



Załącznik do uchwały nr 394/15
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 26 marca 2015 r.

Gmina Stepnica
ul. Kościuszki 4
72-112 Stepnica

WWRPO.VIII.3162.2.2015.KSz

DECYZJA Nr WWRPO/16/W/2015

podjęta w dniu 26 marca 2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

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

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r., poz. 1649 t.j.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 j.t. ze zm.) art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t. ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596. j.t ze zm.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Gminy Stepnica z siedzibą przy ul. Kościuszki 4 w Stepnicy, środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 zawartej w Szczecinie w dniu 28 września 2011 r. na realizację projektu pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie gminy Stepnica” w łącznej kwocie 42 401,25 zł (słownie: czterdzieści dwa tysiące czterysta jeden złotych 25/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi w następujący sposób:

- od kwoty 20 722,50 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy siedemset dwadzieścia dwa złote 50/100) od daty przekazania środków, tj. od dnia 10 grudnia 2013 r. do dnia zwrotu środków;

- od kwoty 21 678,75 zł (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sześćset siedemdziesiąt osiem złotych 75/100) od daty przekazania środków, tj. od dnia 03 lutego 2014 r. do dnia zwrotu środków.

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

Beneficjent – Gmina Stepnica z siedzibą przy ul. Kościuszki 4 w Stepnicy – w dniu 28 września 2011 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., zwanej dalej: u.z.p.p.r.) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwaną dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 na realizację projektu pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie gminy Stepnica” Oś priorytetowa 3 „Rozwój Społeczeństwa Informacyjnego” Działanie 3.1. „Infrastruktura Społeczeństwa Informacyjnego”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-01 z dnia 25 lutego 2013 r., nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-02 z dnia 12 czerwca 2013 r. oraz nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-03 z dnia 13 sierpnia 2014 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był do stosowania procedur zapewniających ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 t.j. ze zm., zwanej dalej: p.z.p.), w zakresie w jakim przepisy te mają zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż zgodnie z wiążącym Beneficjenta § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie, w przypadku naruszenia p.z.p. stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, według tzw. „Taryfikatora” – dokumentu opracowanego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, zwane dalej: MIR), określającego tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanego dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r., uchwałą nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r. i uchwałą nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r. Z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych, w niniejszej sprawie uwzględniono Taryfikator w brzmieniu nadanym uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 u.z.p.p.r. oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 16-18 września 2014 r., w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez

Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową ww. projektu. W ramach czynności kontrolnych ustalono, iż Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r. ze zm., zwanego dalej: Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006) – spowodowanego uchybieniem w stosowaniu ustawy p.z.p. Stwierdzono, iż w ramach postępowania przetargowego pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy” Beneficjent naruszył art. 144 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 2 poz. 26 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy” dot. wartości ostatecznego zakresu świadczenia). Ustalenia zespołu kontrolującego zostały przedstawione w protokole pokontrolnym, w którym zawarto także 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.

W odpowiedzi na protokół pokontrolny, Beneficjent przekazał pismem z dnia 14 listopada 2014 r. znak PR. 0410.3.1.02.2014 zastrzeżenia i uwagi co do jego treści.

Po dokonaniu analizy ww. uwag, pismem z dnia 08 grudnia 2014 r. IZ RPO WZ podtrzymała swoje stanowisko przedstawione w protokole pokontrolnym, szczegółowo je uzasadniając. Nadto przedmiotowym pismem poinformowano Beneficjenta o zakończeniu czynności kontrolnych w projekcie.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwane dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 31 grudnia 2014 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 42 401,25 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na potrącenie powyższej kwoty z płatności końcowej). 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 j.t. ze zm., zwanej dalej: u.f.p.) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Ponadto IZ RPO WZ ww. pismem poinformowała Beneficjenta, iż płatność końcowa w projekcie zostanie pomniejszona o łączną kwotę 65 111,25 zł, na którą składają się kwota w wysokości 65 036,25 zł (korekta finansowa dotycząca wydatków ujętych we wniosku o płatność końcową, dla których nie zostało wypłacone dofinansowanie) i kwota 75,00 zł (dot. przekroczenia limitu wydatków kwalifikowalnych na *Dokumentację* zgodnie z pismem z dnia 11 lipca 2014 r. znak: WWRPO.III.4331.(3.1/2010/011).2014.MH.04).

