



Załącznik do uchwały nr 1446/16  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 13 września 2016 r.

Gmina Rewal  
ul. Mickiewicza 19  
72-344 Rewal

WWRPO.VIII.3162.71.2016.Ała

### **DECYZJA Nr WWRPO/34/W/2016**

podjęta w dniu 13 września 2016 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

*Olgierd 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 2016 r. poz. 383 t.j.), 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. 26 ust. 3, art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 t.j.) 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 2016 r. poz. 486 t.j.)

#### **orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – Gminy Rewal z siedzibą przy ul. Mickiewicza 19 w Rewalu, 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 55 939,60 zł (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści dziewięć złotych 60/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia 30 grudnia 2013 r. na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768 w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie.

## 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 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2016 r. poz. 383 t.j. ze zm., dalej: uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-00 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 2 grudnia 2010 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-02 z dnia 9 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 1 marca 2013 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-05 z dnia 3 lipca 2013 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-06 z dnia 28 października 2013 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-07 z dnia 20 października 2014 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-08 z dnia 2 listopada 2015 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-09 z dnia 13 stycznia 2016 r., nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-10 z dnia 15 marca 2016 r. oraz nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-11 z dnia 25 maja 2016 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 Rozwoju, dalej: MR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (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 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 uchwałą 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 6-8 kwietnia 2016 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową, w tym 8 kwietnia 2016 r. wizję lokalną w miejscu realizacji 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:

1. zamówienia w trybie z wolnej ręki pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – roboty dodatkowe”, w zakresie:

- umowy z wykonawcą nr 1/2012 z dnia 20 czerwca 2012 r. na kwotę 1 114 719,43 zł brutto, stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych tj. Konsorcjum firm: Husar Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek oraz Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, bez spełnienia obligatoryjnych przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Za powyższe naruszenie Taryfikator w Tabeli 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”, przewiduje korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% bez możliwości jego obniżenia;
  - umowy z wykonawcą nr 2/2012 z dnia 16 listopada 2012 r. na kwotę 1 415 282,96 zł brutto, stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych tj. Konsorcjum firm: Husar Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek oraz Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa, bez spełnienia obligatoryjnych przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Za powyższe naruszenie Taryfikator w Tabeli 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”, przewiduje korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% bez możliwości jego obniżenia;
2. przetargu nieograniczonego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – dokończenie robót budowlanych zabytkowego budynku dworca kolejowego w Pogorzeliczy” stwierdzono naruszenie art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Za powyższe naruszenie Taryfikator w Tabeli nr 2 poz. 30 „Naruszenia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty”, przewiduje korektę finansową w oparciu o maksymalny wskaźnik na poziomie 25% ze wskazaniem, iż wysokość korekty może zostać obniżona do 10% lub 5% w zależności od wagi nieprawidłowości. Z uwagi na fakt, iż było to jedyne naruszenie we wskazanym postępowaniu, IZ RPO WZ ustaliła korektę finansową w oparciu o najniższy wskaźnik, tj. 5%.

Łączna wysokość korekty finansowej za ww. naruszenia, nałożonej na wydatki kwalifikowalne w projekcie opiewa na kwotę 262 774,78 zł, a wysokość dofinansowania podlegająca zwrotowi w związku z nałożoną korektą wynosi 105 109,91 zł (zgodnie z § 2 pkt 5 umowy o dofinansowanie jest to 39,9999999949% z kwoty 262 774,78 zł).

Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ pismem z dnia 13 maja 2016 r. poinformowała Beneficjenta, iż pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w projekcie o ww. kwotę korekty finansowej, tj. 262 774,78 zł spowodowało powstanie nadpłaty w wysokości 105 109,91 zł. Wobec powyższego IZ RPO WZ dokonała pomniejszenia płatności końcowej przysługującej Beneficjentowi o środki w wysokości 49 170,31 zł. Tym samym wezwano Beneficjenta do zwrotu pozostałych środków tj. 55 939,60 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 t.j. ze zm., dalej: ufp) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

W związku z brakiem zwrotu środków w terminie wskazanym w ww. wezwaniu, z dniem 1 czerwca 2016 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków przekazanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.01.01-32-002/10-00 zawartej 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”.

Pismem z dnia 20 czerwca 2016 r. Gmina Rewal wniosła wyjaśnienia i zarzuty w sprawie, do których IZ RPO WZ odniesie się w dalszej części niniejszej decyzji.

Mając na względzie trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego, a także treści pisma Beneficjenta z dnia 20 czerwca 2016 r., przedłużono postępowanie administracyjne do dnia 1 sierpnia 2016 r. Pismem z dnia 1 sierpnia 2016 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 t.j. 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 1 sierpnia 2016 r. przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 1 września 2016 r. Następnie postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2016 r. przedłużono postępowanie administracyjne do dnia 30 września 2016 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 planowej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, w tym także zarzutów i wyjaśnień Beneficjenta przedstawionych w piśmie z dnia 20 czerwca 2016 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 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 uupr 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 zaznaczyć, iż obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika także wprost z § 8 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (dalej: RPO WZ), IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp. Naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp, w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jak wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 października 2015 r. (sygn. akt II GSK 2109/14), podpisana przez beneficjenta według wzoru umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu "innych procedur" mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Ponadto jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych (ustawy pzp, a w konsekwencji także ufp), jak i przepisów unijnych. Pogląd ten został również zaprezentowany przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. (sygn. akt II GSK 1980/12) gdzie wskazano, iż nie sposób przyjąć, aby ustawodawca do procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków nie zaliczał przepisów prawa – pzp lub też innych ustaw mających zastosowanie przy realizacji określonego projektu. Zatem obowiązkiem Beneficjenta jest stosowanie procedur przewidzianych w pzp, zaś dla oceny, czy środki pochodzące z budżetu UE były wydatkowane zgodnie z umową, konieczne jest stwierdzenie, czy Beneficjent w sposób prawidłowy zastosował przepisy pzp

określające m.in. zasady i tryb udzielania zamówień publicznych (por wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 2727/14).

Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy miał obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących reguł, zasad i postanowień wynikających z Programu, Uszczegółowienia Programu, obowiązujących procedur, wytycznych, a także informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest wniosek, iż w analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp, albowiem podejmował działania niezgodne z umową o dofinansowanie oraz z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

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.

