzić do sytuacji, w której nie będzie zainteresowanych do realizacji zamówienia publicznego lub proponowane ceny w wyniku wszczętego postępowania będą wyższe, niż te które potencjalnie byłyby możliwe do uzyskania w razie prawidłowego sformułowania omawianych warunków.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, wskazać należy, iż Beneficjent swoim działaniem polegającym na sformułowaniu wymogu doświadczenia w realizacji zamówienia, którego zakres ograniczony był źródłem finansowania, tj. realizowanych ze środków UE, WFOŚiGW

lub NFOŚiGW naruszył uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, tj. zasady ujęte w art. 7 ust. 1 pzp czyniąc to w związku z naruszeniem art. 22 ust 4 pzp. Przywołane źródło finansowania inwestycji nadzorowanej przez inspektora nadzoru nie powinno bowiem wykluczać z postępowania wykonawców, którzy posiadali podobne kompetencje i doświadczenie przy realizacji zamówienia zbliżonego zarówno rodzajowo jak i wartościowo do przedmiotu omawianego zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 43/09) w której stwierdzono, iż formułowanie wymienionego wyżej warunku stanowi jedynie przeszkodę w możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty posiadające doświadczenie w wykonywaniu usług, których źródło finansowania jest inne niż wskazane przez zamawiającego a co za tym idzie nie znajduje ono żadnego uzasadnienia. Wskazanego stanowiska nie zmieniają wyjaśnienia złożone przez Gminę, w których powoływano się na fakt, iż przedmiotowa inwestycja realizowana będzie przy udziale m. in. środków unijnych a co za tym idzie, inspektor nadzoru poza typowymi obowiązkami związanymi z pełnieniem tej funkcji wykonywać będzie także wiele dodatkowych czynności związanych z rozliczeniem inwestycji dofinansowanej z budżetu UE. Nie można bowiem wykluczyć oferentów, którzy mają stosowne kwalifikacje i doświadczenie, lecz nie brali udziału w nadzorowaniu inwestycji z udziałem środków finansowych z UE lub WFOŚiGW czy NFOŚiGW. Dodatkowo nadmienić należy, iż z omawianej umowy na wykonanie zamówienia z dnia 25 sierpnia 2010 r. nie wynika aby na inspektora nadzoru nałożono jakiegokolwiek szczegółowe zobowiązania, które wykraczałyby poza standardowe kompetencje związane z wymienioną funkcją ujęte w art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r., poz. 1202 t. j. ze zm.) normującym kwestię obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego.

Podkreślenia wymaga, iż przestrzeganie w przeprowadzonych przez Beneficjenta, a omówionych wyżej, postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zasad zapewniających uczciwą konkurencję dawałoby gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki, w tym najniższą cenę. Natomiast niezachowanie tych zasad takiej gwarancji nie daje. W ten sposób wymieniony przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu przywołanych wyżej reguł mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z unijnego budżetu. W opisanych powyżej przypadkach wysokość szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby wkład UE. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do omawianych postępowań, gdyby Beneficjent dochował wskazanych powyżej wymogów określonych przepisami pzp.

Zgodnie z cytowanym już na wstępie niniejszego orzeczenia § 10 ust. 7 Umowy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z Taryfikatorem. Na podstawie jego zapisów ustalenie korekty finansowej może następować na dwa sposoby, tj. 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. Przywołana metoda ma pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. Do jej zastosowania konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez beneficjenta lub grożącej na skutek jego zachowania, co nie jest możliwe w niniejszej sprawie, nie można bowiem oszacować o ile wydatki poniesione przez Gminę przy zachowaniu przez nią wszystkich zasad, o których mowa w niniejszej decyzji administracyjnej, byłyby niższe, a tym samym o ile niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, gdzie z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone, co stwarza trudności do ich oszacowania, dopuszczono możliwość ustalenia korekty finansowej uwzględniającej wagę stwierdzonego naruszenia (metoda wskaźnikowa), z której z uwagi na przywołane wyżej okoliczności skorzystano.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 98 ust 2 Rozporządzenia 1083/2006 korekta powinna być proporcjonalna zarówno do charakteru i wagi naruszenia jak i do strat finansowych poniesionych przez dany fundusz. Kara finansowa winna być zatem wymierzona po zbadaniu wszystkich indywidualnych okoliczności a nie automatycznie na podstawie Taryfikatora.

Nadmienić należy niniejszym, że za opisane wyżej naruszenia art. 144 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp Taryfikator przewiduje odpowiednio korektę w wysokości 10 % (Tabela nr 4, pozycja 17 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”) oraz w wysokości 5% (Tabela nr 4, pozycja 12 „Określenie lub stosowanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert”). Zgodnie z wytycznymi MIR, przedstawione w tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Obniżenie zalecanej stawki maksymalnej nie może jednak przekroczyć 50% wartości wskaźnika wyjściowego i jest dopuszczalne jedynie w odniesieniu

do tych kategorii nieprawidłowości, którym nie zostały przypisane stawki korekt wyrażone w postaci przedziałów. Niemniej jednak ostateczna decyzja co do zastosowania korekty i wysokości jej wskaźnika należy do instytucji zarządzającej właściwym programem operacyjnym.