Pismem z dnia 12 stycznia 2015 r., nawiązując do wcześniejszej korespondencji, Beneficjent przedłożył wyjaśnienia w sprawie, wskazując, iż podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 14 listopada 2014 r. znak PR. 0410.3.1.02.2014 tj. iż w analizowanym przypadku nie doszło do naruszenia art. 144 ust. 1 p.z.p. Podkreślał, iż reprezentowane przez niego stanowisko zostało potwierdzone w opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 13 marca 2008 r. dla Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej TS UE). Beneficjent wskazywał, iż powyższa opinia zawiera stwierdzenie, iż w przypadku jeżeli pierwotna umowa miała za przedmiot zamówienie publiczne, to późniejsze zmiany treści umowy uzależniają ponowne przeprowadzenie procedury udzielenia zamówień publicznych od przeanalizowania korzyści z dążenia do jak najbardziej efektywnego kontynuowania wykonania zamówienia. W tym przypadku Zamawiający przeprowadził analizę i uznał, iż zmiana nie naruszyła zasady uczciwej konkurencji, a pozwoliła natomiast na jak najbardziej efektywne zakończenie realizacji zadania. Ponadto w opinii Gminy Stepnicy, zapisy opinii potwierdzają, iż nie każdą nieznaczną zmianę uzgodnionych postanowień dotyczących wynagrodzenia należy od razy uznać za istotną zmianę umowy. Nadto Beneficjent podkreślił, iż Rzecznik Generalna stwierdza, że nie wszystkie zmiany umów w sprawie zamówień publicznych wymagają uprzedniej procedury udzielania zamówień. Tylko istotne zmiany umowy, które faktycznie (konkretnie) mogą zakłócić konkurencję na danym rynku i uprzywilejować aktualnych kontrahentów instytucji zamawiającej, uzasadniają ponowne przeprowadzenie procedury. Można oczywiście przyjąć, że w świetle takiego poglądu wszystkie poważniejsze zmiany, takie zwłaszcza jak zmiany zakresu zamówienia lub modyfikacja wynagrodzenia wykonawcy, zawsze są zmianą istotną. Jednakże jak wskazał Beneficjent Rzecznik Generalna (a także Trybunał) nie zakładają takiego „automatyzmu” i wręcz przeciwnie – skłaniają się ku wartościującej analizie wszystkich okoliczności