IZ RPO WZ poniżej omówi poszczególne naruszenia, przywołując i odnosząc się jednocześnie do zarzutów i wyjaśnień Beneficjenta wskazanych w piśmie z dnia 20 czerwca 2016 r.

Na samym początku zaznaczenia wymaga, iż Zamawiający w ramach zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, udzielił zamówienia dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, tj. Konsorcjum firm: Husar Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o.- Lider Konsorcjum, ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek oraz Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa (zamówienie podstawowe – Umowa Nr ID.272.04.2011 z dnia 1 czerwca 2011 r.). W ramach umowy nr 1/2012 na roboty dodatkowe z dnia 20 czerwca 2012 r. zawartej z ww. konsorcjum przewidziano następujący zakres zamówień dodatkowych oraz wartość wynagrodzenia:

- a) wykonanie wymiany gruntu nienośnego pod posadowienie budynków dworców w Śliwinie i Niechorzu Latarni – zgodnie z Załącznikiem nr 1: 42 981,18 zł brutto,
- b) wykonanie dodatkowego zabezpieczenia przyczółku mostu na kanale Liwka oraz zabezpieczenie kanału „Ulgi” za pomocą grodzic – zgodnie z Załącznikiem nr 2: 210 662,34 zł brutto,
- c) wykonanie przemurowań i zszyć prętami zarysowanych, spękanych murów w budynkach dworców kolejowych w Rewalu i Pogorzeliczy - zgodnie z załącznikiem nr 3: 15 530,58 zł brutto,
- d) wykonanie izolacji przeciwwilgociowej poziomej metodą wbijania blach chromoniklowych w spoiny muru fundamentowego z cegieł – zgodnie z Załącznikiem nr 4: 36 662,08 zł brutto,
- e) wykonanie wymiany belek stropowych w budynkach dworców kolejowych w Rewalu i Pogorzeliczy – zgodnie z Załącznikiem nr 5: 10 353,71 zł brutto,
- f) wykonanie dodatkowej warstwy podbudowy stabilizacyjnej Rm-2,5 MPa pod nawierzchnię przebudowywanej ulicy Pałacowej w Trzęsaczu – zgodnie z załącznikiem nr 6: 173 001,23 zł brutto,
- g) wymianę istniejącej stolarki okiennej w budynkach dworców kolejowych w Rewalu i Pogorzeliczy w oparciu o inwentaryzację konserwatorską – zgodnie z załącznikiem nr 7: 316 263,79 zł brutto,
- h) wykonanie nawierzchni drogi dojazdowej do parkingów przy budynku dworca w Rewalu z kostki granitowej – zgodnie z załącznikiem nr 8: 169 742,19 zł brutto,
- i) wykonanie dodatkowej warstwy podbudowy stabilizacyjnej Rm-2,5 MPa pod nawierzchnię parkingów w Rewalu, Śliwinie i Niechorzu (dworzec latarnia morska) – zgodnie z załącznikiem nr 9: 34 600,00 zł brutto,
- j) wykonanie zamiany konstrukcji ciągu pieszego ul. Pałacowej w Trzęsaczu na konstrukcję pieszo-jezdni – zgodnie z załącznikiem nr 10: 104 922,33 zł brutto.

Zakres robót dodatkowych opisano w Protokołach konieczności. Beneficjent w złożonych do protokołu pokontrolnego wyjaśnieniach przedstawił dokumenty brakujące na moment przeprowadzenia czynności kontrolnych tj. protokół z postępowania, zaproszenie do negocjacji oraz oferty wykonawcy. Należy jednak zaznaczyć, iż w piśmie o zakończeniu czynności kontrolnych z dnia 10 maja 2016 r. IZ RPO WZ w odniesieniu do robót dodatkowych przedstawionych przez Beneficjenta, jako wydatki kwalifikowalne w ramach wskazanych powyżej punktów a), c) i e) uznała wyjaśnienia Beneficjenta i dokonała zmiany swojego stanowiska dotyczącego naruszenia przez Beneficjenta art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp zawartego w protokole pokontrolnym i odstąpiła od nałożenia korekty finansowej. Natomiast w

odniesieniu do robót dodatkowych przedstawionych przez Beneficjenta, jako wydatki kwalifikowalne tj. punkty b), d) i od f) do j), podtrzymała swoje stanowisko, bowiem Beneficjent nie przedstawił jednoznacznego uzasadnienia dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego w odniesieniu do przedmiotowego zakresu robót. W związku z powyższym, IZ RPO WZ uznała, iż ww. zakres robót ujęty w umowie nr 1/2012 na roboty dodatkowe z dnia 20 czerwca 2012 r. nie spełnia łącznie wszystkich obligatoryjnych ww. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp.

Ponadto Zamawiający w ramach zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, udzielił zamówienia dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, tj. Konsorcjum firm: Husar Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek oraz Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa (zamówienie podstawowe – Umowa Nr ID.272.04.2011 z dnia 1 czerwca 2011 r.). W ramach umowy nr 2/2012 na roboty dodatkowe z dnia 16 listopada 2012 r. zawartej z ww. konsorcjum przewidziano następujący zakres zamówień dodatkowych oraz wartość wynagrodzenia:

- a) wymianę istniejącej na nową podłogę z desek drewnianych w remontowanych budynkach dworców kolejowych Rewalu i Pogorzeliicy w oparciu o inwentaryzację konserwatorską – zgodnie z załącznikiem nr: 163 800,20 zł brutto,
- b) wykonanie kanalizacji deszczowej (odwodnienie liniowe) peronów zewnętrznych oraz chodników od strony linii kolejowej przy budynkach dworców w Trzęsaczu, Śliwinie, Niechorzu (Latarnia) oraz Rewalu zgodnie z Załącznikiem nr 2: 487 166,92 zł brutto,
- c) nawiązanie niwelety istniejących parkingów oraz wjazdów na boisko „ORLIK” do niwelety nawierzchni przebudowywanej ul. Pałacowej i Dworcowej w Trzęsaczu – zgodnie z Załącznikiem nr 3: 41 950,50 zł brutto,
- d) wymianę istniejącej na nową stolarkę drzwiową w remontowanym budynku dworca kolejowego w Rewalu i Pogorzeliicy wg wytycznych konserwatora zabytków na zasadzie odtworzenia – zgodnie z załącznikiem nr 4: 88 104,90 zł brutto,
- e) wymianę istniejących na nowe schody drewniane w remontowanym budynku dworca kolejowego w Rewalu i Pogorzeliicy wg wytycznych konserwatora zabytków na zasadzie odtworzenia – zgodnie z załącznikiem nr 5: 52 876,70 zł brutto,
- f) wykonanie drenażu wewnątrz budynku oraz drenażu opaskowego wokół budynku dworca kolejowego w Rewalu z wykonaniem izolacji poziomej metodą iniekcji krystalicznej wg patentu Nawrota – zgodnie z załącznikiem nr 6: 350 031,09 zł brutto,
- g) zmianę kostki brukowej standardowej na kostkę z powłoką „Nano” – zgodnie z załącznikiem nr 7: 17 199,99 zł brutto,
- h) wykonanie nawierzchni drogi dojazdowej do parkingów przy budynku dworca w Rewalu z kostki granitowej – zgodnie z załącznikiem nr 8: 169 742,19 zł brutto.

