



Załącznik do uchwały nr 1882/15  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 01 grudnia 2015 r.

Gmina Miasto Kołobrzeg  
ul. Ratuszowa 13  
78-100 Kołobrzeg

WWRPO.VIII.3162.66.2015.KSz

### **DECYZJA Nr WWRPO/42/W/2015**

podjęta w dniu 01 grudnia 2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,  
Robert Grzywacz - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r., poz. 1649 t.j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 j.t. ze zm.) art. 67 ust. 1 pkt 3, pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t., 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 2015 r., poz. 1392. j.t.)

#### **orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – Gminy Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu, środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-00 zawartej w Kołobrzegu w dniu 14 maja 2010 r. na realizację projektu pn. „Rewitalizacja Kołobrzesckiej Strefy Uzdrawiskowej” w łącznej kwocie należności głównej 22 587,92 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące pięćset osiemdziesiąt siedem złotych 92/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi w następujący sposób:

- 1) od kwoty 9 004,42 zł (słownie: dziewięć tysięcy cztery złote 42/100) od dnia 11 sierpnia 2015 r. (następny dzień po dniu wpływu zgody na częściowe pomniejszenie środków) do dnia zwrotu środków oraz kwotę odsetek stałych określonych jak dla zaległości podatkowych liczonych do dnia 10 sierpnia 2015 r. w wysokości 5 137,67 zł (słownie: pięć tysięcy sto trzydzieści siedem złotych 67/100);
- 2) od kwoty 1 342,00 zł (słownie: tysiąc trzysta czterdzieści dwa złote 00/100) od dnia 26 sierpnia 2010 r. do dnia zwrotu środków;

- 3) od kwoty 1 586,99 zł (słownie: tysiąc pięćset osiemdziesiąt sześć złotych 99/100) od dnia 02 marca 2012 r. do dnia zwrotu środków;
- 4) od kwoty 1 276,00 zł (słownie: tysiąc dwieście siedemdziesiąt sześć złotych 00/100) od dnia 02 marca 2012 r. do dnia zwrotu środków;
- 5) od kwoty 638,00 zł (słownie: sześćset trzydzieści osiem złotych 00/100) od dnia 03 grudnia 2012 r. do dnia zwrotu środków;
- 6) od kwoty 7 487,15 zł (słownie: siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt siedem złotych 15/100) od dnia 10 grudnia 2013 r. do dnia zwrotu środków;
- 7) od kwoty 1 253,36 zł (słownie: tysiąc dwieście pięćdziesiąt trzy złote 36/100) od dnia 30 grudnia 2013 r. do dnia zwrotu środków.

Z zastrzeżeniem, że zwrot nastąpi poprzez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-00 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 o kwotę podlegającą zwrotowi wraz z należnymi odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

### **Uzasadnienie**

Beneficjent – Gmina Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu – w dniu 14 maja 2010 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r., poz. 1619, j.t. ze zm., zwanej dalej: u.z.p.p.r.) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwaną dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-00 na realizację projektu pn. „Rewitalizacja Kołobrzesckiej Strefy Uzdrawiskowej” Oś priorytetowa 5 „Turystyka, Kultura i Rewitalizacja” Działanie 5.1. „Infrastruktura Turystyczna” Poddziałanie 5.1.1. „Infrastruktura Turystyki”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-01 z dnia 29 lipca 2010 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-02 z dnia 11 października 2011 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-03 z dnia 09 lutego 2012 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-04 z dnia 05 lutego 2013 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-05 z dnia 29 stycznia 2014 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-06 z dnia 24 lipca 2014 r. oraz nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-07 z dnia 02 marca 2015 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie). Ponadto Beneficjent zobowiązał się w przypadku realizacji dostaw, usług lub robót budowlanych w ramach projektu, wybrać i udzielać zamówień w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz dołożyć wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności w wypełnianiu funkcji jakiegokolwiek podmiotu objętego umową w związku z realizowanym zamówieniem (§ 11 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

Podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był także do stosowania procedur zapewniających ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 t.j. ze zm., zwanej dalej: p.z.p.), w zakresie w jakim przepisy te mają zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż zgodnie z wiążącym Beneficjenta § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie, w przypadku naruszenia p.z.p. stosuje się korekty finansowe obniżające

dofinansowanie, według tzw. „Taryfikatora” – dokumentu opracowanego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, zwane dalej: MIR), określającego tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanego dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r., uchwałą nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r. i uchwałą nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r. Z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych, w niniejszej sprawie uwzględniono Taryfikator w brzmieniu nadanym uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 u.z.p.p.r. oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 07 – 09 października 2014 r. oraz w dniach 15 -17 października 2014 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową ww. projektu. Po analizie wyjaśnień oraz zastrzeżeń przedłożonych przez Beneficjenta (pismo z dnia 17 marca 2015 r.) w ramach czynności kontrolnych ostatecznie ustalono, iż Beneficjent dopuścił się 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 uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r. ze zm., dalej: Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006). – spowodowanych uchybieniami w stosowaniu p.z.p. w następujących postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych:

- 1) w ramach postępowania przetargowego pn.: „Wykonanie pełnobranżowej dokumentacji projektowej w ramach zadania inwestycyjnego: Przebudowa ul. Rodziewiczówny” stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 100% (Taryfikator Tabela nr 2 poz. 5 Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę);
- 2) w ramach postępowanie przetargowe pn.: Roboty dodatkowe do umowy na roboty budowlane na zadaniu „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej – Przebudowa ul. Kołłątaja” stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia dodatkowego bez zachowania ustawowych przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki o łącznej wartości nieprzekraczającej 50% wartości zamówienia podstawowego (realizowanego). Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz. 8 Bezprawne udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień dodatkowych lub uzupełniających, których wartość nie przekracza 20% lub 50% wartości zamówienia realizowanego).

Nadto IZ RPO WZ ustaliła, iż ramach zadań:

- 1) pełnienie funkcji zamiejscowego nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej – Korty tenisowe przy ul. Władysława Sikorskiego 1”;
- 2) pełnienie funkcji zamiejscowego nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem Rewitalizacja Parku im. Jedności Narodowej w ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej – Park Nadmorski i Park Jedności Narodowej”;
- 3) pełnienie funkcji nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem Rewitalizacja Parku im. Stefana Żeromskiego w ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej – Park Nadmorski i Park Jedności Narodowej”;
- 4) pełnienie funkcji nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej – Przebudowa ulicy Rodziewiczówny”;
- 5) wykonanie dokumentacji projektowej zamiennej do projektu „Rewitalizacja parku nadmorskiego oraz parków miejskich w Kołobrzegu. Park im. Stefana Żeromskiego”;
- 6) wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy nawierzchni ul. Kołłątaja;

Beneficjent naruszył zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji wskazane § 11 ust. 4 umowy o dofinansowanie oraz naruszył art. 44 ust. 3 u.f.p., dopuszczając się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Tym samym ww. wydatki zostały uznane w całości za niekwalifikowalne.

