



Załącznik do uchwały nr 925/15
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 25 czerwca 2015 r.

Gmina Rewal
ul. Mickiewicza 19
72-344 Rewal

WWRPO.VIII.3162.32.2015.Ała

DECYZJA Nr WWRPO/27/W/2015

podjęta w dniu 25 czerwca 2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - 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 t.j. ze zm.) w zw. z art. 38 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 t.j. ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596. j.t ze zm.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Gminy Rewal z siedzibą przy ul. Mickiewicza 19 w Rewalu, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-00 zawartej w Rewalu w dniu 14 czerwca 2010 r. na realizację projektu pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu” w łącznej kwocie 200 180,08 zł (słownie: dwieście tysięcy sto osiemdziesiąt złotych 08/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, w tym:

- 1) na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768 dotyczący środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego:
 - kwotę należności głównej w wysokości: 134 639,49 zł (słownie: sto trzydzieści cztery tysiące sześćset trzydzieści dziewięć złotych 49/100),

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 22 788,75 zł liczonych od dnia 08 sierpnia 2013 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
 - kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 4 820,63 zł liczonych od dnia 30 grudnia 2013 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
 - kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 61 929,15 zł liczonych od dnia 11 lutego 2014 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
 - kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 45 100,96 zł liczonych od dnia 14 kwietnia 2015 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
 - kwotę odsetek stałych określonych w wysokości 8 514,11 zł.
- 2) na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 57 1020 4795 0000 9802 0108 3831 dotyczący środków współfinansowania w części budżetu państwa:
- kwotę należności głównej w wysokości: 65 540,59 zł (słownie: sześćdziesiąt pięć tysięcy pięćset czterdzieści złotych 59/100),
 - kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 4 021,55 zł liczonych od dnia 09 sierpnia 2013 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
 - kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 53 560,05 zł liczonych od dnia 30 grudnia 2013 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej.
 - kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 7 958,99 zł liczonych od dnia 14 kwietnia 2015 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
 - kwotę odsetek stałych określonych w wysokości 1 502,49 zł.

Uzasadnienie

Beneficjent – Gmina Rewal z siedzibą przy ul. Mickiewicza 19 w Rewalu – w dniu 14 czerwca 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., dalej: uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-00 na realizację projektu pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu” 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.05.01.01-32-002/10-01 z dnia 02 grudnia 2010 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-02 z dnia 09 sierpnia 2011 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-03 z dnia 26 kwietnia 2012 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-04 z dnia 01 marca 2013 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-05 z dnia 03 lipca 2013 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-06 z dnia 28 października 2013 r. oraz nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-07 z dnia 20 października 2014 r.

W ramach przedmiotowej umowy określono szczegółowe zasady dofinansowania projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami umowy, zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Natomiast Beneficjent, w § 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie, zobowiązał się realizować projekt z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku o dofinansowanie.

Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Tym samym 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., dalej: pzp) w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie zarówno do niego jak i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż zgodnie z wiążącym Beneficjenta zapisem § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia ustawy pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, dalej: MIR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (dalej: Taryfikator). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. Uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r., a następnie uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 9 czerwca 2014 r. zmieniono uchwałę nr 94/12, w związku z czym dotychczas obowiązujący dokument otrzymał nowe brzmienie, które z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych zostało uwzględnione w niniejszej sprawie.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 09-11 września 2014 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę doraźną realizacji ww. projektu. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r. ze zm., dalej: rozporządzenie nr 1083/2006), spowodowane uchybieniami w stosowaniu ustawy pzp. I tak w ramach postępowania pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu” stwierdzono naruszenie art. 38 ust. 4a pzp poprzez modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie zmiany (wydłużenia) terminu wykonania zamówienia, i nie przekazanie jednocześnie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (obecnie: Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, dalej: UPUE) ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 10%, z możliwością obniżenia wskaźnika procentowego do 5% (Tabela nr 1 poz. 17 „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ; Naruszenie art. 38 ust. 4a pzp, poprzez modyfikację treści SIWZ w zakresie zmiany terminów bez wymaganej zmiany ogłoszenia”). Biorąc pod uwagę fakt, iż było to jedyne wykazane w trakcie kontroli doraźnej naruszenie pzp skutkujące nałożeniem korekty finansowej, a także ze względu na ostateczne stanowisko Instytucji Audytowej - Urzędu Kontroli Skarbowej w Szczecinie, zawarte w Podsumowaniu ustaleń dokonanych w projekcie o nazwie RPZP.05.01.01-32-002/10 „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal - remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu” w ramach prowadzonego audytu operacji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 z dnia 29 maja 2014 r., znak: UKS3291.W2E.722.66.1311.606 (przekazanych do IZ RPO WZ pismem z dnia 30 maja 2014 r.), która za powyższe naruszenie wskazała konieczność obniżenia o 5% wydatków zadeklarowanych do Komisji Europejskiej, IZ RPO WZ za stwierdzone naruszenie ostatecznie ustaliła korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 5%.