Zakres robót dodatkowych opisano w Protokołach konieczności. Beneficjent w złożonych do protokołu pokontrolnego wyjaśnieniach przedstawił dokumenty brakujące na moment przeprowadzenia czynności tj. protokół z postępowania, zaproszenie do negocjacji, oferty wykonawcy oraz złożył wyjaśnienia. Tym samym IZ RPO WZ w piśmie o zakończeniu czynności kontrolnych z dnia 10 maja 2016 r. w odniesieniu do robót dodatkowych przedstawionych przez Beneficjenta, jako wydatki kwalifikowalne w ramach wskazanych powyżej punktów od a) do e) oraz g) i h) uznała wyjaśnienia Beneficjenta i dokonała zmiany swojego stanowiska dotyczącego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp zawartego w protokole pokontrolnym i odstąpiła od nałożenia korekty finansowej. Natomiast w odniesieniu do robót dodatkowych przedstawionych przez Beneficjenta, jako wydatki kwalifikowalne w ww. pkt f) podtrzymała swoje stanowisko, bowiem Beneficjent nie przedstawił jednoznacznego uzasadnienia dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego w odniesieniu do przedmiotowego zakresu robót.

Wskazania wymaga, iż Zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp uzależniona jest zatem od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

- wykonanie zamówienia dodatkowego powierza się dotychczasowemu wykonawcy,
- przedmiotem zamówienia podstawowego są usługi lub roboty budowlane,
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym,

- wartość zamówień dodatkowych nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia,
- wykonanie zamówienia dodatkowego jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia,
- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że ustawodawca dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki wyłącznie w sytuacjach szczególnych, które zostały enumeratywnie wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Jak wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 7 stycznia 2015 r. (sygn. KIO/KD 116/14), w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreśla się, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03). Jak wskazała Główna Komisja Orzekająca (dalej: GKO) w orzeczeniu z dnia 19 stycznia 2015 r. (sygn. akt BDF1/4900/93/95/14) z „sytuacją niemożliwą wcześniej do przewidzenia” opisaną dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b pzp mamy do czynienia gdy ma ona charakter obiektywny i nie wynika z zaniedbań (niezachowania staranności) Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógłby przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania należytej staranności (por. uchwałę KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/KD 28/10).

Gmina Rewal w piśmie z dnia 20 czerwca 2016 r. w odniesieniu do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp stwierdzonego w ramach zamówienia w trybie z wolnej ręki pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – roboty dodatkowe” – umowa z wykonawcą nr 1/2012 z dnia 20 czerwca 2012 r. w części b) na wykonanie robót dodatkowych – dodatkowe zabezpieczenie przyczółku mostu na kanale LIWKA oraz zabezpieczenie kanału „ulgi” za pomocą grodzic wskazała, że w czasie wykonywania robót w wyniku dokonanego przeglądu terenu budowy związanego z remontem mostu na kanale LIWKA, stwierdzono występowanie wysokiego stanu wody i duży przepływ wody w kanale, odmienny od rozwiązań projektowych. Stwierdzono, że przyjęte rozwiązania zabezpieczające kanał są niewystarczające i spowodują rozmycie przyczółku mostu oraz terenu strony przeciwległej wraz ze zniszczeniem istniejącego drzewostanu, będącego pod ochroną konserwatorską. Uznano zatem za konieczne wykonanie nowego rozwiązania projektowego, z zabezpieczeniem kanału ścianką z grodzic stalowych z jednoczesnym powiększeniem przekroju kanału „ulgi” do istniejącego przepływu. Bez wykonania dodatkowego zabezpieczenia, roboty podstawowe wykonane byłyby w sposób bezskuteczny. Mając na uwadze powyższe Beneficjent także wniósł o „odstępianie od naliczania korekty finansowej od powołanego zakresu”.

Odnosząc się do wyjaśnień Gminy Rewal złożonych w odniesieniu do umowy zawartej z wykonawcą nr 1/2012 z dnia 20 czerwca 2012 r. w części b) na wykonanie robót dodatkowych – dodatkowe zabezpieczenie przyczółku mostu na kanale LIWKA oraz zabezpieczenie kanału „ulgi” za pomocą grodzic, wskazania wymaga, iż IZ RPO WZ przyjęła do wiadomości wyjaśnienia Beneficjenta dotyczące konieczności wykonania wskazanych robót. Jednakże IZ RPO WZ kwestionuje fakt, iż Beneficjent planując zamówienie podstawowe dochował należytej staranności, bowiem roboty – mimo takiej możliwości – nie zostały przez Zamawiającego przewidziane wcześniej. Na etapie planowania zamówienia inwestor powinien dokładnie określić i zinwentaryzować m.in. stan nabrzeża i drzewostanu na terenie, na którym będzie przeprowadzona inwestycja, a następnie uzyskać potrzebne decyzje i pozwolenia. Wykonanie nowego rozwiązania projektowego mogłoby zostać przez Zamawiającego zaplanowane już przed udzieleniem zamówienia podstawowego, bowiem Beneficjent mógł dokonać konsultacji ze specjalistami, gdyż takie prace były możliwe do przewidzenia, zwłaszcza, że istniejący drzewostan, jest pod ochroną konserwatorską. Ryzyko dotyczące podniesienia poziomu wody w kanale, w polskich warunkach pogodowych jest wysoce prawdopodobne i Zamawiający powinien wziąć to pod uwagę przy planowaniu zamówienia, tak aby prace nie spowodowały rozmycia przyczółku mostu czy też zniszczenia terenu strony przeciwległej oraz chronionego drzewostanu.