danego przypadku. Tym samym istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego to niekoniecznie to samo co zmiana essentialia negotii umowy. Beneficjent podkreślił, że zgodnie z opinią Rzecznik Generalnej nie ma katalogów zmian istotnych i nieistotnych umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wydaje się, że „kategoryczne” stwierdzenie, że zmiana zakresu zamówienia stanowi na pewno zmianę istotną lub, że zmiana wynagrodzenia lub jego warunków stanowi istotną zmianę, nie powinno mieć w powyższej sytuacji racji bytu. Biorąc pod uwagę powyższe w opinii Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 144 ust. 1 p.z.p. Dokonana Aneksem nr 2 zmiana w opinii Beneficjenta jest w tym przypadku zmianą nieistotną. Gmina Stepnica wyjaśniała, iż zmiana ta była konsekwencją niemożliwych wcześniej do przewidzenia okoliczności, opisanych w protokole konieczności nr 2 oraz preambule aneksu nr 2. Zaistniałe okoliczności stanowiły podstawę do zmiany terminu zakończenia inwestycji. Wyjaśniał, iż zmiana terminu zakończenia zadania jest zmianą istotną, której wykonawca nie mógł przewidzieć przygotowując ofertę do postępowania przetargowego. W konsekwencji oszacował środki finansowe wraz z terminami płatności za materiały w stosunku do terminu realizacji zadania zawartego w SIWZ i ogłoszeniu. W opinii Gminy Stepnicy niewprowadzenie zmiany w tym zakresie do umowy z Wykonawcą stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Spowodowałoby narażenie Wykonawcy na ponoszenie dodatkowych kosztów związanych z karami za nieterminowe płatności za materiały, których nie był on w stanie przewidzieć na etapie przygotowywania oferty. Ponadto zdaniem Beneficjenta na te same trudności na etapie uzgodnień, natrafiłby każdy inny potencjalny Wykonawca i postępowanie wobec niego również wiązałoby się z koniecznością wprowadzenia powyższych zmian do umowy. Zdaniem Beneficjenta analizowana zmiana nie miała hipotetycznego wpływu na decyzje wykonawców o udziale w postępowaniu, tym bardziej, że w umowie brana była pod uwagę 1 płatność częściowa. Strona podkreśliła, iż nie doszło tu również do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia, a jedynie do zmiany częstotliwości dokonania płatności wynagrodzenia z ilości 2 do 3. Ponadto zdaniem Beneficjenta we wprowadzonej dodatkowej płatności nie wprowadzono kwoty stosunkowo dużej do całości zamówienia a jedynie jej 20%, a jak wskazuje Rzecznik Generalna w swej opinii okoliczność czy materialna zmiana wynagrodzeń w odniesieniu do części podlegających wykonaniu zamówienia stanowi istotną zmianę, zależy od znaczenia zmiany danego wynagrodzenia, zarówno w odniesieniu do danej części zamówienia, jak też w relacji do zamówienia publicznego jako całości. Wyjaśniono, iż niedokonano preferencji wykonawcy, któremu udzielono zamówienie w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu, a jedynie według zasady równego traktowania wykonawców umożliwiono mu zakończenie zadania bez ponoszenia dodatkowych kosztów, związanych również z wydłużonym czasem gotowości do realizacji zadania, których nie był w stanie ująć w ofercie. W związku z powyższym, Beneficjent podkreślił, iż biorąc pod uwagę wyrok TS UE zmiana sposobu płatności nie stanowi istotnej zmiany postanowień umowy, lecz jedynie dostosowanie zamówienia do zmieniających okoliczności zewnętrznych. Strona m.in. wskazała, iż kierując się wykładnią celowościową i funkcjonalną TS UE stwierdził, że – ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów – zmiany zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wykazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Strona wskazała, iż przepisy nowej dyrektywy 2014/24/UE podążają w ślad za ustalonym orzecznictwem TS UE i precyzują sytuację, w jakich zmiany (modyfikacje) umowy w trakcie jej realizacji wymagają przeprowadzenia nowego postępowania, w tym wprowadzają definicję zmian istotnych. Z drugiej zaś strony, nowe regulacje przewidują m.in. że zmiana zakresu zamówienia lub nawet zmiana wynagrodzenia nie muszą być zawsze zmianą istotną.

Tym samym Gmina Stepnica nie wyraziła zgody na zwrot środków w wysokości 42 401,25 zł oraz na potrącenie z płatności końcowej w projekcie kwoty w wysokości 65 111,25 zł, jednocześnie wnosząc o ponowne rozpatrzenie sprawy i odstąpienie od naliczenia korekt finansowych.

Z uwagi na bezskuteczny upływ terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, z dniem 22 stycznia 2015 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00. Jednocześnie Beneficjent został pouczone o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień, zastrzeżeń w toku prowadzonego postępowania. Nadto, pismem z dnia 26 stycznia 2015 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta, iż przedłożone przez niego pismem z dnia 12 stycznia 2015 r. wyjaśnienia zostały załączone do akt, wyjaśniając, iż stanowisko IZ RPO WZ w przedmiotowej kwestii zostanie przedstawione w decyzji administracyjnej kończącej postępowanie.

Postanowieniem z dnia 17 lutego 2015 r. z uwagi na skomplikowany charakter sprawy, IZ RPO WZ zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania administracyjnego w

przedmiocie zwrotu. Nadto pismem z dnia 05 marca 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 t.j. ze zm., zwanej dalej: k.p.a.). W dniu 11 marca 2015 r. Beneficjent skorzystał z przysługującego mu prawa do zapoznania się z aktami prowadzonego postępowania administracyjnego.