Dodatkowo w toku analizy ofert złożonych w postępowaniu pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu”, IZ RPO WZ ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 13 kwietnia 2011 r. (znak sprawy: ID.271.04.03.2011) wezwał wykonawcę, Lidera Konsorcjum: (...), do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Złożona oferta nie potwierdzała spełnienia warunku dysponowania 1 osobą na stanowisku kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych o specjalności mostowej, z uwagi na niespełnienie przez wskazaną osobę warunku posiadania 5-letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi, zgodnie z ustawą Prawo budowlane. W odpowiedzi, wykonawca za pośrednictwem faxu w dniu 15 kwietnia 2011 r., przesłał skorygowany wykaz osób, mających uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w którym wskazano nową osobę (w miejsce poprzedniej), posiadającą wymagane przez Zamawiającego uprawnienia i doświadczenie, a także zobowiązanie podmiotu trzeciego (firmy (...)) do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów. Zapisy Rozdziału VI ust. 3 SIWZ brzmiały: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków opisanych w Rozdziale V niniejszej instrukcji dla Wykonawców polega na zasobach innych podmiotach na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp, a podmioty te

będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy za pomocą oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 1 lit. a – f, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pzp”. W związku z powyższym, IZ RPO WZ zobowiązała Beneficjenta do przedłożenia kopii ww. dokumentów od podmiotów udostępniających w kontrolowanym postępowaniu swoje zasoby, będących jednocześnie podwykonawcami (zgodnie z formularzem oferty: (...)).

W ramach czynności kontrolnych IZ RPO WZ ustaliła nadto, iż podczas realizacji projektu Beneficjent dokonał zapłat za faktury VAT nr 9/12/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. oraz nr 01/01/2013 z dnia 08 stycznia 2013 r., po upływie wyznaczonego terminu płatności. W związku z powyższym Beneficjent zgodnie z potwierdzeniem realizacji dyspozycji przelewu z dnia 10 września 2014 r. zapłacił na rzecz (...), naliczone noty odsetkowe w wysokości 122 072,50 zł (w tym odsetki dotyczące: faktury VAT nr 9/12/2012 w kwocie 49 328,51 zł oraz faktury VAT nr 01/01/2013 w kwocie 72 743,99 zł). Mając na uwadze powyższe, stwierdzono, iż Beneficjent swoim zachowaniem naruszył art. 44 ust 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 j.t. ze zm., dalej: ufp), zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonane w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Ustalenia IZ RPO WZ zostały przedstawione w protokole pokontrolnym, w którym zawarto również pouczenie, iż kierownikowi jednostki kontrolowanej lub osobie pełniącej jego obowiązki przysługuje prawo zgłoszenia, w terminie do 14 dni roboczych od dnia otrzymania protokołu pokontrolnego, w formie pisemnej uzasadnionych zastrzeżeń, uwag lub wyjaśnień do zapisów w nim zawartych. Natomiast w przypadku odmowy podpisania ww. protokołu, Beneficjent ma obowiązek złożyć pisemne wyjaśnienie takiej sytuacji. Pismem z dnia 14 stycznia 2015 r. przekazano Beneficjentowi ww. protokół pokontrolny, jednocześnie pouczając Gminę Rewal, iż odmowa podpisania ww. protokołu nie wstrzymuje realizacji ustaleń poczynionych przez IZ RPO WZ w trakcie czynności kontrolnych.