Natomiast wobec umowy zawartej z wykonawcą nr 1/2012 z dnia 20 czerwca 2012 r. w części g) na wykonanie robót dodatkowych – wymiana istniejącej stolarki okiennej w budynkach dworców kolejowych w Rewalu i Pogorzeliczy w oparciu o inwentaryzację konserwatorską, wskazała iż zgodnie z rozmowami prowadzonymi z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków otrzymała zgodę na rewitalizację zabytkowych budynków dworcowych w Pogorzeliczy i Rewalu pod warunkiem zachowania oryginalnych detali architektonicznych. Na wniosek Gminy Rewal zostały wydane wytyczne konserwatorskie do remontu i adaptacji budynku dworca kolejki wąskotorowej w Rewalu (pismo znak: ZN-450/14/ks/2007 z dnia 27 kwietnia 2007 r.) oraz wytyczne do remontu dworca w Pogorzeliczy (pismo znak: ZN-450/15/ks/2007 z dnia 11 kwietnia 2007 r.). Beneficjent wskazał, iż zgodnie z zaleceniami „zaleca się zachowanie istniejącej stolarki okiennej”, co prawda w samej decyzji dopuszczono możliwość zmiany stolarki na zasadzie odtworzenia, jednak w pierwszej kolejności Gmina miała obowiązek i wolę zachowania oryginalnej stolarki w budynkach. Mając na uwadze powyższe zdaniem Beneficjenta w przetargu wykazano, iż należy przeprowadzić renowację stolarki. Wykonawca po wejściu na budowę i po demontażu kilku okien stwierdził, iż bardzo zły stan techniczny okien nie pozwala na ich renowację. Z uwagi na brak woli wykonawcy do przeprowadzenia pracochłonnej i długotrwałej renowacji stolarki okiennej, wystąpiono o zgodę na odtworzenie stolarki okiennej. Dalej Strona podkreśliła, iż w przypadku dworca w Niechorzu nie udało się uzgodnić z konserwatorem zabytków wspólnego stanowiska co do zakresu odtworzenia elementów budynku w Niechorzu, co w konsekwencji spowodowało, że prace remontowe w Niechorzu nie zostały rozpoczęte, a zakres który obejmowały został wyłączony z projektu. Mając na uwadze powyższe Beneficjent wniósł o „odstąpienie od naliczania korekty finansowej od powołanego zakresu”.

IZ RPO WZ nie uznaje ww. wyjaśnień Beneficjenta dotyczących umowy z wykonawcą nr 1/2012 z dnia 20 czerwca 2012 r. w części g) na wykonanie robót dodatkowych – wymiana istniejącej stolarki okiennej w budynkach dworców kolejowych w Rewalu i Pogorzeliczy w oparciu o inwentaryzację konserwatorską. Skoro Gmina Rewal otrzymała zgodę na rewitalizację zabytkowych budynków dworcowych w Pogorzeliczy i Rewalu pod warunkiem zachowania oryginalnych detali architektonicznych, powinna zaplanować prace w taki sposób, aby uczynić zadość wskazanym wytycznym konserwatorskim. Zły stan techniczny okien mógł zostać przez Gminę Rewal sprawdzony, gdyż można było zasięgnąć opinii specjalistów w tym zakresie tak, aby od samego początku prace dotyczyły odtworzenia stolarki okiennej, a nie ich renowacji. Stan okiennic przy zachowaniu należytej staranności mógł zostać zweryfikowany przez Zamawiającego, w związku z czym nie zaistniała tu sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia, a tym samym nie zostały spełnione przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Ponadto należy wskazać, że wyjaśnienia Beneficjenta dotyczące prac remontowych w Niechorzu nie mają znaczenia dla sprawy, bowiem punkt g) umowy z wykonawcą nr 1/2012 dotyczy wymiany istniejącej stolarki okiennej w budynkach dworców kolejowych w Rewalu i Pogorzeliczy.

Co prawda, Beneficjent nie odniósł się w piśmie z dnia 20 czerwca 2016 r. do pozostałych punktów tj. d), f), h), i), j) dotyczących umowy zawartej z wykonawcą nr 1/2012 z dnia 20 czerwca 2012 r., a także nie odniósł się do punktu f) umowy zawartej z wykonawcą nr 2/2012 z dnia 16 listopada 2012 r., należy jednak wskazać, iż roboty określone w przedmiotowych punktach przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego mogłyby zostać przez Zamawiającego przewidziane. Na etapie planowania Zamawiający powinien dokładnie określić i zinwentaryzować stan budynku/nawierzchni/terenu, na którym będzie przeprowadzona inwestycja, w przypadku braku wiedzy w określonym zakresie skierować się o wydanie opinii specjalistów, a następnie uzyskać potrzebne pozwolenia. Beneficjent, który jest doświadczonym Zamawiającym powinien również wiedzieć, że na inwestycję ma wpływ wiele czynników, m.in. takich jak warunki atmosferyczne. Należy również wskazać, iż konieczność wykonania zamówień dodatkowych przez Beneficjenta nie była podyktowana okolicznościami, których nawet przy dołożeniu należytej staranności nie można było przewidzieć na etapie przygotowania SIWZ do zamówienia podstawowego. Beneficjent ani w trakcie czynności kontrolnych, ani też w trakcie trwania postępowania administracyjnego nie wniósł takich wyjaśnień, które wskazywałyby za zasadne zastosowanie przez Zamawiającego w powyższym zakresie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż z analizy dokumentów zgromadzonych przez IZ RPO WZ w toku przeprowadzonych czynności kontrolnych wynika, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby łącznie wszystkie przesłanki obligatoryjne, wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 20 listopada 2015 r. (sygn. akt KIO/KD 60/15) roboty dodatkowe dotyczą sytuacji nieprzewidywalnej, nie zaś sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez zamawiającego, chociaż mogła lub powinna być zostać przewidziana (...). Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi być bezpośrednio związana z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego już realizowanego,