Następnie postanowieniem z dnia 16 marca 2015 r. z uwagi na umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenia się co do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań w związku z przesłaną przez organ informacją o zamiarze zakończenia postępowania administracyjnego i zapoznaniem się przez Beneficjenta ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, IZ RPO WZ zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie gminy Stepnica”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 z dnia 28 września 2011 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

Na wstępie należy podkreślić, 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 15 a u.z.p.p.r. ustalanie i nakładanie korekt finansowych, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach u.f.p., IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 u.f.p., w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

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

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

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

W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów p.z.p., naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 u.f.p., albowiem podejmował działanie niezgodne z umową o dofinansowanie oraz przepisami prawa – p.z.p. 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.

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

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

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 60 lit. b ww. rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 do zadań Instytucji Zarządzającej należy, m.in. „weryfikacja, że współfinansowane towary i usługi są dostarczane, oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi”. Tym samym IZ RPO WZ na podstawie własnego postępowania wyjaśniającego i ustaleń stwierdza, czy w trakcie realizacji projektu objętego dofinansowaniem w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Stosownie do wyniku tych ustaleń instytucja zarządzająca zobowiązana jest następnie podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa.

Z powyższego wynika, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Należy dodać, iż stosownie do brzmienia art. 2 pkt 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 poprzez określenie "operacja", o którym mowa powyżej rozumie się projekt lub grupę projektów wybranych przez instytucję zarządzającą danym programem operacyjnym lub na jej odpowiedzialność, zgodnie z kryteriami ustanowionymi przez komitet monitorujący, i realizowanych przez jednego lub więcej beneficjentów, pozwalające na osiągnięcie celów osi priorytetowej, do której odnosi się ta operacja. Z kolei termin "nieprawidłowość" definiuje się jako: jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego (art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006). Wobec powyższego do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego, którego poszczególne regulacje zostały przytoczone powyżej na etapie opisu nieprawidłowości jakich dopuścił się beneficjent. Zaś wykrycie takowego naruszenia i uznanie go za nieprawidłowość rodzi obowiązek nałożenia korekty finansowej (art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006). Ponadto zaznaczyć należy, iż definicja nieprawidłowości odnosi się także do potencjalnej szkody w unijnym budżecie ogólnym, a więc sytuacji, w której niewykrycie nieprawidłowości poniesionego wydatku 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 6 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 Unii Europejskiej, choć w okolicznościach konkretnej sprawy szkody tej nie spowodowało. Wystarczy potencjalna możliwość, że szkoda taka mogłaby wystąpić.”

Prawidłowe stosowanie przepisów ustawy, 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 analizowanej sprawie w ramach postępowania przetargowego pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy” Beneficjent naruszył art. 144 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie istotnej zmiany umowy nr 314/2012 z dnia 23 lipca 2012 r. w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Beneficjent w dniu 18 stycznia 2013 r. zawarł z wykonawcą robót budowlanych Aneks nr 2, w którym to wprowadzono dodatkową płatność przejściową. W uzasadnieniu wskazano, iż „z uwagi na zakupione do realizacji powyższego zadania inwestycyjnego niezbędne materiały i zobowiązania płatnicze wykonawcy wobec dostawców oraz uwzględniając dotychczasowy stopień wykonanych robót, zasadnym jest wprowadzenie do umowy dodatkowej płatności przejściowej w wysokości 20% wartości umowy netto na podstawie wystawionej faktury VAT, zmiana ta stanowi zmianę nieistotną do umowy”.

IZ RPO WZ wskazuje, iż dokonując zmian umowy należy mieć na względzie zapis art. 144 ust. 1 p.z.p., który reguluje dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, a mówiąc dokładniej, określa sytuacje, w których zamawiający może dokonać czynności prawnej polegającej na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Analiza powyższego przepisu prowadzi do wniosku, iż dopuszczone są zmiany umów o charakterze nieistotnym, a także wszelkie zmiany – niezależnie od stopnia ich istotności – dopuszczone w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, jeżeli warunki wprowadzenia takiej zmiany zostały w nich określone.