W odpowiedzi na protokół pokontrolny, Beneficjent przekazał pismem z dnia 28 stycznia 2015 r. (które błędnie datowano na dzień 28 stycznia 2014 r.) zastrzeżenia i uwagi co do jego treści, jednocześnie odsyłając dwa niepodpisane egzemplarze ww. protokołu pokontrolnego. Beneficjent w przedmiotowym piśmie zwrócił się do IZ RPO WZ z prośbą o weryfikację zamiaru obniżenia o 5% wydatków zadeklarowanych do Komisji Europejskiej, gdyż naliczenie korekty finansowej negatywnie wpłynie na możliwość dokończenia zadania w ramach projektu. Beneficjent wskazał, iż nie poddając negacji faktu braku publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, w którym należało zmodyfikować datę zakończenia wykonywania zadania zgodnie z modyfikacją SIWZ dokonaną dnia 29 marca 2011 r., pragnie zwrócić uwagę na istotne elementy, mogące być podstawą do odstąpienia od naliczenia korekty finansowej. Zdaniem Beneficjenta korekta finansowa w wysokości 5% nałożona z powodu jednego błędu Beneficjenta wydaje się nieadekwatna i zbyt wysoka w stosunku do przewinienia. Zdaniem Beneficjenta stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Dalej wskazał, iż przetarg rozpoczyna się publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Jest to pierwszy dokument, który informuje wykonawców o zamiarze zamawiającego. W przedmiotowym przetargu ogłoszenie o zamówieniu dokonano w TED (Tenders Electronic Daily - Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej). Kolejnym etapem jest publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), która jest dokonywana wyłącznie w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BIP) Beneficjenta (SIWZ nie publikuje się w TED). Wobec powyższego zdaniem Beneficjenta, BIP jest podstawowym i jedynym nośnikiem kompletnej wiedzy dla wykonawców, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu w TED, ze swej natury, nie zawiera kompletu informacji o pełnym zakresie zamówienia. Z tego punktu widzenia, a także z punktu widzenia wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu, należy stwierdzić, że to wyłącznie BIP jest miejscem, z którego czerpie się pełną informację o przetargu. Ogłoszenie zamówienia w TED pełni funkcję wyłącznie informacyjną, w celu zgromadzenia możliwie najszerszego kręgu wykonawców, natomiast dalsze czynności w postępowaniu dokonywane są już na BIP. Na BIP publikuje się wszystkie dokumenty niezbędne do przeprowadzenia przetargu - jak choćby najważniejszy dokument opisujący przedmiot zamówienia - dokumentację budowlaną. Beneficjent odnosząc się do założenia, iż brak ogłoszenia o zmianie ogłoszenia (o zmianie terminu zakończenia zadania) miał wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, zauważył, że termin zakończenia zadania został zmieniony tylko o 29 dni (z pierwotnych 392 dni, na obowiązujące 421 dni), a ponadto informacja o przedłużeniu zakończenia wykonywania zadania była ogólnie dostępna, gdyż została opublikowana w BIP i na tablicy ogłoszeń Beneficjenta. Biorąc pod uwagę fakt, iż w praktyce wykonawcy, którzy chcą wziąć udział w postępowaniu nie śledzą kolejnych ogłoszeń w TED, natomiast kontrolują na bieżąco informacje zamieszczane na BIP - jako podstawowe źródło wiedzy w postępowaniu, teza o wpływie braku przedmiotowego ogłoszenia na potencjalny krąg wykonawców, zdaniem Beneficjenta pozostaje trudna do podtrzymania.

Po dokonaniu analizy ww. uwag, pismem z dnia 11 marca 2015 r. IZ RPO WZ podtrzymała swoje stanowisko odnośnie stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp przedstawione w protokole pokontrolnym, szczegółowo je uzasadniając. IZ RPO WZ podkreśliła, iż nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Beneficjenta, co do nieistotnej wagi wskazanego naruszenia oraz zastosowania zbyt wysokiego wskaźnika korekty finansowej. IZ RPO WZ wskazała, iż naruszenie przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp poprzez zmianę treści SIWZ bez przekazania jednocześnie informacji o dokonanej zmianie do UPUE mogło mieć istotne znaczenie w postępowaniu przetargowym. IZ RPO WZ ponownie wskazała, iż postępowanie pn.: „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu” podlegało również weryfikacji w ramach audytu operacji RPO WZ, prowadzonego przez Urząd Kontroli Skarbowej w Szczecinie, który także stwierdził naruszenie art. 38 ust. 4a pzp. Ponadto IZ RPO WZ w przedmiotowym piśmie odniosła się również do braku uzupełnienia przez Beneficjenta kserokopii dokumentacji, dotyczącej podmiotów udostępniających swoje zasoby, będących jednocześnie podwykonawcami, do których przedłożono zobowiązano Beneficjenta w protokole pokontrolnym. IZ RPO WZ stwierdziła jednak, iż skoro naruszenie dokonane przez Beneficjenta dotyczyło jedynie wykonawcy, którego oferta nie została wyłoniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu, uznano, iż czynności Zamawiającego nie miały wpływu na przebieg postępowania, a tym samym na ewentualne korekty finansowe z tytułu naruszenia pzp. Nadto IZ RPO WZ podtrzymała swoje ustalenia odnośnie stwierdzenia naruszenia art. 44 ust. 3 ufp.