Ponadto IZ RPO WZ ustaliła także, iż Beneficjent uzyskał dochód incydentalny poprzez zatrzymanie otrzymanego od firmy „Pogotowie Drzewne Robert Kraszewski” w związku z przetargiem nieograniczonym pn.: Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej – Rewitalizacja parków miejskich – „Park m. Stefana Żeromskiego (prace pielęgnacyjne na drzewostanie)” wadium w kwocie 1 300,00 zł oraz sprzedaż drewna pochodzącego z wycinki drzew w kwocie 28 768,82 zł brutto.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwane dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 21 lipca 2015 r. znak WWRPO.V.4331.(5.1.1/2010/001).2015.EP.01 wezwwała Beneficjenta do zwrotu środków wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych lub do wyrażenia zgody na ich pomniejszenie z kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 t.j., ze zm. zwana dalej u.f.p.), w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Pismem z dnia 05 sierpnia 2015 r., będącym odpowiedzią na ww. wezwanie do zwrotu, Beneficjent wyraził zgodę na pomniejszenie kwoty 103 558,66 zł, wnosząc jednocześnie o umorzenie odsetek wynikających z otrzymanych płatności. Beneficjent wskazał, iż projekt „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej” był jednym z najbardziej złożonych w mieście. Składał się z 6 odrębnych inwestycji prowadzonych na przestrzeni 5 lat. Pierwszy wniosek o płatność, którego dotyczy korekta, składany był w 2010 r., stąd do dnia dzisiejszego, wszystkie odsetki liczone od tamtej daty stanowią 50% kwoty wynikającej z korekty. Dodatkowo Beneficjent nadmienił, iż sama kontrola projektu trwała ponad rok. Tym samym w ocenie Gminy niesprawiedliwym jest liczenie odsetek aż do dnia dzisiejszego.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent nie wyraził zgody na pomniejszenie całości środków, z dniem 10 sierpnia 2015 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-00. Jednocześnie Beneficjent został pouczone o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień, zastrzeżeń w toku prowadzonego postępowania.

Mając na uwadze zawarty w piśmie z dnia 05 sierpnia 2015 r. wniosek o udzielenie ulgi w spłacie zobowiązań w postaci umorzenia odsetek wynikających z otrzymanych płatności, postanowieniem z dnia 20 sierpnia 2015 r. IZ RPO WZ odmówiła wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiocie udzielenia ulgi w spłacie należności związanej ze środkami przekazanymi w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-00 z dnia 14 maja 2010 r. na realizację projektu pn. „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej” w ramach RPO WZ uznając wniosek za przedwczesny.

Następnie pismem, które wpłynęło do IZ RPO WZ w dniu 24 sierpnia 2015 r., Beneficjent wraził zgodę na pomniejszenie płatności przysługującej Beneficjentowi z wniosku o płatność nr WNP-RPZP.05.01.01-32-001/10-18/K01 oraz nr WNP-RPZP.05.01.01-32-001/10-19/K01 o kwotę 103 558,66 zł wraz z odsetkami.

Postanowieniami z dnia 08 września 2015 r., z dnia 07 października 2015 r. oraz z dnia 09 listopada 2015 r. z uwagi na trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego (w szczególności dokumentacji związanej z czynnościami kontrolnymi przeprowadzonymi przez Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013, umowy o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyjaśnień Beneficjenta jak również pozostałej dokumentacji zgromadzonej w sprawie) jak również skomplikowany charakter sprawy, IZ RPO WZ zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania w przedmiocie zwrotu środków w ramach RPO WZ. Nadto pismem z dnia 13 października 2015 r. Beneficjent został poinformowany o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz został pouczone o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267 t.j. ze zm., zwanej dalej: k.p.a.).

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej” wraz załącznikami, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-001/10-00 z dnia 14 maja 2010 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

Środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane.

Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a u.z.p.p.r. 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 u.f.p., IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 u.f.p., 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 przez Beneficjenta 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.

Naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p., dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 u.f.p., w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 u.f.p. wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p., są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych (ustawy p.z.p., a w konsekwencji także u.f.p.), jak i przepisów unijnych. Stosownie bowiem do art. 60 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za: a) zapewnienie, że operacje są wybierane do finansowania zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu operacyjnego oraz że spełniają one mające zastosowanie zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres ich realizacji, b) weryfikację, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi (...).

W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów p.z.p., art. 44 ust. 3 u.f.p., oraz umowy o dofinansowanie naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 u.f.p. Podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych oraz u.f.p.. 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 Programu, Uszczegółowienia Programu, obowiązujących procedur, wytycznych, a także informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie).

Przy czym podkreślić należy, iż IZ RPO WZ podejmując czynności prowadzące do odzyskania środków nieprawidłowo wykorzystanych przez Beneficjenta uprzednio przyznanych w ramach umowy o dofinansowanie, wzięła pod uwagę nie tylko fakt naruszenia przez Beneficjenta procedur, lecz także okoliczność, że takie działanie lub zaniechanie Beneficjenta mogłoby spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej (zwanej dalej UE) w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku.

W nawiązaniu do powyższego podkreślić należy, iż w myśl art. 98 ust. 1 Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006 państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. Zgodnie z ust. 2 ww. rozporządzenia państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

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

podstawie własnego postępowania wyjaśniającego i ustaleń stwierdza, czy w trakcie realizacji projektu objętego dofinansowaniem w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Stosownie do wyniku tych ustaleń instytucja zarządzająca zobowiązana jest następnie podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa.