Analizując wprowadzone przez Beneficjenta zmiany pod kątem treści ww. art. 144 ust. 1 p.z.p. oraz stanu faktycznego sprawy, IZ RPO WZ ustaliła, iż Zamawiający przewidział możliwości dokonania zmian umowy nr 314/2012 z dnia 23 lipca 2012 r. w § 14 (którego treść jest analogiczna do zapisów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ), tym niemniej zmiana umowy polegająca na wprowadzeniu dodatkowej płatności przejściowej nie była zawarta w ww. katalogu. Tym samym wskazać należy, iż Beneficjent nie przewidział możliwości dokonania zmiany umowy wprowadzonej Aneksem nr 2 z dnia 18 stycznia 2013 r. w ww. zakresie.

Ponadto IZ RPO WZ wskazuje, iż analizowana zmiana umowy jest zmianą istotną w rozumieniu przepisów p.z.p. Zgodzić się należy z Beneficjentem, iż przywołany przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. nie wskazuje, jakie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy traktować jako istotne. Oceniając zatem dopuszczalność zmiany umowy o zamówienie publiczne należy zatem odwołać się do poglądów formułowanych w orzecznictwie i nauce prawa. W uzasadnieniu projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI kadencji) wskazuje się, że zmiany nieistotne należy rozumieć jako takie, co do których wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie ani na wynik postępowania. Taki sposób rozumienia istotnych i nieistotnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego nawiązuje do orzecznictwa TS UE. Trybunał kwestie zmiany umowy rozważał w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *P Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, ECR 2004, nr 4A, s. I-03801, oraz z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska*, ECR 2000, nr 10A, s. I-08377. W sprawach C-454/06 oraz C-496/99 TS UE wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach udzielonego zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 TS UE stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Stanowisko TS UE w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania.

Z powyższych wyroków wyciągnąć można wniosek, że zamierzona przez zamawiającego i wykonawcę zmiana umowy może być uznana za nieistotną, jeżeli jej dokonanie nie narusza zasad konkurencji w stosunku do potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zmiana taka nie preferuje wykonawcy, któremu udzielono zamówienia wobec jego konkurentów w toczącym się wcześniej postępowaniu. Tym samym przyjąć należy, iż zmiana nieistotna to zmiana, która nie ma hipotetycznego wpływu na decyzje wykonawców o udziale w postępowaniu lub o sposobie kalkulacji ich ofert.

Nie ulega jednak wątpliwości, że ocena zamierzonych zmian pod kątem ich istotności musi być dokonywana w powiązaniu z okolicznościami konkretnego przypadku. Zatem przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy podkreślić należy, iż potencjalni wykonawcy kalkulujący cenę oferty (która stanowi bez wątpienia treść oferty), biorą pod uwagę wszelkie wskazówki zawarte w materiałach przetargowych, również te dotyczące warunków płatności. W przypadku informacji zawartych w SIWZ, iż Zamawiający planuje rozliczyć całą inwestycję w oparciu tylko o jedną fakturę przejściową oraz fakturę końcową, wykonawcy przy kalkulacji ceny oferty muszą brać pod uwagę zabezpieczenie większych środków finansowych na zrealizowanie inwestycji oraz koszty z tym faktem związane (np. koszty związane z zaciągnięciem kredytu na zrealizowanie inwestycji). Warunki płatności są więc czynnikiem mogącym mieć wpływ na wysokość ceny ofertowej. Gdyby Zamawiający przewidział możliwość rozliczenia inwestycji w oparciu o kilka faktur przejściowych, istnieje możliwość, że wykonawcy biorąc pod uwagę, iż wykonanie inwestycji wymaga zabezpieczenia mniejszych środków finansowych, skalkulowałyby cenę na innym poziomie. Zatem wprowadzenie do umowy dodatkowej faktury przejściowej bez wcześniejszej zapowiedzi takiej możliwości, modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, odnosząc się jednocześnie do wyjaśnień przedstawionych przez Beneficjenta w piśmie z dnia 12 stycznia 2015 r. IZ RPO WZ nie może się zgodzić ze stanowiskiem, iż przedmiotowa zmiana była zmianą nieistotną. Z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej zmiana wprowadzona Aneksem nr 2 z dnia 18 stycznia 2013 r. dotycząca płatności przejściowej mogła mieć wpływ na decyzję potencjalnych wykonawców o udziale w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego. Zezwolenie wykonawcy, któremu udzielono zamówienia na rozliczenie dodatkowej płatności przejściowej w wysokości 20% wartości umowy netto wykonanych robót, w sposób oczywisty preferuje go w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu, których poinformowano w SIWZ, że rozliczenie wykonania przedmiotu zamówienia odbędzie się na podstawie faktury przejściowej po zakończeniu prac projektowych i uzyskaniu pozwolenia na budowę oraz zgody TP S.A. i/lub ENEA S.A. na wykonanie infrastruktury oraz faktury końcowej po zakończeniu całości prac.