ale nie może ona wynikać z zaniedbań czy niestaranności zamawiającego. Konieczności tej nie może usprawiedliwiać, np. niestaranność planowania i przygotowania procesu inwestycyjnego. IZ RPO WZ po dokonaniu weryfikacji całości dokumentacji zgromadzonej w sprawie podtrzymuje swoje ustalenia poczynione w trakcie czynności kontrolnych. Podstawową zasadą pzp jest udzielanie zamówień w trybach podstawowych z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bez jakiegokolwiek dyskryminacji. Nieprzeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, co do zasady ogranicza dostępność oferty potencjalnym wykonawcom. Zatem Zamawiający nie stosując trybu konkurencyjnego nie zagwarantował udzielenia zamówienia w sposób oszczędny, a tym samym przynajmniej potencjalnie doprowadził do powstania szkody w budżecie UE. Powyższe mogło bowiem spowodować sytuację, w której w przypadku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, inny wykonawca mógłby zaproponować niższą cenę realizacji zamówienia. Skoro Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, zasadnym jest za powyższe naruszenie nałożenie korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 25% na wydatki dokonane w ramach:

- umowy z wykonawcą nr 1/2012 na roboty dodatkowe z dnia 20 czerwca 2012 r. w części wskazanej w punktach b), d), f), g), h), i), j),
- umowy z wykonawcą nr 2/2012 na roboty dodatkowe z dnia 16 listopada 2012 r. w części wskazanej w punkcie f).

IZ RPO WZ w toku przeprowadzonych czynności kontrolnych stwierdziła nadto, iż Zamawiający w ramach przetargu nieograniczonego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – dokończenie robót budowlanych zabytkowego budynku dworca kolejowego w Pogorzeliczy” dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, bowiem dokonał wyboru oferty bez wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu – Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wymagał od Wykonawcy dysponowania Kierownikiem Budowy, posiadającym następujące doświadczenie zawodowe i kwalifikacje: łącznie co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz spełniające wymagania określone w § 24 Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (Dz. U. Nr 165, poz. 987). W ofercie wybranego w postępowaniu przetargowym Wykonawcy, jako kierownika robót wskazano Pana Cz. Ch., który nie posiadał kwalifikacji w zakresie prowadzenia robót budowlanych w obiektach zabytkowych. W „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” wykonawca wskazał Pana J. S., który posiadał stosowne kwalifikacje w zakresie robót na obiektach zabytkowych. Zgodnie z ofertą – Pan J. S. posiadał odpowiednie kwalifikacje do pracy na obiektach zabytkowych, zaś Pan Cz. Ch. wpisany został do umowy jako kierownik budowy. Ponadto w tabeli „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (zał. nr 5 do SIWZ) w kolumnie nr 5 „Doświadczenie zawodowe” (opis potwierdzający spełnienie wymagań) wskazano Pan Cz. Ch. – 42 lata, a Pan J. S. – 36 lat.

Beneficjent w złożonych do protokołu pokontrolnego wyjaśnieniach wskazał, że badając ofertę Pana Cz. Ch., pod kątem spełnienia warunku posiadanego doświadczenia uznał, że Wykonawca spełnił przedmiotowy warunek, ponieważ do oferty dołączył wykaz osób (załącznik nr 5), na którym wskazał Pana J. S. jako osobę posiadającą wszystkie wymagane uprawnienia, które potwierdzały następujące dokumenty:

- stwierdzenie przygotowania zawodowego z dnia 10 sierpnia 1988 r.,
- zaświadczenie nr 29 z dnia 26 lipca 1994 r.

Zdaniem Gminy Rewal wykonawca udowodnił, że dysponował osobą z wymaganymi uprawnieniami. Ponadto w załączniku nr 5 do oferty, wykonawca wskazał siebie jako „kierownika budowy”, jednakże zdaniem Beneficjenta, w intencji wykonawcy było wskazanie Pana Cz. Ch. jako właściciela Firmy, a nie jako osoby posiadającej wszystkie wymagane uprawnienia (ponieważ wykonawca jako profesjonalista wiedział, że nie posiada wymaganych uprawnień). Dołączenie do oferty dokumentów Pana J. S., posiadającego wymagane uprawnienia świadczy jednoznacznie, jak wskazał Beneficjent, o intencji wykonawcy do wskazania tej osoby, jako potwierdzającej postawiony w SIWZ warunek. W przeciwnym razie dołączenie tych dokumentów byłoby bezcelowe i nielogiczne. Ocena ilości lat doświadczenia została dokonana, zgodnie z Rozdziałem V pkt 2 SIWZ, na podstawie oświadczenia wykonawcy. Dodatkowo Beneficjent zwrócił uwagę na daty wydanych uprawnień oraz

na fakt, iż wskazane osoby od wielu lat współpracują z Zamawiającym podczas wykonywania różnego rodzaju robót budowlanych.

IZ RPO WZ nie przychyliła się jednak do wyjaśnień Beneficjenta, stwierdzając w piśmie o zakończeniu czynności kontrolnych z dnia 10 maja 2016 r., iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp.

W trakcie trwania postępowania administracyjnego, pismem z dnia 20 czerwca 2016 r. wobec stwierdzonego naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, Strona wniosła kolejne wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie. Gmina Rewal podkreśliła, że oferta wykonawcy, biorąc pod uwagę wszystkie zawarte w niej dokumenty mogła zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Beneficjent zaznaczył, iż brak było podstaw do żądania wyjaśnień od Wykonawcy. W odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zamawiający postawił dwa wymogi:

1. posiadanie uprawnień zgodnie z SIWZ – uprawnienia te były skazane w rubryce nr 4 załącznika „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”,
2. posiadanie odpowiedniego doświadczenia zawodowego zgodnie z SIWZ – okres ten został wymieniony w rubryce nr 5 ww. załącznika.

Tym samym zdaniem Beneficjenta Wykonawca wykazał w ofercie posiadanie osób dysponujących uprawnieniami jak również posiadających odpowiednie doświadczenie zawodowe. Faktem jest, że Wykonawca nie wskazał sposobu zdobycia tego uprawnienia zawodowego, jednak podane oświadczenie wykonawcy w tym zakresie, zdaniem Strony wskazuje, że wpisane przy na przykład kierownikowi branży sanitarnej liczby 19 lat oznaczało posiadanie 19 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót sanitarnych lub kierownika budowy – bo wynika to wprost ze złożonego oświadczenia. Beneficjent wskazał, iż w tym zakresie oświadczenie wykonawcy nie budziło żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Strona dodatkowo podkreśliła, że dokonała prawidłowo wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując, iż gdyby Zamawiający zgodnie z sugestią IZ RPO WZ, zdecydował się na wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień/uzupełnień, to wykonawca albo:

1. złożyłby wymagane uzupełnienia/wyjaśnienia w wymaganym zakresie albo
2. nie złożyłby wymaganych wyjaśnień/uzupełnień.