Z powyższego wynika, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Należy dodać, iż stosownie do brzmienia art. 2 pkt 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 poprzez określenie "operacja", o którym mowa powyżej rozumie się projekt lub grupę projektów wybranych przez instytucję zarządzającą danym programem operacyjnym lub na jej odpowiedzialność, zgodnie z kryteriami ustanowionymi przez komitet monitorujący, i realizowanych przez jednego lub więcej beneficjentów, pozwalające na osiągnięcie celów osi priorytetowej, do której odnosi się ta operacja. Z kolei termin „nieprawidłowość” definiuje się jako: jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego (art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006). Wobec powyższego do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Europejski Trybunał Sprawiedliwości 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 jakich dopuścił się beneficjent. Zaś wykrycie takowego naruszenia i uznanie go za nieprawidłowość rodzi obowiązek nałożenia korekty finansowej (art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006). Ponadto zaznaczyć należy, iż definicja nieprawidłowości odnosi się także do potencjalnej szkody w unijnym budżecie ogólnym, a więc sytuacji, w której niewykrycie nieprawidłowości poniesionego wydatku prowadziło do straty w budżecie UE przez jego sfinansowanie. Podkreślić należy, iż powyższa sytuacja dotyczy nie tylko faktycznej szkody spowodowanej przez nieprawidłowość, ale także stopnia zagrożenia, jaki jej istnienie wywiera na inne wydatki dokonane w ramach programu operacyjnego. Jak podkreślił TSWE (obecnie TSUE) w wyroku z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-199/03 dotyczącej zaskarżonej przez Irlandię decyzji Komisji C(2003) 99 z dnia 27 lutego 2003 r.: „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy UE oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję”. Podobne stanowisko prezentują także polskie sądy administracyjne, w tym m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny (zwany dalej: WSA) w Olsztynie w wyroku z dnia 25 kwietnia 2013 r. (sygn. akt I SA/OI 150/13) który podkreślił, iż „(...) do przyjęcia, że doszło do istotnego naruszenia przepisów regulujących realizację dofinansowywanego projektu nie jest zatem konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego, lecz możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym UE, co wynika z art. 2 pkt 7 rozporządzenie nr 1083/2006”, czy WSA w Łodzi, który w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt. III SA/Łd 828/12) zaznaczył, iż „nieprawidłowością w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 jest więc także naruszenie prawa (zarówno UE jak i przepisów krajowych), które mogłoby spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej, choć w okolicznościach konkretnej sprawy szkody tej nie spowodowało. Wystarczy potencjalna możliwość, że szkoda taka mogłaby wystąpić.” Także Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) w wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r. (sygn. akt II GSK 1745/13) potwierdził, że „organy orzekające o zwrocie nie muszą zatem ustalać konkretnej wielkości szkody. W większości przypadków takie ustalenie w ogóle nie byłoby możliwe, co nie oznacza, jak wyżej to już zauważono, że w sprawach takich nie zachodzą nieprawidłowości implikujące zwrot dofinansowania”, nadto w wyroku z dnia 19 marca 2015 r. (sygn. akt II GSK 392/14) wskazał, że „nie może budzić wątpliwości, że szkoda (...) nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie”.

Odnosząc się do stwierdzonych naruszeń p.z.p. przez Beneficjenta w związku z realizacją projektu pn. „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej”, na wstępie należy podkreślić, iż ustawa p.z.p., przyznaje pierwszeństwo stosowania przetargu nieograniczonego i ograniczonego w celu udzielenia zamówienia publicznego jako procedur zapewniających najszerszy dostęp wykonawców do realizacji zamówienia. Tryb z wolnej ręki natomiast w swoim założeniu eliminuje drogę ubiegania się szerszemu gronu wykonawców o zamówienie. W tym trybie zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Co więcej, wykonawca ten nie jest wyłaniany

w drodze konkurencyjnej. W omawianej procedurze nie ma zatem miejsca na realizację zasady konkurencyjności. Z uwagi na powyższe, ustawodawca dopuścił zastosowanie trybu z wolnej ręki wyłącznie w przypadkach, w których wszczęcie procedury przetargowej albo innej cechującej się wyższym poziomem konkurencyjności, nie jest możliwe albo byłoby niecelowe. Możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki obwarowana jest zatem zaistnieniem w okolicznościach danej sprawy określonych przesłanek, które wymienione zostały w art. 67 ust. 1 p.z.p. Przy czym podkreślić należy, iż z uwagi na fakt, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od ogólnej zasady, podmiot, który powołuje się na przesłanki jego zastosowania, musi być w stanie je udowodnić. Zarówno Sąd Najwyższy jak i NSA (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) (vide: wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r., C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r., C-126/03).

W analizowanej sprawie w ramach postępowania przetargowego pn.: „Wykonanie pełnobrazowej dokumentacji projektowej w ramach zadania inwestycyjnego: Przebudowa ul. Rodziewiczówny” stwierdzono, iż Beneficjent naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- wyjątkowa sytuacja;
- przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego;
- sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć;
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;
- nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Przy czym pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy.

W realiach niniejszej sprawy we wniosku o wyrażenie zgody na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki z dnia 24 stycznia 2008 r. (nr sprawy I -7041-21/2006/08), Zamawiający wskazał, iż „w ramach zadania inwestycyjnego Przebudowa ul. Rodziewiczówny należy wykonać dokumentację projektową. Przeprowadzony trzykrotnie przetarg nieograniczony, nie doprowadził do wyłonienia Wykonawcy. Zaangażowane środki zewnętrzne na tą inwestycję zmuszają nas do bardzo szybkiego wyłonienia Wykonawcy dokumentacji projektowej. Brak rozstrzygnięć na drodze przetargu nieograniczonego zmusza nas do zmiany procedury wyłonienia Wykonawcy. W związku z powyższym proponujemy wykonanie zadania zlecić w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp”. W nawiązaniu do powyższego, IZ RPO WZ ustaliła także, że ww. trzy postępowania wszczęte przez podanie do publicznej wiadomości stosownych ogłoszeń unieważniono ponieważ w odpowiedzi na pierwsze ogłoszenie nie złożono żadnej oferty, a ceny ofert złożonych na następne ogłoszenia – przewyższały kwoty, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie tego zadania.