IZ RPO WZ przedmiotowym pismem poinformowała Beneficjenta, iż czynności kontrolne w ramach kontroli doraźnej projektu zostały zakończone. Mając na uwadze powyższe, IZ RPO WZ za naruszenie przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp ustaliła i nałożyła na wydatki dokonane w ramach postępowania przetargowego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu” korektę finansową w oparciu o wskaźnik 5%.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach RPO WZ procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 23 marca 2015 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 583 657,77 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na pomniejszenie powyższej kwoty z kolejnej płatności). Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ufp 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. Dodatkowo poinformowano Beneficjenta, iż na wydatki przedstawione do refundacji we wniosku o płatność nr WNP-RPZP.05.01.01-32-002/10-11/K03, nałożono korektę finansową w kwocie 5 816,04 zł.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, dnia 13 kwietnia 2015 r. do IZ RPO WZ wpłynęło pismo Beneficjenta z dnia 07 kwietnia 2015 r., w którym wyraził on zgodę na pomniejszenie kolejnej płatności o kwotę nałożonej korekty finansowej.

Mając na uwadze ww. zgodę wyrażoną przez Beneficjenta oraz z uwagi na fakt, iż kwota pozostająca do wypłaty na wniosku o płatność nr WNP-RPZP.05.01.01-32-002/10-11/K03 nie była wystarczająca na pokrycie kwoty wymaganej do zwrotu wraz z odsetkami, a Beneficjent nie dokonał zwrotu wymaganych środków w całości, z dniem 09 kwietnia 2015 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków.

Z uwagi na trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego, w tym m.in. umowy o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosków i wyjaśnień Beneficjenta zgromadzonych w sprawie, postanowieniem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 07 maja 2015 r. przedłużono postępowanie administracyjne. Pismem z dnia 01 czerwca 2015 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 267 ze zm., dalej: kpa). Ponadto przez wzgląd na przewidziane terminy na umożliwienie wypowiedzenia się przez Beneficjenta co do zebranych w sprawie dowodów i materiałów, IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 08 czerwca 2015 r. przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 09 lipca 2015 r.

Należy wskazać, iż IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m. in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-00 wraz z aneksami, dokumentacji z kontroli doraźnej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, w tym także zarzutów i wyjaśnień Beneficjenta przedstawionych w piśmie z dnia z dnia 28 stycznia 2015 r.) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy,

co pozwoliło na zajęcie przez IZ RPO WZ stanowiska w sprawie jak poniżej.

Na samym początku podkreślenia wymaga, iż w ramach przeprowadzonych czynności kontrolnych IZ RPO WZ stwierdziła, iż Beneficjent swoim zachowaniem naruszył art. 44 ust 3 ufp poprzez nieterminową realizację płatności. Wskazane naruszenie nie wywołuje jednak dodatkowych skutków finansowych w postaci korekty finansowej, a zatem nie jest przedmiotem postępowania administracyjnego zakończonych niniejszą decyzją administracyjną.

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

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

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

– podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Należy wskazać, iż w analizowanej sprawie Beneficjent wykorzystał środki przekazane mu na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-00 niezgodnie z procedurami obowiązującymi w ramach RPO WZ, do których stosowania był zobowiązany składając wniosek o dofinansowanie, a następnie w dniu 14 czerwca 2010 r. podpisując umowę o dofinansowanie.

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

Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp, albowiem podejmował działania niezgodne z umową o dofinansowanie, oraz niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Co więcej, prawidłowe stosowanie przepisów ustaw, umowy o dofinansowanie oraz dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, a co za tym idzie prawidłowe udzielanie zamówień publicznych podczas realizacji inwestycji współfinansowanej ze środków unijnych stanowi jeden z warunków rozliczenia projektu.

W przedmiotowej sprawie, w ramach czynności kontrolnych, IZ RPO WZ ustaliła, iż w ogłoszeniu o zamówieniu na roboty budowlane pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal - remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu” nr 2011/S 44-072302 opublikowanym w Dz.U./S S44 w dniu 04 marca 2011 r. w punkcie II.3 Czas trwania zamówienia lub termin realizacji, Zamawiający zawarł termin zakończenia zamówienia: 31 maja 2012 r. W dniu 29 marca 2011 r. Zamawiający w piśmie znak: ID.271.04.02.2011, działając na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 pzp, udzielił odpowiedzi na zgłoszone przez wykonawców zapytania do SIWZ. W punkcie 1, na zapytanie jednego z wykonawców, udzielił odpowiedzi, iż przedłuży termin zakończenia inwestycji do 29 czerwca 2012 r. Ponadto w piśmie do wykonawców z dnia 30 marca 2011 r.,

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4a pzp dokonał modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę ostatecznego terminu wykonania zamówienia z pierwotnie przyjętego dnia 31 maja 2012 r. na dzień 29 czerwca 2012 r. Powyższe wyjaśnienie oraz zmianę SIWZ Zamawiający opublikował odpowiednio w dniach: 29 marca 2011 r. oraz 30 marca 2011 r. w BIP na swojej stronie internetowej. Zamawiający, dokonując zmiany treści SIWZ, która prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, nie przekazał do UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, czym naruszył art. 38 ust. 4a pzp. Należy wskazać, iż Beneficjent nie zakwestionował stwierdzenia przez IZ RPO WZ powyższego naruszenia, a jednocześnie w piśmie z dnia 28 stycznia 2015 r. potwierdził fakt braku publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, którym należało zmodyfikować datę zakończenia wykonywania zadania (zgodnie z modyfikacją SIWZ dokonaną dnia 29 marca 2011 r.).