Mając na uwadze powyższe, po przeanalizowaniu całokształtu materiału zgromadzonego w sprawie, z uwagi na wagę i charakter naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp stwierdzonego przy udzielaniu zamówienia „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywin z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” IZ RPO WZ do wyliczenia wysokości korekty przyjęła maksymalny wskaźnik procentowy (5 %), bowiem Beneficjent poprzez swoje działanie w sposób istotny ograniczył krąg ewentualnych oferentów a dopuszczenie ich większej liczby mogło doprowadzić do ustalenia wynagrodzenia dla inspektora nadzoru w niższej wysokości. Powyższego stanowiska nie zmieniają wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez Beneficjenta, który podnosił, iż do wymienionego postępowania zgłosiło się czterech potencjalnych wykonawców a więc liczba zbliżona do tego rodzaju postępowań, która oscyluje w granicach 3 – 5.

Odnosząc natomiast naruszenia art. 144 ust. 1 pzp stwierdzonego przy postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywin z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” dla którego to naruszenia maksymalny wskaźnik procentowy wynosi 10 % IZ RPO WZ znalazła podstawy do jego obniżenia o 50 %, a tym samym ukształtowania go na poziomie 5 %. Przywołany organ administracji nie znalazł jednak podstaw do obniżenia wymienionego wskaźnika procentowego poniżej 5 %. Mianowicie, wykryte uchybienie polegające na istotnej zmianie umowy (bez uprzedniego przewidzenia tej możliwości zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ) mogło wprawdzie, co wykazano wyżej, wpłynąć na zwiększenie kręgu potencjalnych wykonawców zamówienia i ewentualne obniżenie jego ceny to jednak nie bez znaczenia pozostaje kwestia realności wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE na tle okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy. I tak, mając na względzie przedmiot przywołanego zamówienia, tj. budowa kanalizacji na terenie wiejskim jak również fakt, że wprowadzona zmiana polegająca na wydłużeniu terminu wykonania zamówienia dokonana została w obrębie jednego zapisu a przesłanki wydłużenia były w dużej mierze niezależne od strony, stwierdzić należy niniejszym, iż wypełnienie przez Beneficjenta dyspozycji prawnej ujętej w art. 144 ust 1 pzp nie daje jednoznacznych podstaw do wskazania, że takie działanie doprowadziłoby do zwiększenia kręgu potencjalnych wykonawców zamówienia i ewentualnie obniżenia jego ceny. Trudno bowiem uznać, iż przewidywalność, kilkukrotnego przerywania robót budowlanych i związana z nim konieczność zabezpieczenia już wykonanych prac a następnie przesunięcie zaangażowanych uprzednio pracowników i profesjonalnego sprzętu do innych robót mogło prowadzić do zwiększenia zainteresowania realizacją zamówienia. Wskazać zatem należy, że o ile nie można wykluczyć, iż do omawianego postępowania o udzielenie zamówienia mogła zgłosić się większa liczba oferentów to jednak istotność wprowadzonych zmian w umowie nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r. nie jest znaczna a w konsekwencji prawdopodobieństwo wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE jest średnie. Dodatkową przesłanką przemawiającą za obniżeniem korekty jest również fakt, iż celem realizowanego projektu była budowa wiejskiej kanalizacji a zatem cel doniosły zarówno ze względów społecznych jak i dla ochrony środowiska naturalnego. Uzasadniając natomiast kwestię braku możliwości obniżenia omawianego wskaźnika procentowego poniżej 5 % stwierdzić należy, iż przywołana wyżej niejednoznaczność co do możliwości zwiększenia kręgu potencjalnych wykonawców zamówienia, nie powoduje jednak, iż takiej ewentualności wykluczyć nie można. Tym samym z uwagi na fakt, iż istniało prawdopodobieństwo pojawienia się wykonawców, którzy chcąc realizować omawiane zamówienie w terminie dłuższym niż pierwotnie zakładanym złożyliby ofertę korzystniejszą (w tym ofertę niższą cenowo), brak jest przesłanek do obniżenia wskaźnika procentowego poniżej poziomu 5 %. Nadmienić przy tym należy, iż zgodnie z cytowanymi wyżej wytycznymi MIR obniżenie zalecanej stawki maksymalnej odnoszącej się do nieprawidłowości dla której nie została określona stawka korekty wyrażona w postaci przedziałów, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie, nie może przekroczyć 50% wartości wskaźnika wyjściowego. Poczynione wyżej rozważania realizują normę prawną ujętą w przywołanym już wcześniej art. 153 ppsa, zgodnie z którym wskazania ujęte w orzeczeniu sądu, tj. w wyroku WSA z dnia 16 stycznia 2019 r., są wiążące dla organu, którego działanie było przedmiotem zaskarżenia.