Analiza ww. uzasadnienia dla zastosowania przez Beneficjenta art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jak również stanu faktycznego sprawy prowadzi do wniosku, iż nie występują tu łącznie wszystkie okoliczności wymienione w ww. przepisie. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowi sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć, albowiem jest okolicznością, której wystąpienie jest przewidziane w procedurach dotyczących udzielenia zamówień. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat tego typu postępowań w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto podkreślenia wymaga fakt, iż przedstawione przez Beneficjenta wyjaśnienia nie dają także podstawy do uznania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przyjmuje się, że z powyższe oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż pilnie, czyli właściwie z dnia na dzień. Innymi słowy jest to sytuacja, w której zamawiający musi natychmiast zareagować, tak aby bezzwłocznie uzyskać efekt w postaci realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym z omawianej przesłanki można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od Zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony

interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwa, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W przedmiotowym stanie faktycznym Beneficjent nie wykazał zaistnienia tego typu okoliczności. Zaangażowanie w realizowaną inwestycję środków zewnętrznych oraz ich ewentualny zwrot w przypadku niewykorzystania ich w określonym terminie nie stanowi sytuacji, w której pilne jest udzielenie zamówienia. Zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r. (sygn. akt V SA/Wa 3123/08) „nawet możliwość niewykorzystania środków finansowych przeznaczonych na zrealizowanie zadania nie może stanowić przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p.” Co istotne Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do wykonania zamówienia w terminie do 30 lipca 2008 r. natomiast protokół oddania kompletu dokumentacji datowany jest na 24 czerwca 2009 r. czyli 328 dni później. Tym samym nie mamy tu do czynienia z koniecznością natychmiastowego zrealizowania zamówienia. Zatem okoliczności, na które powołał się Beneficjent nie mogą uzasadniać odstępstwa od zasad określonych w ustawie oraz ograniczać praw podmiotów funkcjonujących na rynku do konkurowania o udzielenie zamówienia na równych warunkach.

Biorąc pod uwagę fakt, iż możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 występuje wyłącznie w przypadku spełnienia wszystkich obligatoryjnych przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie, fakt niespełnienia jakichkolwiek z nich powoduje, iż analiza spełnienia pozostałych nie jest konieczna.

Reasumując, Zamawiający nie miał podstaw do zlecenia omawianego zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Następnie w ramach postępowanie przetargowego pn.: Roboty dodatkowe do umowy na roboty budowlane na zadaniu „Rewitalizacja Kołobrzesckiej Strefy Uzdrowiskowej – Przebudowa ul. Kołłątaja” stwierdzono, iż Beneficjent naruszył art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia dodatkowego bez zachowania ustawowych przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki o łącznej wartości nieprzekraczającej 50% wartości zamówienia podstawowego (realizowanego).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p, zamawiający może udzielić zamówień dodatkowych, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- 1) wykonawcą zamówień dodatkowych będzie dotychczasowy wykonawca usług lub robót budowlanych objętych zamówieniem podstawowym, a zatem nie jest możliwe zlecenie realizacji zamówienia dodatkowego dowolnie wybranemu podmiotowi;
- 2) zamówienia dodatkowe nie zostały objęte zamówieniem podstawowym;
- 3) zamówienia dodatkowe nie przekraczają łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego;
- 4) zamówienia dodatkowe są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- 5) wykonanie zamówień dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
  - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
  - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby Zamawiający (Beneficjent) mógł udzielić zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Przy czym nieprzewidziana sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego nie może być zatem następstwem zawinionych działań przez Zamawiającego.

Zgodnie z protokołem konieczności z dnia 29 listopada 2012 r., stwierdzono konieczność wykonania:

- rozbiórki, przestawienia wypustów i odtworzenia nawierzchni z kostki kamiennej skrzyżowania ul. Kołłątaja z ul. Kościuszki,
- wymianę gruntu na odcinku III od km 0+185 do km 0+205, strona prawa (naprzeciwko wjazdu do MEC),

- wykonanie nasypów pod chodnikami (odcinek III),
- likwidacji studni i zamulenie nieczynnej kanalizacji sanitarnej na odcinku III,
- wykonanie na odcinku III podłączenia do nowo budowanego kolektora deszczowego istniejącej studni zbierającej wodę deszczową z wypustów ściekowych przy wejściu do MEC oraz odtworzenie wypustu ściekowego i przykanalika na pętli,
- przesunięcie fundamentów słupów elektrycznych nr 1/II i 5/II,
- wykonanie odwodnienia liniowego na 3 wjazdach (odcinek I i III).

W ww. protokole konieczności zaznaczono, iż powyższe roboty nie zostały uwzględnione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), nie były ujęte w wycenie zamówienia tj. w założeniach wyjściowych do określenia wynagrodzenia, a związane są z zaistnieniem okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Ponadto wskazano, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od zamówienia dodatkowego. W związku z powyższym Zamawiający podpisał umowę o roboty dodatkowe na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit a i b p.z.p.

Po przeanalizowaniu powyższego, IZ RPO WZ wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego realizacji nie można było wcześniej przewidzieć. Sam fakt niezaplanowania na etapie przygotowania SIWZ robót wymienionych w protokole konieczności z dnia 29 listopada 2012 r. jako niezbędnych do wykonania zamówienia, nie może jeszcze świadczyć o tym, że roboty te nie były możliwe do przewidzenia. Zamawiający w protokole konieczności z dnia 29 listopada 2012 r. nie wykazał, iż dochował należytej staranności przy sporządzaniem projektu na wykonanie zamówienia podstawowego niezbędnej do tego, aby w sposób prawidłowy opisać przedmiot zamówienia i określić zakres niezbędnych prac. IZ RPO WZ wskazuje, iż prawidłowym uzasadnieniem niemożności przewidzenia konieczności wykonania danych robót byłoby wskazanie w szczególności, że na etapie przygotowywania projektu pierwotnego dokonano wszystkich czynności niezbędnych do wykonania projektu. A zatem - że została dołożona należyta staranność, by wyeliminować okoliczności możliwe do przewidzenia jak „normalne” czy „naturalne” wynikające z wykonania prac, których Zamawiający powinien był się spodziewać. IZ RPO WZ podziela opinię wyrażoną w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: KIO) z dnia 13 maja 2014 r. (KIO/KD 43/14), iż „roboty dodatkowe dotyczą bowiem nie sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez zamawiającego (czy projektanta - tu ustawa nie rozróżnia) chociaż mogła lub powinna była być przewidziana, lecz sytuacji nieprzewidywalnej - niemożliwej do przewidzenia, jak określa jasno ustawa”.

W świetle wyroku NSA z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez Zamawiającego procesu inwestycyjnego. Konieczność udzielenia takiego zamówienia nie może wynikać ani ze względów gospodarczych, organizacyjnych, czy też skomplikowanego charakteru zamówienia (wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 875/10), ani być następstwem zawinionych działań Zamawiającego. Również przesłanka niskiego prawdopodobieństwa konieczności wykonania robót nie uzasadnia udzielenia takiego zamówienia (uchwała KIO z dnia 14.04.2010 r., sygn. akt KIO/KD 28/10). Przy prawidłowo zaplanowanej inwestycji Zamawiający powinien w umowie przewidzieć odpowiednie postanowienia umożliwiające prawidłową realizację zadania i wykonanie niezbędnych robót w ramach zawartej umowy. W przypadku natomiast, gdy Zamawiający zamierza skorzystać z możliwości wykonania robót dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. powinien on udowodnić zaistnienie przesłanek tam wymienionych.

Tymczasem w analizowanej sprawie Beneficjent nie przedstawił żadnych niezależnych ekspertyz technicznych, opinii itp. sporządzonych przez osoby posiadające stosowne przygotowanie merytoryczne potwierdzających, że zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki budowlanej twierdzenia Beneficjenta są prawdziwe i potwierdzających brak możliwości przewidzenia ww. prac przy należytej staranności na etapie przygotowania postępowania do której jest zobowiązany Zamawiający.

Przypomnieć należy, iż Zamawiający zgodnie z art. 10 ust. 2 p.z.p., korzystając z innych trybów niż przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, zobowiązany jest wykazać ich prawidłowe zastosowanie.

Podsumowując IZ RPO WZ wskazuje, że na etapie sporządzania projektu budowlanego, istniała możliwość przewidzenia prac wskazanych w protokole konieczności z dnia 29 listopada 2012 r.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż w rozpatrywanej sprawie w ramach postępowania przetargowego pn.: „Wykonanie pełnobrańkowej dokumentacji projektowej w ramach zadania inwestycyjnego: Przebudowa ul. Rodziewiczówny” oraz w ramach postępowania przetargowego pn.: Roboty dodatkowe do umowy na roboty budowlane na zadaniu „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrawiskowej – Przebudowa ul. Kołłątaja” Beneficjent pomimo braku ku temu przesłanek, udzielił zamówień w trybie z wolnej ręki, naruszając tym samym odpowiednio art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Ww. naruszenia mogły doprowadzić do uszczerpkienia środków w budżecie

ogólnym Unii Europejskiej, albowiem Beneficjent w ogóle nie przeprowadził postępowań o udzielenie zamówień w trybie konkurencyjnym, które mogłyby przyczynić się do wyłonienia wykonawców, którzy zaproponowałyby oferty korzystniejsze cenowo i jakościowo od wybranych przez Beneficjenta. Innymi słowy nie można wykluczyć, że stwierdzone w wyniku kontroli naruszenia już na początku wszczętych procedur mogły wyeliminować potencjalnych oferentów z udziału w postępowaniach. Powyższe z kolei prowadzić mogło do zawyżenia kosztów inwestycji, a w konsekwencji - przy uwzględnieniu procentowego udziału środków unijnych w finansowaniu inwestycji - mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. W chwili obecnej nie jest możliwym precyzyjne wskazanie czy, na jakie kwoty i ilu wykonawców złożyłoby oferty, gdyby Beneficjent przeprowadził postępowania zgodnie z zasadami p.z.p. - tj. zastosował przetarg nieograniczony lub ograniczony. Tym niemniej zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem sądów administracyjnych, o czym była mowa w niniejszej decyzji, wystarczy sama potencjalna możliwość wystąpienia takiej szkody. Wskazać zatem należy, iż w analizowanej sprawie w związku z finansowaniem wydatku, który mógłby być niższy, gdyby Beneficjent przestrzegał zasad wynikających z p.z.p., a co z tym związane niższy byłby wkład finansowy z budżetu Unii Europejskiej, mamy do czynienia z wystąpieniem potencjalnej szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Podkreślić należy, iż Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Tymczasem w przedmiotowej sprawie bezprawne udzielenie przez Beneficjenta zamówień w trybie z wolnej ręki w konsekwencji spowodowało, że Zamawiający nie podjął żadnych działań, które mogłyby doprowadzić do wyboru najkorzystniejszych ofert. Przypomnieć należy, iż tryb z wolnej ręki w swoim założeniu eliminuje drogę ubiegania się o udzielenie zamówienia szerszemu gronu wykonawców. Z uwagi na powyższe, ustawodawca dopuścił zastosowanie tego trybu wyłącznie w wyjątkowych przypadkach określonych w p.z.p. Konkludując Beneficjent poprzez swoje działanie naruszył przepisy prawa (odpowiednio art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p.), które doprowadziło do tego, że nie przeprowadził postępowań w trybie konkurencyjnym, a w konsekwencji powyższego, ograniczył dostępność oferty potencjalnym wykonawcom, co w efekcie przynajmniej potencjalnie przyczyniło się do powstania szkody w budżecie unijnym. Powyższe wprost wskazuje, iż pomiędzy stwierdzonym naruszeniem przepisów prawa a powstaniem potencjalnej szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej istnieje związek przyczynowo – skutkowy.

IZ RPO WZ wskazuje, iż z Taryfikatora wynika, iż ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. W celu ustalenia istnienia oraz wielkości szkody z wykorzystaniem metody dyferencyjnej należy porównać wysokość rzeczywiście wydatkowanych (lub zakontraktowanych) środków na sfinansowanie zamówienia po zaistnieniu naruszenia ze stanem hipotetycznym, jaki by istniał, gdyby nie nastąpił o rozpatrywane naruszenie. Innymi słowy, należy uchwycić różnicę pomiędzy wysokością rzeczywistych wydatków ze środków funduszy UE po wystąpieniu naruszenia, a hipotetyczną wysokością takich wydatków w sytuacji, gdyby naruszenie nie miało miejsca. Do zastosowania powyższej metody konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez Beneficjenta lub grożącej na skutek zachowania Beneficjenta. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, stosuje się metodę wskaźnikową pozwalającą na obniżenie wydatku o kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. W chwili obecnej nie jest możliwym stwierdzenie o ile korzystniejsze czy bardziej konkurencyjne byłyby oferty innych potencjalnych oferentów, gdyby Beneficjent nie dopuścił się naruszenia przepisów p.z.p., dlatego też zasadnym jest posłużenia się metoda wskaźnikową.

Ponadto zgodnie z Wytocznymi MIR wskaźniki procentowe korekty określone w Taryfikatorze mogą być obniżane jedynie w przypadku wskazanych w tych tabelach kategorii, które w kolumnie „Uwagi” zawierają informację o możliwości stopniowania korekty w zależności od wagi nieprawidłowości. Wskaźniki procentowe nie mogą być obniżane w przypadku kategorii, dla których wskazano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżania. Z powyższą sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zatem Taryfikator nie przewiduje możliwości obniżenia zastosowanych w niniejszej sprawie wskaźników procentowych korekty.

Wobec powyższego, stosując zapisy Taryfikatora zastosowano korektę finansową odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- 1) postępowania pn. „Wykonanie pełnobrańowej dokumentacji projektowej w ramach zadania inwestycyjnego: Przebudowa ul. Rodziewiczówny” (naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p.)

wobec umowy nr 5/I/2008 z dnia 06 lutego 2008 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 100% (kwotę korekty finansowej, tj. 56 500,00 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (100%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (50%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. 113 000,00 zł),

- 2) postępowania pn. Roboty dodatkowe do umowy na roboty budowlane na zadaniu „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrowskiej – Przebudowa ul. Kołłątaja” (naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p.) wobec umowy nr 94/I/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (kwotę korekty finansowej, tj. 8 102,51 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (50%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. 64 820,09 zł).

Wobec ww. ustaleń, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenie, została przez IZ RPO WZ ustalona w kwocie 64 602,51 zł, którą należy powiększyć o odsetki liczone jak dla zaległości podatkowych.

Dalej IZ RPO WZ ustaliła, iż udzielone przez Beneficjenta zamówienia na pełnienie funkcji nadzoru autorskiego bez przeprowadzenia analizy rynku, stanowi naruszenie zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji wskazanych § 11 ust. 4 umowy o dofinansowanie. W analizowanej sprawie w ramach zadań (wydatki poniżej 14 000,00 euro (stan prawny obowiązujący w dacie podpisania umowy z wykonawcą)):

- 1) pełnienie funkcji zamiejscowego nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrowskiej – Korty tenisowe przy ul. Władysława Sikorskiego 1”;
- 2) pełnienie funkcji zamiejscowego nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem Rewitalizacja Parku im. Jedności Narodowej w ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrowskiej – Park Nadmorski i Park Jedności Narodowej”;
- 3) pełnienie funkcji nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem Rewitalizacja Parku im. Stefana Żeromskiego w ramach zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrowskiej – Park Nadmorski i Park Jedności Narodowej”;
- 4) pełnienie funkcji nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z zadaniem „Rewitalizacja Kołobrzeskiej Strefy Uzdrowskiej – Przebudowa ulicy Rodziewiczówny”;

Beneficjent powołując się na ochronę praw wyłącznych autora dokumentacji projektowej, wynikających z odrębnych przepisów udzielił zamówienia bez przeprowadzenia rozeznania rynku.

Podkreślić należy, iż IZ RPO WZ podziela opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezesa UZP), że nie tylko autor projektu budowlanego może wykonywać nadzór autorski. Słusznie IZ RPO WZ wskazała w piśmie z dnia 25 maja 2015 r., (tak też w opinii Prezesa UZP <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1954>), iż „zgodnie z prawem autorskim do wykonanego utworu autorowi przysługują osobiste oraz majątkowe prawa autorskie. Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, w tym prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystywania jak i prawo do sprawowania nadzoru nad korzystaniem z utworu (art. 16 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. z 2006 r., poz. 90, nr 631 j.t. ze zm. – dalej prawo autorskie – dopisek własny). Co do zasady prawa te są niezbywalne i autor nie może się ich zrzec. Jednakże użyty przez ustawodawcę zwrot „o ile ustawa nie stanowi inaczej” pozwala uznać, iż mogą istnieć wyjątki od przedmiotowej zasady. Wyjątkiem takim jest art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego, którego treść stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy tj. przepisy Prawa budowlanego. Art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego nakłada na inwestora obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia właściwego organu o zmianie projektanta sprawującego nadzór autorski. Uznać zatem należy, iż ustawodawca (...) dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami Prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów. Sprawowanie nadzoru autorskiego przez „nowego” projektanta doprowadzi co prawda do rozłam między autorem wykonanej dokumentacji projektowej a przysługującymi mu osobistymi prawami autorskimi, jednakże rozłam ten będzie zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r., KIO 1103/11, zgodnie z którym „sprawowanie nadzoru

autorskiego nad utworami architektonicznymi stosownie do art. 60 ust. 5 Prawa autorskiego regulują odrębne przepisy tj. przepisy ustawy Prawo budowlane, które jakkolwiek nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru autorskiego przez osobę o określonych uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski stosownie do art. 44 ust. 1 pkt 3. Regulacja taka wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę niebędącą autorem projektu". Odnosnie zaś możliwości naruszenia majątkowych praw autorskich przy sprawowaniu nadzoru przez osobę niebędącą autorem utworu wyjaśnić należy, iż w oparciu o brzmienie art. 42 Prawa autorskiego, prawa te mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego. Jeżeli zatem prawa te zostały przeniesione na zamawiającego na odpowiednich polach eksploatacyjnych, wówczas brak jest podstaw do uznania, iż zachodzą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy p.z.p. uzasadniające udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Co więcej, możliwości przeprowadzenie zamówienia w trybie konkurencyjnym na pełnienie nadzoru autorskiego nie wyłącza także uprzedni brak umowy przenoszącej majątkowe prawa autorskie do utworu na zamawiającego. Jak bowiem zostało to już wyżej przedstawione, majątkowe prawa autorskie jako prawa zbywalne mogą być przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez renegotiację umów zawartych z autorem (vide: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2010 r., KIO/KD 23/10).

Udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego w trybie konkurencyjnym nie wyłącza także art. 46 Prawa autorskiego, który stanowi, iż twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonanie zależnego praw autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych. Zgodnie bowiem z art. 49 ust. 2 Prawa autorskiego, następca prawny legitymowany jest do wprowadzania zmian w nabytym utworze bez konieczności pozyskiwania zgody autora projektu. Jednakże, warunkiem niezbędnym do wprowadzenia modyfikacji już istniejącego utworu jest ustalenie, iż zmiany te spowodowane są oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy się im sprzeciwić. Tym samym zakaz dokonywania zmian w utworze w rozumieniu Praw autorskiego przez inną osobę aniżeli przez samego autora, nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, co podnosiła również Krajowa Izba Odwoławcza w ww. uchwale z dnia 7 stycznia 2010 r. Jeżeli zatem, zamawiający wyposażony został w instrumenty prawne umożliwiające mu zawarcie umowy na pełnienie nadzoru autorskiego z wykonawcą innym niż autor dokumentacji projektowej (bez jego uprzedniej zgody na dokonywanie zmian w utworze tj. na wykonanie zależnego prawa autorskiego) wybranym w trybie konkurencyjnym, to tym bardziej możliwość taka istnieje w sytuacji pozyskania dokumentu potwierdzającego zgodę autora na wykonanie zależnego prawa autorskiego."

Podsumowując zamawiający miał możliwość udzielenia zamówienia na pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadań inwestycyjnych w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, zapewniającego zachowanie konkurencyjności, które to postępowanie mogło skutkować wyborem innego wykonawcy niż autor dokumentacji projektowej.

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ uznała, iż udzielenie przez Beneficjenta zamówień na pełnienie funkcji nadzoru autorskiego bez przeprowadzenia analizy rynku, stanowi naruszenie zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji wskazanych § 11 ust. 4 umowy o dofinansowanie. Nadto, z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej, podkreślić należy, iż ww. wydatki zostały poniesione z naruszeniem art. 44 ust. 3 u.f.p., który stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
  - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
  - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów,
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Zatem wydatki związane z pełnieniem funkcji nadzoru autorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Rewitalizacja Kołobrzesckiej Strefy Uzdrawiskowej”, zostały uznane w całości za niekwalifikowalne.

Dalej w ramach zadań (wydatki poniżej 14 000,00 euro (stan prawny obowiązujący w dacie podpisania umowy z wykonawcą)):

- 1) wykonanie dokumentacji projektowej zamiennej do projektu „Rewitalizacja parku nadmorskiego oraz parków miejskich w Kołobrzegu. Park im. Stefana Żeromskiego”;
- 2) wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy nawierzchni ul. Kołątąja;

Beneficjent powołując się na ochronę autorskich praw osobistych, udzielił zamówienia bez rozeznania rynku.

Słusznie wskazano w piśmie IZ RPO WZ z dnia 25 maja 2015 r., iż powoływanie się na autorskie prawa osobiste nie stanowią przesłanki pozwalającej stwierdzić, iż Beneficjent był uprawniony do

udzielenia zamówienia bez przeprowadzenia analizy rynku. Na uwagę zasługuje fakt, iż zgodnie z art. 49 ust 2 Prawa autorskiego, następcą prawny choćby nabył całość autorskich praw majątkowych, nie może, bez zgody twórcy czynić zmian w utworze, chyba że są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy im się sprzeciwić. Powyższe oznacza więc, iż zakaz dokonywania zmian w utworze:

- nie ma charakteru bezwzględny;
- nie może być ograniczony subiektywnymi i nieuzasadnionymi okolicznościami.

Zgodnie z doktryną istnieje możliwość wprowadzenia zmian w utworze jeśli te okażą się być konieczne, natomiast twórca (projektant) nie może w takiej sytuacji odmówić prawa do dokonywania takich zmian, chyba że przedstawi słuszne podstawy. W analizowanej sprawie nie podniesiono żadnych argumentów wskazujących na słuszność sprzeciwu do dokonania zmian w projekcie. „Słuszna podstawa” do sprzeciwu twórcy powinna mieć charakter zobiektywizowany i może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy dokonane zmiany istotnie naruszają wymowę lub cechy artystyczne utworu. Tym samym, nie ma przeszkód do dokonywania modyfikacji utworu, jeżeli są konieczne i niezbędne, a jednocześnie uwzględniają istotę stworzonego przez projektanta utworu. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z projektem, który obok twórczego charakteru posiada również charakter techniczny i użytkowy. Oznacza to więc, że projektant zobowiązany jest do stworzenia dzieła, które będzie służyć Zamawiającemu odpowiadając na jego potrzeby i wymagania, które w praktyce mogą ulegać licznym modyfikacjom poprzez aktualizację, sporządzanie dodatkowych projektów itp., co powinno znaleźć odzwierciedlenie w zapisach SIWZ już na etapie pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, iż Beneficjent nie zapewnił sobie na etapie prowadzonego postępowania zakończonego zawartą umową przeniesienia autorskich praw zależnych do dokumentacji. W doktrynie przyjmuje się, iż wykonywanie zależnych praw autorskich stanowi odrębne pole eksploatacji obok tych wymienionych w art. 50 Prawa autorskiego. Mając powyższe na względzie, konieczność zlecenia wykonania dodatkowej dokumentacji projektowej nie może wynikać z zaniechań Zamawiającego związanych z konstruowaniem umowy zawartej z wykonawcą projektu. Prezes UZP stoi na stanowisku, iż „staranny zamawiający udzielając zamówień powinien mieć świadomość obowiązywania tych przepisów i powinien zdawać sobie sprawę, że nieprzeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do projektów, czy też niezagwarantowanie sobie prawa do korzystania z utworu (projektu) w określony sposób albo określenie ich w taki sposób, który rodzi wątpliwości interpretacyjne, może uniemożliwić lub też utrudnić możliwość udzielania w przyszłości kolejnych zamówień publicznych przy udziale innych podmiotów niż dotychczasowy wykonawca zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ uznała, iż powyższe działanie Beneficjenta, stanowi naruszenie zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji wskazanych § 11 ust. 4 umowy o dofinansowanie. Nadto, z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej, podkreślić należy, iż ww. wydatki zostały poniesione z naruszeniem art. 44 ust. 3 u.f.p. Zatem ww. wydatki zostały uznane w całości za niekwalifikowalne.

Odnosząc się do ww. 6 zadań, wskazać należy, iż Beneficjent nie zagwarantował udzielenia zamówień poniżej 14 000,00 euro (stan prawny obowiązujący w dacie podpisania umowy z wykonawcą) w sposób oszczędny i konkurencyjny, bowiem w ogóle nie przeprowadził analizy rynku, dopuszczając się naruszenia art. 44 ust. 3 u.f.p. W związku ze stwierdzeniem ww. naruszenia, spełnienia przesłanki skutku tego naruszenia, a mianowicie możliwości spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, poszukiwać należy w tym, że gdyby nie ograniczające konkurencyjność działanie Beneficjenta tj. gdyby Beneficjent przeprowadził analizę rynku, w konsekwencji mogłoby to doprowadzić do wyboru oferty korzystniejszej, od tej która została przyjęta i ostatecznie zadania współfinansowane ze środków publicznych mogłyby być zrealizowane za niższą kwotę, niż ta za którą faktycznie zostałyby zrealizowane. Innymi słowy ww. naruszenie mogło doprowadzić do uszczuplenia środków w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, albowiem przeprowadzenie analizy rynku mogłoby przyczynić się do wyłonienia wykonawcy, który zaproponowałby korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. Zatem sfinansowanie zamówienia z teoretycznie większą ceną niż by to wynikało z prawidłowo przeprowadzonego postępowania świadczy o fakcie, iż w analizowanej sprawie mamy do czynienia z wystąpieniem szkody potencjalnej. Zaznaczyć należy, iż zakazane jest ograniczenie konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę. Środki publiczne przeznaczone na wykonanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystane zgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami. Konkludując Beneficjent w analizowanej sprawie nie przeprowadził analizy rynku, naruszając przepis prawa (art. 44 ust. 3 u.f.p.), które to działanie doprowadziło do tego,

że nie zagwarantował udzielenia zamówienia w sposób oszczędny i konkurencyjny, co w efekcie przynajmniej potencjalnie przyczyniło się do powstania szkody w budżecie unijnym. Powyższe wprost wskazuje, iż pomiędzy stwierdzonym naruszeniem przepisu prawa a powstaniem potencjalnej szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej istnieje związek przyczynowo – skutkowy.

Wobec powyższych ustaleń za niekwalifikowalne uznano wydatki w kwocie 23 921,74 zł które należy powiększyć o odsetki liczone jak dla zaległości podatkowych.

Odnosząc się do kwestii zatrzymanego przez Beneficjenta wadium w wysokości 1 300,00 zł oraz uzyskanego przez Beneficjenta dochodu z tytułu sprzedaży drewna pochodzącego z wycinki drzew w wysokości 28 768,82 zł brutto, wskazać należy, iż z uwagi na fakt, że zarówno wadium (uzyskane w lipcu 2013 r.) jak i dochód z tytułu sprzedaży drewna (uzyskany w latach 2011-2013) został wygenerowany przed dniem wejścia w życie Wytucznych dotyczących dochodów incydentalnych w projektach współfinansowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007–2013 (kwiecień 2015 r.), IZ RPO WZ po przeanalizowaniu okoliczności sprawy uznała, iż nie znajduje podstawy prawnej do żądania zwrotu środków w wysokości 9 435,32 zł, jak również pomniejszenia z wniosku o płatność końcową środków niewypłaconych Beneficjentowi w wysokości 5 599,09 zł. Tym samym IZ RPO WZ odstępuje od żądania zwrotu i pomniejszenia środków w ww. zakresie.

Podsumowując powyższe łączna wartość środków wykorzystanych przez Beneficjenta z naruszeniem procedur wyniosła 88 524,25 zł, z czego nałożono korektę finansową w wysokości 64 602,51 zł, zaś za niekwalifikowalne uznano wydatki w kwocie 23 921,74 zł (powyższe kwoty należy powiększyć o odsetki liczone jak dla zaległości podatkowych).

Mając na uwadze, iż Beneficjent nie wyraził, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania do zwrotu, zgody na pomniejszenie całości środków wraz z należnymi odsetkami, po uwzględnieniu wyrażonej pismem z dnia 05 sierpnia 2015 r. zgody na pomniejszenie kwoty 103 558,66 zł, którą zgodnie z art. 55 § 2 w zw. z 62 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 r., poz 613 j.t. ze zm.) zaliczono w ramach wniosku o płatność:

- nr WNP-RPZP.05.01.01-32-001/10-02 w kwocie należności głównej 610,00 zł oraz odsetek liczonych jak dla zaległości podatkowych w kwocie 349,00 zł,
- nr WNP-RPZP.05.01.01-32-001/10-01/K01 w kwocie należności głównej 65 326,33 zł oraz odsetek liczonych jak dla zaległości podatkowych w kwocie 37 273,33 zł,

jak również mając na uwadze, iż IZ RPO WZ odstąpiła od żądania zwrotu i pomniejszenia środków dotyczących wadium i sprzedaży drewna, do zwrotu pozostała kwota należności głównej w wysokości 22 587,92 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

Konkludując, postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur zostało wobec Strony wszczęte w związku z wynikami kontroli planowej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ. W trakcie trwania kontroli po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie ustalono, iż Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości, w związku z czym ustalono wysokość korekty finansowej w oparciu o zapisy Taryfikatora oraz uznano część wydatków za niekwalifikowalne. Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 07 października 2011 r. (sygn. akt II GSK 1932/11, dalej: NSA) stwierdził, iż wynik kontroli udzielonego zamówienia publicznego jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Zamawiającego, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 u.f.p. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych IZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Zatem postępowanie administracyjne, czyli władcze wkroczenie organu administracji publicznej następuje dopiero, jeśli Beneficjent dobrowolnie nie zastosuje się do zaleceń i ustaleń kontrolujących. Takie stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 grudnia 2010 r. (sygn. akt I SA/Gd 1115/10) uznając, że momentem, kiedy na styku regulacji o charakterze cywilnoprawnym i administracyjno-prawnym dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego - jest moment, gdy organ podejmuje czynności o charakterze władczym (cechujące stosunek administracyjno-prawny), czyli podejmuje czynności zmierzające do wydania decyzji o zwrocie środków. Beneficjent został więc przez IZ RPO WZ wezwany na mocy art. 207 ust. 8 u.f.p. do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Następnie z uwagi na brak zgody na pomniejszenie całości środków, wyrażonej w terminie wskazanym w ww. wezwaniu do zwrotu, wobec Beneficjenta wszczęto postępowanie administracyjne, albowiem z uwagi na fakt, iż ustawodawca polski ustanowił tryb zwrotu środków wykorzystanych niezgodnie z procedurami w u.f.p. to wstępne ustalenie administracyjne poczynione przez IZ RPO WZ podlega następnie kontroli w trakcie postępowania administracyjnego

prowadzonego w trybie art. 207 u.f.p. (tak również WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyr. z dn. 29 maja 2013 r., II SA/Go 122/13). Zgodnie bowiem z art. 25 pkt 1 u.z.p.p.r., za prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada Instytucja Zarządzająca, którą w przypadku RPO WZ jest Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, do obowiązków którego należy w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 u.z.p.p.r., odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań. W ramach prowadzonego postępowania stwierdzono naruszenie przepisów p.z.p. w dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jak również uznano część wydatków za niekwalifikowalne. Odstąpiono natomiast od dochodzenia zwrotu i pomniejszenia środków dotyczących wadium i sprzedaży drewna.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyniki czynności kontrolnych, wyjaśnienia Beneficjenta IZ RPO WZ orzeka jak w sentencji.

### **Pouczenie**

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

1. Gmina Miasto Kołobrzeg  
ul. Ratuszowa 13  
78-100 Kołobrzeg
2. a/a