W odniesieniu do powyższych ustaleń należy wskazać, iż Beneficjent informację o dokonanej zmianie zamieścił jedynie w BIP na swojej stronie internetowej oraz powiadomił część wykonawców, którzy mogliby przystąpić do przetargu. Zgodnie z art. 41 ust. 1 pkt 6 pzp ogłoszenie o zamówieniu zawiera m.in. co najmniej termin wykonania zamówienia. W związku z powyższym zmieniając zapisy w SIWZ w zakresie jaki obejmuje ww. ogłoszenie powinno się dokonać korekty jego treści i opublikować ogłoszenie o zmianie ogłoszenia. Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) w wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r. (sygn. akt II GSK 1926/13) podkreślił, iż „przepis art. 40 ust. 6 pkt 2 pzp stanowi, że ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznym dostępnym w siedzibie zamawiającego na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób; nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP), a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (dalej w skrócie UOPWE). Regulacja powyższa oznacza, że te ostatnie informacje (tzn. przekazane do BZP lub do UOPWE) stanowią punkt odniesienia dla oceny, czy ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone lub publikowane w innym miejscu, zawiera informacje inne, a zatem i sprzeczne z zamieszczonymi w BZP lub przekazanymi UOPWE”. Jak wskazuje się w literaturze, konieczność zmiany ogłoszenia wynikać może również ze zmian SIWZ (art. 38 ust. 4a pzp). Nowelizacja ustawy z 4 września 2008 r. wprowadziła bowiem istotne zmiany w zakresie dopuszczalności zmiany specyfikacji. Stosownie do powyższego, zamawiający, który prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego i wprowadza zmiany do SIWZ, może być zobowiązany do dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Obowiązek ów uzależniony jest od tego, czy zmiany w specyfikacji dotyczą tych elementów, które podane zostały w ogłoszeniu. Tak na przykład, jeżeli zamawiający wprowadził zmiany w SIWZ w zakresie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, to będzie musiał powyższe zmiany uwzględnić w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia. Analogicznie zatem, zmiany SIWZ, które nie wpływają na treść ogłoszenia o zamówieniu publicznym nie wiążą się z koniecznością zmiany ogłoszenia. Podkreślić jednak należy, że zaniechanie dokonania zmiany treści ogłoszenia, będącej konsekwencją zmiany specyfikacji, naraża zamawiającego na zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (tak: Paulina Soszyńska-Purtak, Zmiany treści ogłoszeń i ich konsekwencje (w:) <http://lex.online.wolterskluwer.pl>). Z dokumentacji postępowania wynika, że Beneficjent nie dokonał w przedmiotowym postępowaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez brak przekazania zmiany do UPUE. Tym samym zaniechał dokonania czynności, do której był zobowiązany na podstawie art. 38 ust. 4a pzp, który stanowi, iż jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”. Jak wynika z ww. przepisu każda zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu obliuguje Zamawiającego do zamieszczenia odpowiedniego ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Zasadą jest publikacja ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w tym samym publikatorze, w którym zamieszczone było ogłoszenie ulegające zmianie. Ogłoszenia przekazywane UPUE publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej: DUUE). DUUE to oficjalne kompendium prawodawstwa UE (seria L) oraz innych oficjalnych dokumentów instytucji, organów i agencji UE (seria C i jej suplementy). Ponadto DUUE jest jedynym periodykiem, który ukazuje się codziennie od wtorku do soboty we wszystkich językach urzędowych Unii Europejskiej (dalej: UE), w związku z czym opublikowane ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego mają o wiele szersze grono odbiorców na terenie wszystkich krajów UE. Wskazać należy, iż kwestia dotycząca naruszenia art. 38 ust 4a pzp była już przedmiotem licznych rozstrzygnięć sądów administracyjnych. NSA w cytowanym już powyżej wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r. (sygn. akt II GSK 1926/13) wskazał wprost, iż realizacja

