



## Uchwała Nr 1936/13 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego

### Uchwała Nr 1936/13 Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego

z dnia 27 listopada 2013 r.

w sprawie podjęcia decyzji o zwrocie przez beneficjenta – Gminę Recz z siedzibą w Reczu przy ul. Ratuszowej 17, środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego otrzymanych w ramach umowy nr UDA-RPZP.04.03.00-32-014/09-00 z dnia 18.02.2010 r. na realizację projektu pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno – tłocznej Sokoliniec – Sicko – Recz” w łącznej kwocie 181 993,44 zł (słownie: sto osiemdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote 44/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2 i ust. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) w zw. z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 2013 r., poz. 596 ze zm.)

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego uchwała, co następuje:

#### § 1

1. Podejmuje się decyzję o zwrocie przez beneficjenta – Gminę Recz z siedzibą w Reczu przy ul. Ratuszowej 17, środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego otrzymanych w ramach umowy nr UDA-RPZP.04.03.00-32-014/09-00 z dnia 18.02.2010 r. na realizację projektu pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno – tłocznej Sokoliniec – Sicko – Recz” w łącznej kwocie 181 993,44 zł (słownie: sto osiemdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote 44/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.
2. Decyzja, o której mowa w ust. 1 stanowi załącznik do niniejszej uchwały.

#### § 2

Wykonanie uchwały powierza się Marszałkowi Województwa Zachodniopomorskiego.

#### § 3

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

### UZASADNIENIE

Beneficjent – Gmina Recz z siedzibą w Reczu przy ul. Ratuszowej 17, w dniu 18.02.2010 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.03.00-32-014/09-00 na realizację projektu pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno – tłocznej Sokoliniec – Sicko – Recz”.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 12 umowy o dofinansowanie, w dniach 15-18.10.2012 r., w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową. W toku przeprowadzonych czynności kontrolnych stwierdzono uchybienia w stosowaniu ustawy pzp w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) w ramach postępowania pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec-Sicko-Recz, obszar gminy Recz” stwierdzono naruszenie:
  - art. 25 ust. 1 pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania,
  - art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 pzp poprzez wprowadzenie istotnych zmian umowy nr 7/6/2010 z dnia 13.05.2010 r. (4 Aneksy do umowy) w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w oparciu o przesłanki, których nie przewidziano w ww. umowie,
- 2) w ramach postępowania pn. „Prowadzenie nadzoru inwestorskiego na zadaniu inwestycyjnym pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec-Sicko-Recz, obszar gminy Recz”” stwierdzono naruszenie:

- art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 pzp poprzez dokonanie istotnych zmian umowy nr 9/6/2010 z dnia 01.06.2010 r. w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy poprzez zmniejszenie zakresu świadczeń wykonawcy, bez zmiany (zmniejszenia) wysokości wynagrodzenia, a co za tym idzie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 pzp poprzez dokonanie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu oraz ograniczenie potencjalnych wykonawców poprzez żądanie wykazania się doświadczeniem w zakresie zarządzania projektami współfinansowanymi ze środków UE.

Ponadto, w ramach postępowania pn. „Prowadzenie nadzoru inwestorskiego na zadaniu inwestycyjnym pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec-Sicko-Recz, obszar gminy Recz”, Zamawiający wprowadził Aneks nr 2/2011 z dnia 27.05.2011 r. zmianę do umowy nr 9/6/2010, z naruszeniem zasad pzp, w związku z czym wydatki wynikające z ww. Aneksu nr 2/2011 w kwocie 19 244,78 zł zostały w oparciu o § 10 ust. 6 umowy o dofinansowanie uznane za niekwalifikowalne w projekcie.