Odnosząc się do przytoczonej przez Stronę opinii Rzecznik Generalnej Juliane Kokott z dnia 13 marca 2008 r., IZ RPO WZ wskazuje, iż należy, mieć na uwadze, iż przedmiotowa opinia dotyczy odmiennego stanu faktycznego, nadto dotyczy m.in. dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. *odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi*, zaś ocena zamierzonych zmian pod kątem ich istotności musi być dokonywana w powiązaniu z okolicznościami faktycznymi i prawnymi konkretnego przypadku. Tym niemniej Rzecznik Generalna w ww. opinii przywołuje także ogólne stwierdzenia dotyczące zmian umowy. W swej opinii (w zgodzie z wyżej przytoczonym orzecznictwem TS UE) stwierdziła, że z istotną zmianą umowy mamy do czynienia wtedy, gdy nie da się wykluczyć, że pozostali usługodawcy w skutek pierwotnych, mniej korzystnych warunków, zostali zniechęceni do ubiegania się o zamówienie publiczne lub że z uwagi na nowe warunki umowy byłiby tym razem zainteresowani ubieganiem się o zamówienie publiczne, lub także, gdy wniosek oferenta, który swego czasu został odrzucony, mógłby z uwagi na nowe warunki umowy zostać uwzględniony (pkt 49 opinii). IZ RPO WZ podziela powyższe stanowisko, co szczegółowo przedstawiła powyżej. Także inne elementy przytoczonej przez Beneficjenta opinii nie są sprzeczne z działaniem IZ RPO WZ. Ustalenia dotyczące tego, że dokonana przez Beneficjenta zmiana umowy stanowi naruszenie przepisów p.z.p. są konsekwencją analizy całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, z uwzględnieniem okoliczności faktycznych i prawnych analizowanego przypadku, w tym także w odniesieniu do danej części zamówienia, jak też w relacji do zamówienia publicznego jako całości. Co więcej wskazać należy, iż IZ RPO WZ posiada kompetencje w zakresie kompleksowej oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Zgodnie ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (zwanego dalej NSA) wyrażonym w wyroku z dnia 13 czerwca 2012 r. (sygn. akt II GSK 180/12), w obowiązujących przepisach istnieje umocowanie dla instytucji zarządzającej do samodzielnego stwierdzenia (skontrolowania i ustalenia), iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach projektu doszło do naruszenia przepisów p.z.p., które mogło mieć wpływ na jego wynik. Wynika ono z art. 26 ust. 1 pkt 1, pkt 14, pkt 15 i pkt 15a u.z.p.p.r.

Przepisy te realizują postanowienia wynikające z treści art. 60 pkt a) i b) i art. 98 ust. 1 rozporządzenia nr 1083/2006.

Podsumowując, z przyczyn szczegółowo omówionych powyżej, mając na uwadze fakt, iż zmiana zmiany umowy nr 314/2012 z dnia 23 lipca 2012 r. wprowadzona Aneksem nr 2 z dnia 18 stycznia 2013 r. dotycząca ustanowienia dodatkowej płatności końcowej nie została określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, jak również, iż jest ona zmianą istotną należy wskazać, iż Beneficjent swoim działaniem naruszył art. 144 ust. 1 p.z.p. Tym samym działanie Beneficjenta w sposób bezpośredni narusza jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Beneficjent przez ograniczenie równego udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczył konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniu większej ilości oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. W ten sposób Beneficjent przynajmniej potencjalnie naraził budżet Unii Europejskiej UE na szkody, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu ww. zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Zachowanie zasad zapewniających uczciwą konkurencję dawałoby gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki, w tym najniższą cenę, zaś niezachowanie tych zasad przez Beneficjenta takiej gwarancji nie daje.

Podkreślić należy, iż z Taryfikatora wynika, iż ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. W celu ustalenia istnienia oraz wielkości szkody z wykorzystaniem metody dyferencyjnej należy porównać wysokość rzeczywiście wydatkowanych (lub zakontraktowanych) środków na sfinansowanie zamówienia po zaistnieniu naruszenia ze stanem hipotetycznym, jaki by istniał, gdyby nie nastąpił o rozpatrywane naruszenie. Innymi słowy, należy uchwycić różnicę pomiędzy wysokością rzeczywistych wydatków ze środków funduszy UE po wystąpieniu naruszenia, a hipotetyczną wysokością takich wydatków w sytuacji, gdyby naruszenie nie miało miejsca. Do zastosowania powyższej metody konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez Beneficjenta lub grożącej na skutek zachowania Beneficjenta. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, stosuje się metodę wskaźnikową pozwalającą na obniżenie wydatku o kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdzie stwierdzono naruszenie przepisu p.z.p. w ramach postępowania przetargowego pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy”. Ponadto wskazać należy, iż stosowanie Taryfikatora jest działaniem korzystnym dla Beneficjenta (opinię tę podziela także Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju). Wskazać należy, iż w przypadku niewłączenia Taryfikatora do stosowania na mocy porozumienia umownego w ramach stosunku umownego, IZ RPO WZ zmuszona byłaby w każdym przypadku do stwierdzenia nieprawidłowości związanych z procedurami zamówień publicznych, których wartość jest niemożliwa do oszacowania, do uznania w ramach postępowań obciążonych nieprawidłowościami, wydatków za niekwalifikowalne w całości, a nie tylko do stosowania wskaźnika procentowego korekty finansowej według Taryfikatora.

Mając powyższe na uwadze, po przeanalizowaniu całej dokumentacji, IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie stwierdziła naruszenie art. 144 ust. 1 p.z.p. w ramach postępowania przetargowego pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy”. Wysokość powstałej szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby to wkład UE, dlatego zasadne było posłużenie się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania przy zachowaniu zasad konkurencyjności tj. gdyby wiedzieli o możliwości rozliczenia inwestycji w oparciu o kilka faktur przejściowych. Na uwagę zasługuje również fakt, iż każdy przypadek wykrycia naruszenia rozpatrywany jest przez IZ RPO WZ indywidualnie, a do oceny danej nieprawidłowości w szczególności brany jest pod uwagę stopień naruszenia oraz okoliczności jego wystąpienia.

Wskazać należy, iż zgodnie z wytycznymi MIR, 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. Wskaźniki procentowe nie mogą być obniżane w przypadku kategorii, dla których wskazano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżania. W analizowanym przypadku za naruszenie art. 144 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość

dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany – Taryfikator Tabela nr 2 poz. 26 Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy – przewiduje korektę finansową w wysokości 25% - dotyczy wartości ostatecznego zakresu świadczenia. Tym samym za powyższe naruszenie przewidziano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżenia.

Stosując metodę wskaźnikową, wysokość korekty obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE (74,99%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (dokonanych w ramach umowy nr 314/2012 z dnia 23 lipca 2012 r.).

Wobec ww. ustaleń, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenie, została przez IZ RPO WZ ustalona w kwocie 107 437,50 zł. Powyższa kwota zawiera dotychczas wypłaconą Beneficjentowi należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 42 401,25 zł (którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwotę, o którą zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. 65 036,25 zł.

Kwota 65 036,25 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków 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 kwoty ustalonej korekty. Odnosząc się w tym miejscu do stanowiska Beneficjenta przedstawionego w piśmie z dnia 12 stycznia 2015 r., na powyższe nie jest wymagana zgoda Beneficjenta. Podsumowując decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 42 401,25 zł wraz z odsetkami.

Nadto płatność końcowa w projekcie zostanie pomniejszona o kwotę 75,00 zł w związku z przekroczeniem limitu wydatków kwalifikowalnych na *Dokumentację*.

Stwierdzone w toku czynności kontrolnych nieprawidłowości, wynikają z naruszeń ustawy p.z.p., a finansowanie wydatków poniesionych niezgodnie z obowiązującymi procedurami ze środków pochodzących z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego bezwzględnie naraziło budżet Unii Europejskiej na straty finansowe. Podkreślić należy, iż środki publiczne przeznaczone na wykonanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. W analizowanym przypadku bez wątpienia doszło do finansowania wydatków poniesionych niezgodnie z obowiązującymi procedurami. Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisów prawa, które spowodowało potencjalną szkodę finansową w budżecie UE, a zaistnienie takiej okoliczności jest jednoznaczne z wystąpieniem nieprawidłowości w projekcie. Ponownie wskazać należy, iż szczegółowo opisane naruszenie, którego dopuścił się Beneficjent w stosowaniu p.z.p., mogłoby wyeliminować potencjalnych wykonawców z zamówień. Na każdym etapie postępowania wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Konkludując postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków wykorzystanych niezgodnie z procedurami zostało wobec Strony wszczęte w związku z wynikiem kontroli planowej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ w dniach 16-18 września 2014 r. W trakcie trwania kontroli po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie ustalono, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia przepisów p.z.p., a w związku z tym doszło do stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości, w związku z czym ustalono w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 a u.z.p.p.r. wysokość korekty finansowej. Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 07 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 u.f.p. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku kontroli IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE. Zatem postępowanie administracyjne, czyli władcze wkroczenie organu administracji publicznej następuje dopiero, jeśli

Beneficjent dobrowolnie nie zastosuje się do zaleceń i ustaleń kontrolujących. Takie stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 grudnia 2010 r. (sygn. akt I SA/Gd 1115/10) uznając, że momentem, kiedy na styku regulacji o charakterze cywilnoprawnym i administracyjnoprawnym dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego jest moment, gdy organ podejmuje czynności o charakterze władczym (cechujące stosunek administracyjnoprawny), czyli podejmuje czynności zmierzające do wydania decyzji o zwrocie środków. Beneficjent został więc przez IZ RPO WZ wezwany na mocy art. 207 ust. 8 u.f.p. do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Następnie po bezskutecznym upływie 14-dniowego terminu, wobec Beneficjenta wszczęto postępowanie administracyjne, albowiem jak już wcześniej wskazano ustawodawca krajowy ustanowił tryb zwrotu środków wykorzystanych niezgodnie z procedurami w u.f.p., które to postępowanie (analiza stanu faktycznego i prawnego sprawy z uwzględnieniem zarzutów Beneficjenta oraz zapisów dokumentacji) doprowadziło do konieczności podjęcia niniejszej decyzji określającej kwotę wymaganą do zwrotu. Zgodnie bowiem z art. 25 pkt 1 u.z.p.p.r., za prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada Instytucja Zarządzająca, którą w przypadku RPO WZ jest Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, do obowiązków którego należy w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 u.z.p.p.r., odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie koniecznym stało się wydanie niniejszej decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 pkt 1 u.f.p. 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

Otrzymują:

- 1) Gmina Stepnica
ul. Kościuszki 4
72-112 Stepnica
- 2) a/a