omawianego obowiązku przez zamawiającego, w sytuacji gdy następuje w warunkach i na zasadach określonych w art. 38 ust.4a pzp, z całą pewnością wiązać się będzie ze zmianą SIWZ dotyczącą na przykład: wielkości lub zakresu zamówienia, terminu jego wykonania, informacji o możliwości złożenia oferty wariantowej, sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, kwoty wadium, kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, miejsca i terminu składania ofert, terminu związania ofertą, informacji o zamiarze zawarcia umowy ramowej, informacji o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających. Wobec tego, że na gruncie przywołanego przepisu ustawodawca operuje konwencją, z której wynika konieczność istnienia bezpośredniego związku między zmianą treści SIWZ i treścią ogłoszenia o zamówieniu, co wyraża się we wpływie zmiany treści SIWZ na treść ogłoszenia skutkując koniecznością jego zmiany, nie można tracić z pola widzenia regulacji zawartej art. 41 ustawy - Prawo zamówień publicznych określającej konieczne, nakazane prawem, minimum treści ogłoszenia o zamówieniu. Niezgodność ogłoszenia i SIWZ, a tym bardziej zmiana SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia prowadzi do obowiązku dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Mając na uwadze powyższe, z uwagi na brzmienie art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp, art. 40 pzp oraz 41 pzp, a także z uwagi na literaturę oraz orzecznictwo w powyższym zakresie, zasadnym jest stwierdzenie, iż poprzez brak przekazania informacji o zmianie terminu realizacji zamówienia do UPUE, Beneficjent naruszył art. 38 ust. 4a pzp. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem Beneficjenta, iż informacja o przedłużeniu zakończenia wykonywania zadania była ogólnie dostępna, gdyż została opublikowana w BIP i na tablicy ogłoszeń Beneficjenta. Modyfikacja elementów SIWZ, co do których istnieje obowiązek podania ich w ogłoszeniu, bez zmiany takiego ogłoszenia mogłaby prowadzić do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i ograniczania uczciwej konkurencji (tak: Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art.38 ustawy - Prawo zamówień publicznych (w:) <http://lex.online.wolterskluwer.pl>). Mając na uwadze powyższe, wskazany sposób opublikowania wprowadzonych zmian dotyczących wydłużenia terminu nie był wystarczający, bowiem jak już wskazano wcześniej – skoro ogłoszenie o zamówieniu, które zawierało wskazanie terminu wykonania zamówienia, było opublikowane w DUUE, to modyfikacja ogłoszenia w zakresie wydłużenia tego terminu, powinna zostać upubliczniona w tym samym dzienniku. Beneficjent poprzez brak przekazania informacji o zmianie ogłoszenia do UPUE, dopuścił się naruszenia podstawowych zasad pzp tj. zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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

Z przepisów uzppr wynika, że polityka rozwoju prowadzona jest między innymi przez samorząd województwa (art. 3 pkt 2 uzppr), co znajduje odzwierciedlenie w treści regulacji art. 15 – art. 20 uzppr. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 03 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 50/14), zarząd województwa jest instytucją zarządzającą (art. 5 pkt 2 uzppr), która w odniesieniu do regionalnego programu operacyjnego jest odpowiedzialna za jego przygotowanie i realizację, co z kolei wynika z art. 25 uzppr. Do zadań instytucji zarządzającej, zgodnie z art. 26 ust. 1 uzppr, należy nie tylko dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjentów (pkt 11), ale także prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów (pkt 14) oraz odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych (pkt 15), a także ustalanie i nakładanie korekt finansowych, o których mowa w art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 (pkt 15a). Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 60 lit. b rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 do zadań instytucji zarządzającej należy, m.in. weryfikacja, że współfinansowane towary i usługi są dostarczane oraz że wydatki zadeklarowane przez Beneficjenta na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. Tym samym IZ RPO WZ na podstawie własnego postępowania wyjaśniającego i ustaleń stwierdza, czy w trakcie realizacji projektu objętego dofinansowaniem w ramach RPO WZ, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Stosownie do wyników tych ustaleń instytucja zarządzająca zobowiązana jest następnie podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu 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 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.

Konkludując, w analizowanej sprawie stwierdzono, iż poprzez naruszenie art. 38 ust. 4a pzp, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, przez którą rozumie się jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Przez wzgląd na powyższe wskazać należy, iż 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. Zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego, którego poszczególne regulacje zostały przytoczone powyżej na etapie opisu nieprawidłowości jakiej dopuścił się Beneficjent. 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 prowadziłyby 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. Podobnie wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, w wyroku z dnia 06 grudnia 2012 r. (sygn. akt. III SA/Łd 828/12) „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 UE, choć w okolicznościach konkretnej sprawy szkody tej nie spowodowało. Wystarczy potencjalna możliwość, że szkoda taka mogłaby wystąpić.” W przedmiotowej sprawie Beneficjent poprzez dokonanie modyfikacji treści SIWZ bez jednoczesnego przekazania zmiany ogłoszenia do UPUE, wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie oraz przepisach prawa (art. 38 ust 4a pzp), szkodząc interesowi UE. Kwestię wystąpienia szkody realnej czy potencjalnej należy rozpatrywać w kontekście faktu, iż gdyby środki wypłacone Beneficjentowi, który wydatkował je niezgodnie z obowiązującymi przepisami, nie zostałyby odzyskane przez IZ RPO WZ wpłynęłyby to na uszczuplenie budżetu środków europejskich. Gdyby przyjąć, że IZ postępują wbrew przepisom określonym w art. 70 ust. 1 lit. B rozporządzenia nr 1083/2006, zgodnie z którym to Instytucja Zarządzająca jest odpowiedzialna za odzyskiwanie kwot nienależnie wypłaconych, straty w budżecie ogólnym UE byłyby znaczne. Należy pamiętać, że środki jaki otrzymał Beneficjent na realizację projektu pochodziły z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz budżetu państwa.