W trakcie czynności kontrolnych ustalono nadto, iż Zamawiający nieprawidłowo ujął całość kwoty wydatków kwalifikowalnych w ramach faktury nr 15/09 z dnia 15.04.2009 r. do refundacji przedstawionej do rozliczenia we wniosku o płatność, podczas gdy z opisu faktury przedłożonej w trakcie kontroli wynikało, iż część wydatku z faktury dotyczyła zakresu obejmującego teren Gminy Suchań, która pierwotnie miała realizować projekt wspólnie z Gminą Recz. Dnia 02.06.2009 r. Gmina Suchań odstąpiła od wspólnej realizacji przedsięwzięcia, tym samym kwota obejmująca zakres dokumentacji zamiennej Gminy Suchań w wysokości 10 614,00 zł stanowi koszt niekwalifikowalny w ramach projektu.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Wzrost i Współpracy Regionalnej Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwane dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 11.08.2013 r., znak: WWRPO.III.4331.(04.03.00/2009/014)2013.OS.01 wezwała Beneficjenta do zwrotu nienależnie pobranych środków wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

W odpowiedzi na wezwanie do zwrotu środków, pismem z dnia 28.08.2013 r. Beneficjent wyraził zgodę na częściowe potrącenie środków w zakresie kwoty 8 037,73 zł, które stanowią wysokość środków do zwrotu w związku z uznaniem wydatków za niekwalifikowalne w kwocie 10 614,00 zł (faktura nr 15/09 z dnia 15.04.2009 r.). W związku z wyrażeniem zgody przez Beneficjenta na potrącenie z kolejnej płatności kwoty 8 037,73 zł i niekwestionowanie stwierdzonego przez IZ RPO WZ naruszenia powodującego uznanie za niekwalifikowalny wydatku w kwocie 10 614,00 zł, naruszenie to nie jest przedmiotem decyzji administracyjnej.

Beneficjent w przedmiotowym piśmie nie zgodził się natomiast z naliczeniem przez IZ RPO WZ korekty finansowej w pozostałej kwocie, tj. 195 185,33 zł.

Ze względu na bezskuteczny wpływ terminu wskazanego w ww. wezwaniu, z dniem 02.09.2013 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków z tytułu płatności dokonanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.03.00-32-014/09-00. Strona skorzystała z prawa do przejrzania akt sprawy i zapoznała się z materiałem dowodowym dnia 10.09.2013 r., następnie pismami z dnia 17.09.2013 r. oraz 30.09.2013 r. wniosła dodatkowe wyjaśnienia.

Po dokonaniu analizy wyjaśnień przedstawionych przez Gminę Recz, jak również po dokonaniu całościowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, mając na względzie powyższe regulacje IZ RPO WZ ustaliła co następuje.

W postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec-Sicko-Recz, obszar gminy Recz” Beneficjent naruszył art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust.1 pzp. Zamawiający nie określił w umowie nr 7/6/2010 z dnia 13.05.2010 r. zawartej z wykonawcą, przesłanek warunkujących jej zmianę, a w § 12 ww. umowy zawarł ogólny zapis dopuszczający zmianę umowy i uzupełnianie jej treści w drodze aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zamawiający zawarł 4 Aneksy do umowy nr 7/6/2010 z dnia 13.05.2010 r.