Wysokość poszczególnych korekt obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (5%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE, który zgodnie z Umową wynosi 74,9957462555 % i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia według wzoru $Wk = W\% \times Wkw. \times W\acute{s}$ gdzie:

Wk – wysokość korekty finansowej,

W% – wskaźnik procentowy nałożonej korekty,

Wkw. – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

I tak w ramach postępowania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywin z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej”, przy wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych

wynoszących 4 826 111,85 zł (umowa nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r.), kwota korekty wynosi 180 968,93 zł ($Wk = 5\% \times 4\,826\,111,85 \text{ zł} \times 74,9957462555\% = 180\,968,93 \text{ zł}$). Odnośnie natomiast postępowania pn. „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywiz z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej”, przy wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych wynoszących 62 220,00 zł (umowa nr GNG.2222/12/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r.), kwota korekty wynosi 2 333,12 zł ($Wk = 5\% \times 62\,220,00 \text{ zł} \times 74,9957462555\% = 2\,333,12 \text{ zł}$).

Wobec powyższego, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, została przez IZ RPO WZ ustalona w wysokości 183 302,05 zł (180 968,93 zł + 2 333,12 zł). Powyższe kwoty zawierają należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 155 076,86 zł, którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych (liczone od dnia przekazania poszczególnych środków do dnia zwrotu) oraz kwoty korekty finansowej, o którą zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. 28 225,19 zł.

Kwota 28 225,19 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla której 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 wymienionemu określa Umowa, zgodnie z którą 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 kwoty ustalonej korekty. Podsumowując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 155 076,86 zł (183 302,05 zł – 28 225,19 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych. Z uwagi na fakt, iż w przedmiotowej sprawie zwrot nastąpił przez pomniejszenie z płatności końcowej przysługującej Beneficjentowi, środków wraz z odsetkami liczonymi na dzień 14 lipca 2014 r. w wysokości pierwotnie nałożonej korekty finansowej różnica wynikająca z obniżenia przez IZ RPO WZ wskazanej korekty zostanie wymienionemu zwrócona.

Podsumowując wskazać należy, iż po dokonaniu szczegółowej analizy zebranej dokumentacji w tym okoliczności faktycznych występujących w przedmiotowej sprawie stwierdzono, że Beneficjent poprzez swoje działania doprowadził do naruszenia art. 144 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp. W związku z naruszeniem przywołanych przepisów, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości wymienionej w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, przez którą rozumie się 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. Wskazać należy, iż do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Zarówno Komisja Europejska, jak i TSUE przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego, którego poszczególne regulacje zostały przytoczone powyżej na etapie opisu nieprawidłowości jakiej dopuścił się Beneficjent. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt II GSK 1065/14) szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad pzp. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Ponadto jak wskazał NSA w wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. akt II GSK 1653/14) szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyroki NSA z dnia 17 grudnia 2014 r. (II GSK 1467/13) oraz z dnia 19 marca 2013 r., (sygn. akt II GSK 51/13)). Co istotne, na co zwrócił również uwagę NSA w wyroku z dnia 29 kwietnia 2015 r. (sygn. akt II GSK 610/14) warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości, o której mowa powyżej, ustaliła, iż Beneficjent w ramach postępowań przetargowych pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Krzywiz z przesyłem ścieków do oczyszczalni

w Widuchowej” oraz „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej w m. Krzywín z przesyłem ścieków do oczyszczalni w Widuchowej” naruszył art. 144 ust. 1 pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp, czym w konsekwencji naruszył zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Powyższymi działaniami Gmina doprowadziła do wykorzystania części środków przekazanych w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wskazanych wyżej norm prawnych, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy poprzez dopuszczenie wykonawców konkurencyjnych, którzy przy prawidłowym przeprowadzeniu omawianych postępowań przetargowych zaproponowaliby lepsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę.

NSA w postanowieniu z dnia 7 października 2011 r. (sygn. akt II GSK 1932/11) stwierdził, iż wynik kontroli udzielonego zamówienia publicznego jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Beneficjenta, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 ufp, który obliuguje IZ RPO WZ do skierowania do wymienionego wezwania do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Bezskuteczny upływ 14-dniowego terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, skutkuje wobec Beneficjenta wszczęciem postępowania administracyjnego zakończonym wydaniem decyzji administracyjnej określającej kwotę wymaganą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności Umowę wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie Projektu, dokumentację z czynności kontrolnych jak również wskazania WSA zawarte w jego wyroku z dnia 16 stycznia 2019 r. (sygn. akt I SA/Sz 887/18), koniecznym stało się wydanie przedmiotowej decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 pkt 1 ufp, po bezskutecznym upływie terminu, określonego w wezwaniu IZ RPO WZ wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

Z uwagi na powyższe należało orzec 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.

W trakcie biegu terminu do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, strona może zrzec się prawa do jego złożenia wobec Instytucji Zarządzającej RPO WZ, która wydała decyzję. Z dniem doręczenia Instytucji Zarządzającej RPO WZ oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

Radca prawny Marcin Boczek
Jerzykowski i Wspólnicy sp. k. Kancelaria Prawna
ul. Sławomira 4
71 - 606 Szczecin