Beneficjent poprzez niedopełnienie obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia o zamówieniu do UPUE, ograniczył dostępność oferty, tym samym nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców. Za zaniechanie Beneficjenta należy uznać niestosowanie się do obowiązujących przepisów prawa, poprzez nieumieszczenie stosowanego ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w DUUE. Niedopełnienie powyższego obowiązku można traktować jako złą wolę Zamawiającego, polegającą na chęci ograniczenia dostępu do informacji, mających wpływ na zapewnienie warunków uczciwej konkurencji potencjalnym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zablokował dostęp do ogłoszenia o zamówieniu wykonawcom zagranicznym, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę, gdyby zostali poinformowani o zmianie poprzez jej publikację. Opublikowanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Beneficjenta nie zmienia faktu, iż gdyby zmiany zostały opublikowane w UPUE, inni potencjalni wykonawcy, w tym również wykonawcy spoza Polski, którzy byłiby zainteresowani realizacją zamówienia w dłuższym czasie tj. do dnia 29 czerwca 2012 r., a nie jak było pierwotnie do dnia 30 maja 2012 r., mogliby złożyć swoje oferty w postępowaniu. Wobec ww. ustaleń, oczywistym jest naruszenie przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp, a tym samym procedur obowiązujących Beneficjenta w ramach RPO WZ. Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż Beneficjent swoim zachowaniem przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na straty, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu ww. zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy

byłby wkład finansowy z budżetu UE. Wykazanie rzeczywistej szkody jest w przedmiotowej sprawie niemożliwe, gdyż naruszenie przez Beneficjenta przepisów pzp polegało na ograniczeniu możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym większej ilości oferentów (którzy mogliby złożyć korzystniejsze oferty niż ta, która została wybrana w postępowaniu), a nie na wybraniu przez Zamawiającego wykonawcy, który zaproponował mniej korzystne warunki niż inni mogliby zaproponować. Nie sposób w tym przypadku jest wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania przy zachowaniu zasad konkurencyjności. Zachowanie przez Beneficjenta ww. zasad, dawałoby gwarancję wyłonienia wykonawców (również tych spoza granic Polski) oferujących najkorzystniejsze warunki, w tym najniższą cenę, zaś niezachowanie tych zasad przez Beneficjenta takiej gwarancji nie daje. W związku z powyższym naruszenie przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp należy traktować jako nieprawidłowość, skutkującą konsekwencjami w postaci nałożenia korekty finansowej.

Z Wytocznych MIR pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” wynika, iż w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. Do jej zastosowania 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, za niekwalifikowalną część wydatku przyjmuje się kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdzie stwierdzono naruszenie art. 38 ust. 4a pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie w Wytocznych, metodą określenia finansowego wymiaru nieprawidłowości jest pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w ramach projektu lub kontraktu obciążonego nieprawidłowością o wartość procentową, wskazaną we właściwej tabeli Taryfikatora. Pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych skutkować powinno proporcjonalnym pomniejszeniem kwoty dofinansowania pochodzącego z funduszy UE. Otrzymana w wyniku przeprowadzenia powyższego działania kwota stanowi wartość korekty finansowej kompensującej domniemaną szkodę dla budżetu UE. Przedstawione w tabelach wskaźniki procentowe 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. Wytoczne wskazują, iż ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do instytucji odpowiedzialnych za nakładanie korekt finansowych.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż do wyliczenia korekty finansowej za stwierdzone naruszenie zastosowano metodę wskaźnikową. IZ RPO WZ przyjęła wskaźnik procentowy określony w Tabeli nr 1 poz. 17 Taryfikatora - „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ”. Za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp, Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 10%, jednak dopuszcza możliwość obniżenia ww. wskaźnika do wysokości 5%. IZ RPO WZ biorąc pod uwagę fakt, iż naruszenie art. 38 ust. 4a pzp było jedynym wykazanim w trakcie kontroli doraźnej naruszeniem przepisów pzp, wywołującym skutki finansowe wobec Beneficjenta, uznała za zasadne obniżenie maksymalnego wskaźnika procentowego o połowę, w związku z czym IZ RPO WZ za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp ostatecznie ustaliła korektę finansową w wysokości 5%. Należy nadto wskazać, iż Urząd Kontroli Skarbowej w Szczecinie (pełniący rolę IA), za powyższe naruszenie również wskazał konieczność obniżenia o 5% wydatków zadeklarowanych do Komisji Europejskiej, co dodatkowo potwierdziło stanowisko IZ RPO WZ zajęte w przedmiotowej sprawie.