Beneficjent składając wyjaśnienia odnośnie zmiany wprowadzonej aneksami wskazał, iż art. 144 ust. 1 pzp stanowi, że Zamawiający może dokonać zmiany umowy pod warunkiem, że możliwość takiej zmiany przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Zamawiający w § 12 umowy przewidział możliwość jej zmiany. Zamawiający rzeczywiście nie rozpisał bardzo precyzyjnie wszystkich możliwych zmian ponieważ dopiero jakiś czas po wejściu w życie tzw. małej nowelizacji ustawy z grudnia 2009 r. (gdzie w art. 144 dodano słowo „istotnych”) pojawiły się interpretacje tego przepisu, z których wynikało, że przesłanki zmiany należy dokładnie rozpisać. Odnośnie zmian wprowadzonych Aneks nr 1, Beneficjent wyjaśnił, iż dokumentacja projektowa nie przewidywała utrudnień w wykonaniu robót w wyniku nadmiaru wody oraz jej wysokich stanów. Dnia 15.11.2010 r. został sporządzony protokół konieczności nr 1/2010 na wykonanie dodatkowych pompowań spowodowanych wysokim poziomem wód gruntowych. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 02.11.2010 r. wystąpił do Wydziału Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego (dalej WWRPO) z wnioskiem o wyrażenie zgody na przesunięcie terminu realizacji projektu. W dniu 10.11.2010 r. zmiana ta została zaakceptowana, następnie dnia 16.11.2010 r. z wykonawcą został zawarty Aneks nr 1, zmieniający termin zakończenia robót do dnia 30.04.2011 r. Ponadto należy zauważyć, że pomimo koniecznego i niemożliwego wcześniej do przewidzenia przesunięcia terminu realizacji Zamawiający nie zwiększył w związku z tym przesunięciem, wynagrodzenia wykonawcy. Odnośnie zmiany wprowadzonej Aneks nr 2, Beneficjent wyjaśnił, iż w związku z wejściem w życie ustawy o zmianie podatku VAT wykonawca wniósł wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia dotyczącego podatku VAT z 22% na 23%. Zamawiający wziął pod uwagę obowiązującą opinię prawną Prezesa UZP, zgodnie z którą zmiana stawki podatku VAT jest zmianą nieistotną i może być wprowadzona do umowy nawet jeżeli Zamawiający takiej okoliczności w umowie nie przewidział. Przepis art. 144 ust. 1 pzp w brzmieniu obowiązującym w czasie zawierania przedmiotowego Aneksu nr 2 zawierał już bowiem przesłankę możliwości wprowadzenia zmian nieistotnych do umowy zawsze (a jedynie zmiany istotne musiały być w umowie wcześniej przewidziane). Zmianę wprowadzoną Aneks nr 3 Beneficjent tłumaczył trudną sytuacją związaną z pogodą w miesiącach zimowych 2011 r. W wyniku anomalii pogodowych zostały praktycznie wstrzymane roboty budowlane związane z budową kanalizacji sanitarnej. W związku z nałożeniem się nieprzewidzianych zdarzeń losowych, niezawinionych przez wykonawcę ani też Zamawiającego Beneficjent zwrócił się do WWRPO o wyrażenie zgody na przesunięcie terminu realizacji projektu. Prośba ta została rozpatrzona pozytywnie. W związku z powyższym w dniu 15.04.2011 r. z wykonawcą został zawarty Aneks nr 3. Nadto Beneficjent wyjaśnił, iż w celu zrealizowania głównego zadania tj. podłączenia gospodarstw domowych do kanalizacji z Sicka i Sokolińca zgodnie ze stanem rzeczywistym zasła konieczność przedłużenia zakończenia realizacji zadania do dnia 22.06.2011 r., stąd też został z wykonawcą zawarty Aneks nr 4.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, należy podkreślić, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 25.03.2010 r., natomiast przepisy dotyczące stosowania znowelizowanego art. 144 pzp weszły w życie, odpowiednio w kolejnych nowelizacjach: w dniu 24.10.2008 r., zaś zmiana w zakresie dopisania w ww. przepisie słowa: "istotnych" nastąpiła w dniu 22.12.2009 r. W związku z powyższym w okresie wszczęcia postępowania o udzielenie podstawowego zamówienia publicznego Beneficjentowi powinny być znane zasady stosowania art. 144 ust. 1 pzp w zakresie obowiązującego w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu na konieczność przewidzenia samej możliwości wprowadzania zmian do umowy i konieczność określania warunków takich zmian. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pzp, aby zmienić umowę należy najpierw "przewidzieć możliwość wprowadzania zmian", a następnie "określić warunki wprowadzania zmian". Beneficjent przewidział możliwość zmiany umowy nr 7/6/2010 w § 12 tej umowy i warunki wprowadzenia zmian w § 5, do których nie należy jednak możliwość wprowadzenia zmian co do terminu wykonania zobowiązania, a jedynie co do wysokości wynagrodzenia.

Beneficjent w piśmie z dnia 30.09.2013 r. wyjaśnił, iż należy zwrócić uwagę na aspekt interpretacji pojęcia „nieistotna zmiana umowy”. Strona wskazała, iż wprowadzone przez Zamawiającego zmiany, nie są istotne, a tym samym nie są podstawą do nałożenia korekty finansowej. Za nieistotną można uważać zatem zmianę, która nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na sam wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem mając powyższe na uwadze, IZ RPO WZ wskazała, iż jedynie Aneks nr 2 do umowy nr 7/6/2010 z dnia

13.05.2010 r. dotyczący zmiany stawki podatku od towarów i usług VAT mógł zostać wprowadzony bez naruszenia art. 144 pzp, jako zmiana nieistotna. IZ RPO WZ nie kwestionuje w przedmiotowej sprawie ważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale jego przeprowadzenie zgodnie z procedurą zamówień publicznych z zachowaniem obowiązujących zasad.

Zamawiający wprowadzając zmiany do umowy z wykonawcą, ograniczył dostępność oferty dla wykonawców, którzy nie spełnili warunku dotyczącego pierwotnego terminu realizacji zamówienia (który był wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Oczywiście jest więc, że omawiane zmiany umowy dotyczące przesunięcia terminu wykonania robót na późniejszy mogły mieć wpływ na wybór wykonawcy. Potencjalny wykonawca, po przeanalizowaniu dokumentacji przetargowej w zakresie terminu zakończenia robót budowlanych, mógłby stwierdzić, iż nie będzie w stanie wywiązać się ze zobowiązania zawartego w umowie w określonym w SIWZ terminie. Uchybienie przepisom pzp mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych tych firm, które mogłyby, co prawda wykazać się możliwościami technicznymi i kadrowymi do wykonania robót budowlanych, jednakże nie byłoby w stanie wykonać tego zamówienia w terminie założonym pierwotnie (a byłoby w stanie wykonać zamówienie w terminie zmienionym, wprowadzonym Aneksami). Beneficjent nie zapewnił zatem równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczył konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniu większej ilości oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. Zdaniem IZ RPO WZ nie było podstaw do przedłużenia terminu realizacji umowy, w przypadku aneksów do umowy na podstawie przesłanek, na które powołuje się Beneficjent bowiem żaden z zapisów umowy 7/6/2010 ich nie przewidywał. W związku z powyższym w postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec – Sicko-Recz, obszar gminy Recz”, stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 pzp, poprzez wprowadzenie istotnych zmian (bez wcześniejszego przewidzenia możliwości ich dokonania) w drodze Aneksu nr 1 z dnia 16.11.2010 r., Aneksu nr 3 z dnia 15.04.2011 r. oraz Aneksu nr 4 z dnia 26.05.2011 r.

Ponadto Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu żądał, aby wykonawcy załączyli do oferty kserokopie dokumentów potwierdzających: stwierdzenie przygotowania zawodowego (uprawnienia), wpis na listę właściwej izby samorządu zawodowego (OIB), posiadanie aktualnego obowiązkowego ubezpieczenia OC, wpis do centralnego rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego - zaświadczenia albo decyzji. Tym samym Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 pzp. Beneficjent odnośnie powyższego wyjaśnił, iż Zamawiający w Rozdziale XI pkt B SIWZ wyraźnie wskazał, jakie dokumenty należy dołączyć do oferty w celu potwierdzenia posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W pkt 2 wskazano, że wykonawca ma złożyć oświadczenie, że dysponuje lub będzie dysponował kierownikiem budowy wraz z informacją na temat jego kwalifikacji itp. W żadnym natomiast miejscu Zamawiający nie wymagał, aby te dokumenty musiały zostać dołączone do oferty. Wręcz przeciwnie – Zamawiający żądał posiadania ww. dokumentów przez wykonawcę oraz przedstawienia przez niego wyłącznie oświadczenia. Analizując wszystkie wyjaśnienia Beneficjenta w związku z ww. naruszeniem, należy zaznaczyć, iż art. 25 ust. 1 pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stwierdzić należy, iż nieuprawnionym było żądanie Zamawiającego, aby wykonawcy do ofert załączyli kserokopie wyżej wymienionych dokumentów. Niemniej jednak po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień Beneficjenta oraz ponownej weryfikacji dokumentacji przetargowej IZ RPO WZ uznała, iż powyższe naruszenie prawa należy traktować jako uchybienie formalne, niepowodujące nieważności przedmiotowego postępowania, ani skutków finansowych wynikających z Taryfikatora, bowiem brak jest szkody w budżecie Unii. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ uznaje wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta i odstępuje od nałożenia korekty za naruszenie art. 25 ust. 1 pzp.

Niemniej jednak, weryfikacja stanowiska odnośnie ww. naruszenia nie wywiera wpływu na finalną wysokość korekty finansowej nałożonej w postępowaniu pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec-Sicko-Recz, obszar gminy Recz”.

W postępowaniu przetargowym pn. „Prowadzenie nadzoru inwestorskiego na zadaniu inwestycyjnym pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec – Sicko - Recz, obszar gminy Recz” Zamawiający dokonał istotnych zmian umowy 9/6/2010 z dnia 01.06.2010 r. w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Podpisano dwa aneksy do umowy nr 9/6/2010 z dnia 01.06.2010 r. W Aneksie nr 1/2011, zawartym w dniu 02.03.2011 r. zmniejszono zakres obowiązków Wykonawcy związanych z rozliczeniem zadania, administrowaniem i zarządzaniem kontraktem, sporządzaniem wniosków o płatność i rozliczeniem inwestycji. Zmianie uległ również skład zespołu wyłonionego w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. 3 osoby zajmujące się zarządzaniem i rozliczaniem projektu wyłączone z zespołu pełniące obowiązki na rzecz wybranego w postępowaniu wykonawcy. Jednocześnie wynagrodzenie umowne Wykonawcy nie uległo zmianie. W Aneksie nr 2/2011, zawartym w dniu 27.05.2011 r. zwiększono wynagrodzenie umowne wykonawcy przedmiotu zamówienia na kwotę 57 308,78 zł brutto (pierwotnie wartość kontraktu podstawowego wynosiła 38 064,00 zł brutto). Powyższa zmiana nastąpiła na podstawie zapisów SIWZ dotyczących zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 pzp. W dniu 16.05.2011 r. sporządzono Protokół konieczności Nr 1/2011 dotyczący przedłużenia terminu świadczenia Usługi Inżyniera Kontraktu. Stwierdzono w nim, iż z powodu przesunięcia przez Wykonawcę terminu umownego zakończenia robót z dnia 15.12.2010 r. do 30.06.2011 r. (Aneksy Nr: 1, 2, 3, 4), nastąpiło wydłużenie terminu świadczenia usług nadzoru inwestorskiego o 7 miesięcy. W związku z powyższym Zamawiający udzielił Wykonawcy zamówienia uzupełniającego w wysokości 50% zamówienia podstawowego (zamówienia uzupełniające były przewidziane w ogłoszeniu oraz w SIWZ).

Zamawiający w swoich wyjaśnieniach odnośnie ww. wprowadzonych do umowy zmian, przyznał, iż aneksy zawarte w związku z realizacją umowy, nie są w 100% poprawne. Beneficjent tłumaczył ten fakt bardzo dużą ilością prowadzonych spraw i obowiązków powodujących, że nie zawsze jest możliwość uniknięcia błędów pomimo dokładania ogromnej staranności. Drugi Aneks przewidywał zmianę wartości zamówienia o 50%, ponieważ czas realizacji usługi, który miał trwać 8 miesięcy, z przyczyn obiektywnych został zrealizowany w terminie 15 miesięcy. W związku z powyższym, zdaniem Beneficjenta zachodziła konieczność nad realizowanymi robotami przez cały ten okres. W odniesieniu do powyższego istotne jest, jak już wspomniano wcześniej, iż podstawowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 07.05.2010 r., a przepisy dotyczące stosowania znowelizowanego art. 144 pzp weszły w życie, odpowiednio w kolejnych nowelizacjach: w dniu 24.10.2008 r., natomiast zmiana w zakresie dopisania w ww. przepisie słowa: "istotnych" nastąpiła w dniu 22.12.2009 r. Ogólne zasady wprowadzania zmian do umowy z art. 144 ust. 1 pzp, które opisane zostały niniejszym piśmie, w punkcie dotyczącym postępowania na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych, mają zastosowanie w odniesieniu do przedmiotowego postępowania.

Zmiana wprowadzona Aneksem Nr 1/2011 z dnia 02.03.2011r. polegająca na zmniejszeniu zakresu przedmiotu zamówienia została przewidziana w punkcie XIV ust. 11 SIWZ i opisana w następujący sposób: „g) pozostałe zmiany: [...] - rezygnacja przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia oraz udokumentowane koszty, które wykonawca poniósł w związku z wynikającymi z umowy planowanymi świadczeniami”. Beneficjent wprowadził jednak zmianę do umowy wbrew opisanym przez siebie wcześniej założeniom polegającym na przewidzeniu możliwości zmniejszenia zakresu świadczenia wykonawcy z jednoczesnym zmniejszeniem poziomu jego wynagrodzenia. Beneficjent nie zastosował do opisanego przez siebie warunku wprowadzenia zmiany. Wręcz przeciwnie, wprost zaznaczył w aneksie do umowy, że w związku ze zmniejszeniem zakresu obowiązków wykonawcy, wynagrodzenie umowne nie ulegnie zmianie. Następnie zastrzegł, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji inwestycji wykonawca nie będzie wnosił o zwiększenie wynagrodzenia umownego. W ten sposób Beneficjent chciał wykazać prawdopodobnie, że pomimo wprowadzonej zmiany bez jednoczesnego zmniejszenia wynagrodzenia, faktycznie do takiego zmniejszenia wynagrodzenia dochodzi albowiem wykonawca będzie świadczył umowę w okresie dłuższym niż zakładano bez jednoczesnego zwiększenia wynagrodzenia. Takie zachowanie Zamawiającego w sposób oczywisty narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Ww. zmiana została wprowadzona z naruszeniem art. 144 ust. 1 pzp, ponieważ wraz ze zmianą zakresu świadczenia wykonawcy winien zmienić się także zakres świadczenia pieniężnego Beneficjenta, gdyż taki warunek zmiany umowy został zastrzeżony w SIWZ. Jedynym natomiast działaniem podjętym przez Beneficjenta, było zastrzeżenie, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji inwestycji wykonawca nie będzie wnosił o zwiększenie wynagrodzenia umownego. Jak się jednak później okazało, ww. zastrzeżenie nie zostało spełnione, ponieważ zawarto kolejny Aneks zwiększający wynagrodzenie wykonawcy.

Nadto w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, zastosował dyskryminacyjne warunki udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, żądał od wykonawców: „Wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum dwóch zamówień podobnych do objętej przedmiotem zamówienia”. Za pracę podobną Zamawiający uznawał wykonanie min. dwóch usług Inspektora Nadzoru odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości nadzorowanych i rozliczanych robót budowlanych min. 5 mln zł (brutto) jedno zamówienie i 2,5 mln zł drugie zamówienie, z zaangażowaniem w wykonywanie robót budowlanych środków pochodzących z UE. Natomiast na potwierdzenie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: żądając od wykonawców dysponowania następującymi osobami: Specjalista ds. rozliczeń – minimum 1 osoba, w tym 1 posiadająca wykształcenie wyższe ekonomiczne, posiadające doświadczenie w zakresie rozliczania robót budowlanych zakończonych lub będących w trakcie realizacji z udziałem środków finansowych przyznawanych w ramach regionalnych programów operacyjnych.

Beneficjent odnośnie powyższego zarzutu wyjaśnił, iż nadzorowanie oraz rozliczanie inwestycji dofinansowywanych ze środków unijnych charakteryzuje się własną specyfiką i trzeba posiadać wyjątkowe doświadczenie w tej materii żeby nie popełnić błędów. Nie sposób porównać inwestycji dofinansowywanej ze środków UE z inwestycją finansowaną ze środków krajowych. Nawet poszczególne programy unijne mają odmienną specyfikę i wytyczne, które zasadniczo różnią się między sobą od zasad kwalifikowalności wydatków poczynając, a na zasadach udzielania zamówień do 14 000 euro skończywszy. Zamawiający stoi na stanowisku, że formułując przedmiotowe warunki nie naruszył prawa, a kierował się zasadą ostrożności, własnym doświadczeniem w realizacji takiej usługi przez wcześniejszych wykonawców na innych przedsięwzięciach, a nade wszystko zamiarem wyboru doświadczonego, sprawdzonego w tej materii wykonawcy. Beneficjent wyjaśnił, iż w obawie o prawidłową realizację usługi uznał, że tylko wykonawcy, którzy uczestniczyli już w zadaniach współfinansowanych środkami UE oraz dysponujący osobą z doświadczeniem w rozliczeniach środków unijnych dają pełną gwarancję należytego wykonania zamówienia.

W odniesieniu do wyjaśnień Beneficjenta, zaznacza się, iż konieczność wykazania się doświadczeniem w nadzorowaniu i rozliczaniu inwestycji współfinansowanych z funduszy UE stanowi warunek nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Dla dokonywania czynności związanych z pełnieniem funkcji Inspektora Nadzoru nie ma znaczenia czy finansowanie danego zamówienia dokonywane jest z udziałem czy bez udziału środków unijnych i nie powinno wpływać na ocenę doświadczenia w prawidłowym wykonywaniu zadań. Stąd odwołanie się przez Zamawiającego przy opisie warunków udziału w postępowaniu do nadzorowania i rozliczania inwestycji dofinansowanej ze środków UE, ogranicza w sposób nieuprawniony dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy dysponują osobami mającymi doświadczenie i wiedzę wystarczającą do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. O doświadczeniu Inspektora Nadzoru świadczy wielkość, stopień, złożoność inwestycji, na której pełni funkcję, nie zaś jej sposób finansowania. Ponadto należy mieć na uwadze, że poszczególne instytucje zagraniczne przyznające środki finansowe mogą ustalać różne procedury ich wydatkowania. Wykonawca znający procedury jednej takiej instytucji może nie posiadać wiedzy w zakresie zasad wydatkowania środków z innego źródła. Mając na uwadze powyższe, określając wymóg posiadania doświadczenia w projektach współfinansowanych ze środków UE, Beneficjent nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczył konkurencję. Nie można się zatem zgodzić z wyjaśnieniami Beneficjenta, gdyż poprzez postawienie nadmiernego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający ograniczył dostępność oferty tym wykonawcom, którzy przy spełnieniu warunku zgodnego z przepisami pzp mogliby przystąpić do postępowania.

Ponadto w postępowaniu pn. „Prowadzenie nadzoru inwestorskiego na zadaniu inwestycyjnym pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec – Sicko - Recz, obszar gminy Recz”, do umowy nr 9/6/2010 z dnia 01.06.2010 r., dnia 27.05.2011 r. zawarto Aneks nr 2/2011. Wskazać należy, że pomimo jego formy, tj. "aneksu" a nie osobnej "umowy", ww. Aneks traktować należy faktycznie jak kolejne zobowiązanie zawarte w wyniku udzielenia zamówienia publicznego po negocjacjach z jednym wykonawcą, tj. umowę w sprawie o udzielenie zamówienia uzupełniającego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6) pzp. Strony wskazały na powyższe wprost w § 1 w ust. 3 ww. Aneksu, gdzie zastrzeżono, że: "3. Zgodnie z zapisami SIWZ na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy - prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela zamówienia uzupełniającego w wysokości 50% zamówienia podstawowego." Powyższe nastąpiło, między innymi dlatego, że: „2. W Aneksie nr 1/2011 z dnia 02.03.2011 r. zawarto zobowiązanie nie zwiększenia wynagrodzenia za okres wydłużenia terminu realizacji robót objętych Aneksem nr 1 z dnia 16/11/2010 r. do umowy nr 7/6/2010 Wykonawcy robót.” - co zapisano w § 1 pkt 2 Aneksu nr 2 z dnia 27.05.2011 r. Celem Aneksu nr 2, nie była zmiana treści dotychczas zawartej umowy (której dokonuje się w drodze aneksu), ale udzielenie kolejnego zamówienia, na co strony wprost wskazały w treści zawartej umowy (aneksu). Forma aneksu (zamiast umowy) nie ma żadnego znaczenia dla oceny treści zawartego zobowiązania. Nie może ona w szczególności przesądzać o uznaniu zawartej umowy za aneks, a więc za postanowienie zmieniające jedynie treść istniejącego zobowiązania, skoro strony wprost wskazały, że Beneficjent udziela zamówienia uzupełniającego. Stwierdza się zatem, iż Aneks Nr 2/2011 z dnia 27.05.2011 r., należy traktować jak kolejne zobowiązanie zawarte w wyniku udzielenia zamówienia publicznego po negocjacjach z jednym wykonawcą, tj. umowę w sprawie o udzielenie zamówienia uzupełniającego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy pzp. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie dopełnił wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia uzupełniającego z art. 67 ust.1 pkt 6) pzp. W związku z tym, iż Beneficjent swoim działaniem naruszył obowiązujące go procedury prawa zamówień publicznych, na podstawie § 7 ust. 1 umowy o dofinansowanie jest on zobowiązany do zwrotu nieprawidłowo wykorzystanej kwoty otrzymanego dofinansowania.

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.

Stosując zapisy Taryfikatora zastosowano korektę finansową odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- postępowania pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec-Sicko-Recz, obszar gminy Recz” (art. 144 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp) wobec umowy z wykonawcą nr 7/6/2010 z dnia 13.05.2010 r., Kwotę korekty finansowej, tj. 179 170,49 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (5%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (75,7275852361%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (umowy nr 7/6/2010),
- postępowania pn. „Prowadzenie nadzoru inwestorskiego na zadaniu inwestycyjnym pn. „Budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej Sokoliniec-Sicko-Recz, obszar gminy Recz” (naruszenie art. 144 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pzp) wobec umowy nr 9/6/2010 z dnia 01.06.2010 r., kwotę korekty finansowej, tj. 1 441,23 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (5%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (75,7275852361%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (umowy nr 9/6/2010).

Ponadto uznano za niekwalifikowalne wydatki w wysokości 19 244,78 zł (faktura nr 60/2010 w kwocie 19 244,78 zł, dot. Aneksu nr 2/2011 z dnia 27.05.2011 r.). W związku z tym, iż poziom dofinansowania UE z umowy nr UDA-RPZP.04.03.00-32-014/09-00 wynosi 75,7275852361% (§ 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie), kwota do zwrotu związana z uznaniem powyższych wydatków za niekwalifikowalne wynosi 14 573,61 zł (tj. 75,7275852361% z kwoty 19 244,78 zł).

Wobec ww. ustaleń, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, została przez IZ RPO WZ ustalona w wysokości: 180 611,72 zł, zaś kwotę do zwrotu w związku z uznaniem wydatków za niekwalifikowalne ustalono w wysokości: 14 573,61 zł (łączna wartość 195 185,33 zł.). Powyższe kwoty zawierają należność główną wymaganą do zwrotu, tj. w przypadku korekty finansowej kwota w wysokości: 167 419,83 zł, zaś w przypadku wydatków niekwalifikowalnych kwota w wysokości: 14 573,61 zł (łączna wysokość 181 993,44 zł, które należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwoty korekty finansowej, o którą zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. 13 191,89 zł.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyniki kontroli oraz 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 decyzji administracyjnej.

Plik:



[1]449.5 KB03-12-2013 [decyzja administracyjna](#) [1]

## **Informacje o stronie**

Wprowadził(a)

[Anna Jończyk](#)

(3 grudnia 2013 13:10)

Opublikował(a)

[Agata Tomczak-Mróz](#)

(3 grudnia 2013 14:05)

Liczba odsłon

249

---

**Adres URL źródła:** <https://www.bip.wzp.pl/arttykul/uchwala-nr-193613-zarzadu-wojewodztwa-zachodniopomorskiego>

**Odnosiniki:**

[1] <https://www.bip.wzp.pl/sites/bip.wzp.pl/files/articles/article/40460/decyzja%20-%20Gmina%20Recz.doc>