W pierwszym przypadku zdaniem Beneficjenta powyższe nie zmieniłoby niczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bo wymagane dokumenty byłyby już w ofercie zawarte, oceniając je w kontekście wszystkich złożonych dokumentów. Wezwany potwierdziłby tylko informacje już zawarte w ofercie. Odnosząc się do zarzutu IZ RPO WZ dotyczącego faktu, iż wykonawca podał jedynie liczbę lat od uzyskania uprawnień, Beneficjent wskazał że brak jest podstaw, aby zakwestionować podane przez wykonawcę informacje, ponieważ liczbę lat posiadanych uprawnień i liczbę lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowniczych może być tożsama. Dodatkowo zdaniem Strony trzeba wziąć pod uwagę oświadczenie z art. 22 ust. 1 pzp o spełnieniu warunków ubiegania się o zamówienie, które wzmacnia i potwierdza złożoną informację w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Ponadto Strona dodała, że wskazani przez wykonawcę kierownicy są znani Zamawiającemu, ponieważ od co najmniej od 10 lat współpracują z nim przy wykonywaniu różnych projektów budowlanych.

W drugim przypadku, zdaniem Gminy Rewal, wykonawca zostałby z postępowania wykluczony (a jego oferta odrzucona). Wykonawca wniósłby więc odwołanie od tej czynności do Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający po otrzymaniu tej informacji uwzględniłby w całości zarzut ponownej oceny i wyboru ofert – wybierając tego wykonawcę. Gdyby jednak doszło do rozprawy z całą pewnością KIO nakazałoby Zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień wykonawcy. Wezwanemu wykonawca potwierdziłby fakt posiadania niezbędnych uprawnień – czyli zostałby utrzymany pierwotny wybór wykonawcy dokonany przez Zamawiającego.

Beneficjent podkreślił, iż obydwie przedstawione powyżej hipotetyczne drogi możliwych czynności formalnych nie zmieniłyby wyboru wykonawcy, ani też dokonanie dodatkowych czynności nie zmieniłoby wybranego wykonawcy. Zdaniem Strony prowadzona procedura, dokumenty jej towarzyszące oraz podejmowanie (lub nie) czynności należy rozpatrywać w kontekście celu, jakiemu mają służyć – a celem tym jest nie (wbrew pozorom) oferta wraz z załącznikami, ale należyte wykonanie umowy. Ten cel został w całości osiągnięty, a więc i oferta została oceniona prawidłowo, bo dała prawidłowy wynik. Beneficjent wskazał, iż wybrany wykonawca zakończył zadanie należycie – spełnił więc wszystkie warunki, które w założeniu miały dać właśnie taki skutek, co przy twierdzeniu, że jednak nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu, powinno być niewykonalne.

Strona zaznaczyła także, iż złożona oferta była także badana przez konkurenta (firmę MIRTECH), który nie znalazł w niej uchybień. Jednocześnie Beneficjent wniósł o odstąpienie od naliczenia korekty finansowej za wskazane naruszenie.

W odniesieniu do argumentów Strony, podkreślenia wymaga, iż ustawodawca, zauważając, że wykonawcom często zdarzają się niedociągnięcia czy omyłki podczas szybkiego procesu konstytuowania oferty oraz kompletowania dokumentów wymaganych w danym postępowaniu, wyposażył zamawiającego w instytucje zapobiegające niepotrzebnemu odrzucaniu ofert wadliwych, aczkolwiek nie nieważnych. W pewnych sytuacjach zdecydował nawet o nałożeniu na zamawiającego zadania poprawiania ofert złożonych przez wykonawców, formułując w tym względzie przepisy obligatoryjne. Jednocześnie prawo zamówień publicznych w swych założeniach nie zezwala na negocjowanie elementarnych założeń oferty ani na modyfikowanie podstaw postępowania wskazanych na jego przygotowawczym etapie. Wynika to z faktu, że podstawowa zasada prawa zamówień publicznych to wskazanie, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. (tak: Andała – Sępkowska Justyna, Granice poprawiania przez zamawiającego oferty złożonej w postępowaniu, komentarz praktyczny, LEX).

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp uzupełnieniu podlegają niezłożone lub wadliwe oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, albo pełnomocnictwa. Są to oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Zamawiający odstępuje od wezwania wykonawców tylko w sytuacji, gdy mimo złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub pełnomocnictw, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne będzie unieważnienie postępowania.

W przedmiotowej sprawie, wykonawca w odpowiedzi na ogłoszenie, w „Wykazie osób, mających uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, jako osobę posiadającą wymagane przez Zamawiającego uprawnienia oraz doświadczenie wskazał Pana Cz. Ch. Po analizie przedstawionych dokumentów IZ RPO WZ stwierdziła jednak, iż Pan Cz. Ch. nie posiadał wymaganych uprawnień, natomiast uprawnienia te posiadał Pan J. S., który nie został wskazany w ww. wykazie jako kierownik budowy. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp powinien wezwać wykonawcę do złożenia poprawnego wykazu. Argumenty Beneficjenta o braku podstaw do żądania wyjaśnień od wykonawcy nie mają jednak znaczenia, gdyż biorąc pod uwagę, iż oferta zawierała dokumenty poświadczające, że Pan J. S. spełniał warunki w zakresie niezbędnych uprawnień oraz fakt, iż faktycznie objął on funkcję kierownika budowy, IZ RPO WZ na etapie zakończenia czynności kontrolnych potraktowała przedmiotowe naruszenie jako błąd formalny, nieskutkujący koniecznością wskazania korekty finansowej.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający jednak nieprawidłowo ocenił fakt spełniania przez wykonawcę wymaganych warunków, w zakresie niezbędnego doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia, czym dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Powyższe jest pochodną założenia, że zamówienie publiczne może być udzielone jedynie wykonawcy, który gwarantuje prawidłowość jego realizacji i został zweryfikowany na etapie postępowania w oparciu o złożone dokumenty i oświadczenia, pod kątem możliwości realizacji danego zamówienia publicznego. Jak wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 13 lutego 2015 r. (sygn. akt II GSK 1980/12) na weryfikowanie warunków, jakie powinni spełniać wykonawcy – w sensie kompetencji i doświadczenia – aby sprostać wykonaniu zamówienia pozwalają przepisy, stanowi o tym art. 22 ust. 1 pkt 2, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tego potencjału. Zatem wymienione enumeratywnie w art. 22 ust. 1 pzp przesłanki udziału w postępowaniu mają charakter norm blankietowych, zaś ich dookreślenie następuje każdorazowo na etapie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez doprecyzowanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, które z nich winny być spełnione przez każdego wykonawcę przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazuje m.in. użycie przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp zwrotu niedookreślonego „posiadają wiedzę i doświadczenie”. Charakter ww. normy spowodowany został brakiem możliwości określenia uniwersalnych wymagań dla wszystkich rodzajów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest także możliwości precyzyjnego określenia warunków w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i okoliczności towarzyszących jego realizacji. Blankietowy charakter przepisów art. 22 pzp nie oznacza jednak, iż Zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w ustalaniu

warunków udziału w postępowaniu oraz swobodę w żądaniu dokumentów i oświadczeń potwierdzających, na etapie postępowania, ich spełnienie przez wykonawców.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż to sam Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień, określił konkretne warunki i podał jasne informacje dotyczące sposobu oceny ich spełniania. W uwagach pod Rozdziałem V SIWZ wskazał, iż: „Doświadczenie wskazanych osób liczone jest jako faktyczne pełnienie samodzielnych funkcji kierowniczych na budowach (...)”. Liczba lat od uzyskania uprawnień budowlanych niezbędnych do pełnienia tych funkcji nie jest tożsama z doświadczeniem w ich pełnieniu. Zgodnie z Rozdziałem V pkt 2 SIWZ „Ocena spełniania wymaganych warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana według formuły: spełnia - nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach lub oświadczeniach. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, że warunki Wykonawca spełnił”.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ w ramach postępowania przetargowego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – dokończenie robót budowlanych zabytkowego budynku dworca kolejowego w Pogorzeliczy” kierownik budowy oprócz wymaganych uprawnień, powinien się legitymować 3 letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy. Ze złożonej oferty nie wynika jednak fakt spełniania tego warunku ani przez Pana Cz. Ch., ani przez Pana J. S. Powyższe przyznał sam Beneficjent wskazując w piśmie z dnia 20 czerwca 2016 r.: „faktem jest, że wykonawca nie wskazał sposobu zdobycia tego uprawnienia zawodowego”. W wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w kolumnie pn. „Doświadczenie zawodowe”, wpisano liczbę lat od uzyskania uprawnień, nie zamieszczono natomiast informacji o faktycznym pełnieniu samodzielnych funkcji kierowniczych na budowach (co było wymagane przez Zamawiającego). Na podstawie wykazu osób oraz innych dokumentów załączonych do oferty Zamawiający nie był w stanie ocenić spełniania warunku przez Wykonawcę. Wskazanie Beneficjenta, iż liczba lat posiadanych uprawnień i liczba lat posiadanego doświadczenia może być tożsama, jedynie utwierdza w przekonaniu, iż Strona nie jest pewna, że wskazana wartość rzeczywiście jest tożsama, bowiem wskazana liczba lat równie dobrze może się nie pokrywać z doświadczeniem. Z oferty natomiast liczba lat powinna wynikać wprost, tak aby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości dokonując weryfikacji wypełnienia warunku przez potencjalnego Wykonawcę. IZ RPO WZ nie przychyliła się także do argumentacji Beneficjenta, iż „wskazani kierownicy są znani Zamawiającemu od wielu lat, ponieważ co najmniej od dziesięciu lat współpracują z Zamawiającym przy wykonywaniu różnych projektów budowlanych”. Zasady pzp zostały wprowadzone po to, aby uniknąć takich sytuacji i jednakowo traktować wszystkich potencjalnych oferentów, w tym poprzez stawianie jednakowych ogólnych warunków w udziale w postępowaniu, które albo zostaną spełnione, albo nie. Natomiast w przypadku ich niespełnienia oferta podlega odrzuceniu.

Nie można się także zgodzić ze wskazaniem Strony, iż dokonała prawidłowo wyboru najkorzystniejszej oferty. Strona uzasadniła swoje stanowisko celem, którym jest należyte wykonanie umowy, zupełnie pomijając zasady dotyczące prawidłowego udzielenia zamówienia publicznego. Sam fakt, iż wybrany wykonawca zakończył zadanie należyście nie potwierdza, że zamówienie zostało udzielone prawidłowo oraz z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców. IZ RPO WZ nie przychyliła się do wyjaśnień Beneficjenta, bowiem wybrany wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i podlegał wykluczeniu, bowiem formalnie nie spełni on warunków ustalonych przez Zamawiającego. Ponadto bezzasadnym jest powoływanie się przez Stronę na badanie oferty przez firmę konkurencyjną. IZ RPO WZ analizując sprawę orzeka na podstawie przypisanych kompetencji i nie jest związana stanowiskiem innych instytucji. Ocena oferty przeprowadzona przez firmę prywatną nie ma znaczenia w niniejszej sprawie. Nadto nie można pozostawić bez odpowiedzi argumentu Beneficjenta dotyczącego orzekania przez KIO. Wyjaśnienia Strony w tym zakresie nie przekonują IZ RPO WZ, bowiem KIO jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który działa indywidualnie w każdej sprawie. Strona nie posiada takiej wiedzy, aby z góry założyć, jak wyglądałoby rozstrzygnięcie wydane przez KIO, gdyby w przedmiotowej sprawie złożono odwołanie w przypadku odrzucenia oferty.

Beneficjent przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców, w tym tych, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę zamawianych robót. Zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki, a jednocześnie spełniających warunki udziału w postępowaniu. Beneficjent nie przestrzegając ww. zasad, przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które przy ich zachowaniu mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. W związku z powyższym, w postępowaniu pn.

„Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – dokończenie robót budowlanych zabytkowego budynku dworca kolejowego w Pogorzeliczy” dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 pzp. IZ RPO WZ za powyższe naruszenie podjęła decyzję o nałożeniu korekty finansowej w oparciu o najniższy wskaźnik tj. 5%.

W tym miejscu wskazania wymaga, iż z Wytocznych MR pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” wynika, że 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, stosuje się metodę wskaźnikową pozwalającą na obniżenie wydatku o kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Podkreślenia wymaga, iż przedstawione w tabelach Taryfikatora 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. Co istotne, wskaźniki procentowe nie mogą być obniżane w przypadku kategorii, dla których wskazano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżania. Nadto w Wytocznych MR podkreślono, iż obniżenie korekty powinno być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie w odniesieniu do konkretnego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż do wyliczenia korekty finansowej za stwierdzone naruszenia posłużono się metodą wskaźnikową. Po przeanalizowaniu zasadności oraz możliwości obniżenia korekty finansowej IZ RPO WZ ustaliła, iż wobec stwierdzonego w ramach zamówienia w trybie z wolnej ręki pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – roboty dodatkowe” naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 pzp, Taryfikator w tabeli 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”, przewiduje korektę finansową w oparciu o wskaźnik w wysokości 25% bez możliwości obniżenia tejże stawki procentowej. Tym samym IZ RPO WZ nie ma możliwości obniżenia korekty finansowej dla wskazanego naruszenia w przypadku naruszenia przez Beneficjenta powyższego przepisu. Zatem wysokość korekty finansowej w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% dla naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 pzp jest ostateczna. Ponadto w odniesieniu do drugiego ze stwierdzonych naruszeń tj. art. 26 ust. 3 pzp w ramach przetargu nieograniczonego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – dokończenie robót budowlanych zabytkowego budynku dworca kolejowego w Pogorzeliczy” ustalono, iż Taryfikator w Tabeli nr 2 poz. 30 „Naruszenia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty”, przewiduje korektę finansową w oparciu o maksymalny wskaźnik na poziomie 25% ze wskazaniem, iż wysokość korekty może zostać obniżona do 10% lub 5% w zależności od wagi nieprawidłowości. Tym samym jak już wskazywano wcześniej, z uwagi na fakt, iż było to jedyne naruszenie we wskazanym postępowaniu, IZ RPO WZ ustaliła korektę finansową w oparciu o najniższy wskaźnik, tj. 5%, zatem IZ RPO WZ zastosowała korektę finansową na najmniej dotkliwym na Beneficjenta poziomie.

Wobec powyższych ustaleń, odpowiednio dla:

- zamówienia w trybie z wolnej ręki pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – roboty dodatkowe”, w związku z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (39,9999999949%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy z wykonawcą nr 1/2012 z dnia 20 czerwca 2012 r. oraz umowy z wykonawcą nr 2/2012 z dnia 16 listopada 2012 r. (1 018 582,04 zł). W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 101 858,20 zł,
- przetargu nieograniczonego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem

terenu – dokończenie robót budowlanych zabytkowego budynku dworca kolejowego w Pogorzeliczy”, w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (5%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (39,9999999949%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy z wykonawcą nr ID.272.07.2014 z dnia 13 maja 2014 r. (162 585,37 zł). W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 3 251,71 zł.

Zatem łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, wyliczonej po zastosowaniu ww. obliczeń została przez IZ RPO WZ ustalona w kwocie 105 109,91 zł. Pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w projekcie o ww. kwotę 262 774,78 zł spowodowało powstanie nadpłaty odpowiadającej ww. kwocie korekty finansowej w wysokości 105 109,91 zł. Powyższa kwota zawiera dotychczas wypłaconą Beneficjentowi należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 55 939,60 zł (którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwotę, o którą została pomniejszona płatność końcowa, tj. 49 170,31 zł.

Kwota 49 170,31 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków Beneficjentowi określa umowa o dofinansowanie, według której jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o odpowiednie kwoty. Podsumowując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 55 939,60 zł (105 109,91 zł – 49 170,31 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Konkludując wskazać należy, iż w trakcie czynności kontrolnych po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie stwierdzono, że Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia art. 26 ust. 3 pzp oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. W związku z naruszeniem ww. przepisów, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, przez którą wskazuje 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. 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 UE. 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. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2015 r. (sygn. akt II GSK 1065/14) szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad pzp. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Ponadto jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. akt II GSK 1653/14) szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 17 grudnia 2014 r. (II GSK 1467/13), z dnia 19 marca 2013 r., (sygn. akt II GSK 51/13)). Co istotne, na co zwrócił również uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 29 kwietnia 2015 r. (sygn. akt II GSK 610/14) warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości, o której mowa powyżej ustaliła, iż Beneficjent w ramach postępowania o udzielenie

zamówienia dodatkowego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – roboty dodatkowe” nie przeprowadził w ogóle postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Ponadto w ramach postępowania przetargowego pn. „Rewitalizacja zabytkowej linii Nadmorskiej Kolei Wąskotorowej w Gminie Rewal – remont budynków i budowli wraz z zagospodarowaniem terenu – dokończenie robót budowlanych zabytkowego budynku dworca kolejowego w Pogorzeliczy”, w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp poprzez wybór wykonawcy, który nie spełnił warunków w postępowaniu, Beneficjent naruszył zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Powyższymi działaniami Strona doprowadziła do wykorzystania części środków przekazanych w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie oraz przepisami prawa tj. art. 26 ust. 3 pzp oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia ww. przepisów, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy, gdyby Beneficjent przestrzegł zasad wynikających z prawa zamówień publicznych. Jednocześnie należy wskazać, iż bezspornym jest fakt, że już nawet poprzez sam fakt naruszenia ww. zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców, zaistniała w rozpatrywanej sprawie sytuację w pełni zasadnie ocenić należało, jako nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Powyższe potwierdza również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 19 marca 2015 r. (sygn. akt II GSK 392/14). Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 7 października 2011 r. (sygn. akt II GSK 1932/11) stwierdził, iż wynik kontroli udzielonego zamówienia publicznego jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Zamawiającego, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 ufp, który obliuguje IZ RPO WZ do skierowania do Beneficjenta wezwania do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Bezskuteczny upływ 14-dniowego terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, skutkuje wobec Beneficjenta wszczęciem postępowania administracyjnego zakończonym wydaniem decyzji administracyjnej określającej kwotę wymaganą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę 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