Wysokość korekty finansowej została przez IZ RPO WZ obliczona jako iloczyn wskaźnika procentowego korekty finansowej, tj. 5%, wskaźnika procentowego dofinansowania ze środków UE (w zależności od wskazanego wniosku o płatność) oraz wartości wydatków dokonanych w ramach umowy nr ID.272.04.2011 zawartej z wykonawcą w postępowaniu pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu”. Wobec ww. ustaleń, wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenie, została przez IZ RPO WZ ustalona w łącznej kwocie 589 473,81 zł, w tym kwota należności głównej wymagana do zwrotu tj. 583 657,77 zł (którą należy powiększyć o odsetki określone jak dla zaległości podatkowych) oraz kwota 5 816,04 zł, dotycząca korekty finansowej

nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność nr WNP-RPZP.05.01.01-32-002/10-11/K03, dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone. Podsumowując, Beneficjent wobec ww. korekty finansowej, został wezwany do zwrotu środków części korekty dotyczącej wydatków, dla których jak wskazano powyżej, dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 583 657,77 zł (589 473,81zł – 5 816,04 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Jednocześnie wskazuje się, iż w związku z wyrażeniem przez Beneficjenta zgody na pomniejszenie kolejnej płatności o środki wymagane do zwrotu, IZ RPO WZ mając na uwadze zapisy art. 55 § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. Z 2015 poz. 251, dalej: op) rozliczyła częściowo kwotę wymaganą do zwrotu wraz z odsetkami. Powyższy przepis wskazuje, iż jeżeli dokonana wpłata nie pokrywa kwoty zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę, wpłatę tę zalicza się proporcjonalnie na poczet kwoty zaległości podatkowej oraz kwoty odsetek za zwłokę w stosunku, w jakim, w dniu wpłaty, pozostaje kwota zaległości podatkowej do kwoty odsetek za zwłokę. Wskazuje się nadto, iż zgodnie z art. 207 ust 2 ufp zwrot środków może zostać dokonany przez pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi. Co istotne, zgodnie z art. 207 ust. 2a ufp, w przypadku wyrażenia przez Beneficjenta zgody na pomniejszenie środków, odsetki nalicza się do dnia wpływu do właściwej instytucji pisemnej zgody na pomniejszenie kolejnych płatności. Mając na uwadze powyższe przepisy, IZ RPO WZ jako datę naliczenia odsetek przyjęła dzień 13 kwietnia 2015 r. (data wpływu do IZ RPO WZ zgody Beneficjenta). Mając na uwadze powyższe, kwota pozostająca do wypłaty w ramach wniosku o płatność nr WNP-RPZP.05.01.01-32-002/10-11/K03 w wysokości 602 542,13 zł została pomniejszona o kwotę 113 673,00 zł, tj. o odsetki naliczone z tytułu nierozliczonej w terminie zaliczki. Wobec powyższego pozostała kwota tj. 488 869,13 zł została pomniejszona o środki w wysokości 5 816,04 zł (korekta finansowa nałożona na wydatki, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone) oraz proporcjonalnie o należność główną w kwocie 383 477,69 zł i odsetki w kwocie 99 575,40 zł (liczone od daty przekazania środków do daty wpływu do IZ RPO WZ pisemnej zgody Beneficjenta na pomniejszenie kolejnej płatności, tj. do dnia 13 kwietnia 2015 r.).

Wobec powyższych wyliczeń, należy wskazać, iż niniejsza decyzja administracyjna obejmuje kwoty pozostałe do zwrotu, po ww. rozliczeniu dokonany w związku z wyrażoną przez Beneficjenta zgodą na pomniejszenie środków z kolejnej płatności o kwotę korekty finansowej wraz z odsetkami, Beneficjent jest zatem zobowiązany do zwrotu kwoty należności głównej w łącznej wysokości 200 180,08 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, co wskazano w sentencji niniejszej decyzji.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie projektu, dokumentację z czynności kontrolnych oraz korespondencję z Beneficjentem, koniecznym stało się wydanie przedmiotowej decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 pkt 1 ufp, po bezskutecznym upływie terminu, określonego w wezwaniu Instytucja Zarządzająca wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

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

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego