



Załącznik do uchwały nr 40/2015
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 22 stycznia 2015 r.

Gmina Miejska Wałcz
Plac Wolności 1
78-600 Wałcz

WWRPO.VIII.3162.41.2014.KM

DECYZJA Nr WWRPO/3/W/2015

podjęta w dniu 22 stycznia 2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek 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. 1619. j.t.) art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a, ust. 9 pkt 1 i ust. 12 a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 j.t., ze zm.) w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5, art. 144 ust. 1 i art. 140 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t., ze zm.), 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.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 j.t., ze zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta - Gminy Miejskiej Wałcz z siedzibą przy Placu Wolności 1 w Wałczu - o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/41/W/2014 z dnia 08 października 2014 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 z dnia 31 sierpnia 2010 r. na realizację projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” w łącznej kwocie 143 406,80 zł (słownie: sto czterdzieści trzy tysiące czterysta sześć złotych 80/100) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych

- utrzymuje się w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 08 października 2014 r. nr WWRPO/41/W/2014 w całości.

Uzasadnienie

Beneficjent – Gmina Miejska Wałcz z siedzibą przy Placu Wolności 1 w Wałczu – w dniu 31 sierpnia 2010 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r., poz. 1619. j.t., zwanej dalej: u.z.p.p.r.) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwaną dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 na realizację projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” Oś priorytetowa 5 „Turystyka, kultura i rewitalizacja”, Działanie 5.2 „Rozwój kultury – ochrona i zachowanie dziedzictwa kulturowego”, Poddziałanie 5.2.1 „Rozwój i odtworzenie infrastruktury kultury wraz z systemem informacji kulturalnej”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-01 z dnia 30 marca 2011 r., nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-02 z dnia 29 sierpnia 2011 r. oraz nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-03 z dnia 06 sierpnia 2012 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 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 Funduszy 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 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 u.z.p.p.r. oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 04-06 listopada 2013 r. (w tym na miejscu realizacji projektu w dniu 06 listopada 2013 r.), w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową ww. projektu. Po analizie wyjaśnień oraz zastrzeżeń przedłożonych przez Beneficjenta w ramach czynności kontrolnych ostatecznie ustalono, iż Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r. ze zm., zwanego dalej: Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006) – spowodowanych uchybieniami w stosowaniu ustawy p.z.p. w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) w ramach postępowania na roboty dodatkowe udzielonego na podstawie umowy nr ZD1/2011 z dnia 05 września 2011 r. oraz na podstawie protokołu konieczności nr 1 z dnia 05 września 2011 r. stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia bez zachowania ustawowych przesłanek dotyczących udzielenia zamówień dodatkowych. Za

- powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 6 „Bezprawne udzielenie zamówień dodatkowych lub uzupełniających”);
- 2) w ramach postępowania na roboty dodatkowe udzielonego na podstawie umowy nr ZD2/2011 z dnia 15 września 2011 r. oraz na podstawie protokołu konieczności nr 2 z dnia 15 września 2011 r. stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia bez zachowania ustawowych przesłanek dotyczących udzielenia zamówień dodatkowych. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 6 „Bezprawne udzielenie zamówień dodatkowych lub uzupełniających”);
 - 3) w ramach postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” stwierdzono naruszenie art. 144 ust. 1 p.z.p. poprzez niedozwoloną zmianę umowy polegającą na zmniejszeniu zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w ofercie, ze stosownym zmniejszeniem ceny. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 10% (Taryfikator, Tabela nr 4 poz. 19 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”).

Ponadto w ramach ww. postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” stwierdzono naruszenie art. 140 p.z.p. oraz § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie poprzez nieuprawnione rozszerzenie przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, w związku z czym wydatki wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia uznano w całości za niekwalifikowalne.

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 (zwanego dalej RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 02 lipca 2014 r., znak: WWRPO.IV.4331.(5.2.1/2009/001).2014.DR.01 wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 143 406,80 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na potrącenie części 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., Dz. U z 2014 r., poz. 379), 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 z uwagi na fakt, że wydatki objęte fakturami VAT nr 2011-0605/12/U/FVS, 2011-0606/12/U/FVS, 11/11-FVU/0003 oraz 11/11-FVU/0004 (pomniejszona o fakturę korygującą nr 11/11-FKS/0022) ujęte we wniosku o płatność końcową, również zostały poniesione z naruszeniem zapisów ustawy p.z.p., w związku z czym nałożono korektę finansową w kwocie 29 675,90 zł, natomiast wydatki w wysokości 169 281,05 zł wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia uznano za niekwalifikowalne. Tym samym poinformowano, iż płatność końcowa w projekcie zostanie pomniejszona o łączną kwotę 198 956,95 zł.

Z uwagi na bezskuteczny wpływ terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, z dniem 22 lipca 2014 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00.

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w dniu 08 października 2014 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję nr WWRPO/41/W/2014 orzekającą zwrot od Beneficjenta – Gminy Miejskiej Wałcz z siedzibą przy Placu Wolności 1 w Wałczu – środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 z dnia 31 sierpnia 2010 r. na realizację projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” w łącznej kwocie 143 406,80 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Ponadto w ww. decyzji IZ RPO WZ wskazała, iż kwota 198 956,95 zł, która dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową oraz wydatków uznanych za niekwalifikowalne, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone zostanie potrącona z płatności końcowej.

Beneficjent korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12 a pkt 1 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.) pismem z dnia 29 października 2014 r. (doręczonym dnia 03 listopada 2014 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy, uchylenie zaskarżonej decyzji bądź (z ostrożności) jej zmianę poprzez ograniczenie wysokości korekty do kwoty 39 215,63 zł, która wynika z wyliczenia przedstawionego przez Beneficjenta w piśmie z dnia 08 sierpnia 2014 r.

Przedmiotowej decyzji Beneficjent zarzucił:

1. naruszenia art. 7, art. 8, art. 9 i art. 11 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 j.t., ze zm., zwanej dalej k.p.a.) w zakresie w jakim organ pomija i nie odnosi się do zastrzeżeń Beneficjenta przedstawionych w piśmie z dnia 08 sierpnia 2014 r., w tym także w zakresie wyboru mniej korzystnej dla niego metody wyliczenia korekty za szkodę dla słusznego interesu strony;
2. błędną interpretację i zastosowanie art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 poprzez przyjęcie, że spełniły się przesłanki uzasadniające wydanie decyzji o zwrocie dofinansowania i w konsekwencji orzeczenie o obowiązku jego zwrotu przez Beneficjenta, podczas, gdy prawidłowo ustalone okoliczności sprawy nie dają podstaw do uznania, że jakiegokolwiek nieprawidłowości w rozumieniu ww. art. 2 pkt 7 wystąpiły i że do powstania tych nieprawidłowości Beneficjent swoim bezprawnym działaniem doprowadził;
3. błędną interpretację i zastosowanie art. 144 ust. 1 p.z.p. poprzez przyjęcie, że Beneficjent uchybił obowiązkowi w zakresie niedokonywania istotnych zmian postanowień umowy z wykonawcą w stosunku do treści oferty, podczas gdy legitymowały go do tego określone szczegółowo w § 16 umowy warunki dopuszczalności wprowadzenia zmian, przy jednoczesnym braku oceny przez organ istotności faktycznie wprowadzonych zmian w realiach sprawy i ogólnym podaniu jedynie podstaw dokonywania oceny tej istotności;
4. błędną wykładnię i zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p., skutkującą przyjęciem, że udzielone były dwa zamówienia bez zachowania ustawowych przesłanek dotyczących udzielania zamówień dodatkowych tj., w sytuacji możliwej wcześniej do przewidzenia i z przekroczeniem wartości 14 000,00 euro, podczas gdy okoliczności te nie wystąpiły;
5. błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie Taryfikatora w części wyboru metody wskaźnikowej, podczas gdy możliwe i wskazane było zastosowanie metody dyferencyjnej przy prostym do przeprowadzenia obliczeniu wysokości szkody w oparciu o zgromadzone w sprawie dane;
6. naruszenie prawa materialnego art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. w zw. z art. 184 ust. 1 u.f.p. w zw. z art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a u.z.p.p.r., poprzez przedwczesne i bezpodstawne wydanie decyzji w przedmiocie zwrotu środków z naruszeniem przepisów postępowania mogących mieć istotny wpływ na wynik sprawy, bowiem decyzja ta winna być poprzedzona decyzją ustalającą i nakładającą korektę finansową;

szczegółowo uzasadniając poszczególne zarzuty.

W nawiązaniu do ww. wniosku, pismem z dnia 12 listopada 2014 r. IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta – Gminę Miejską Wałcz - do uzupełnienia, w terminie 7 dni od doręczenia niniejszego wezwania, braku formalnego w postaci przedłożenia dokumentu potwierdzającego umocowanie Pana Waldemara Lechnika (Zastępcy Burmistrza Gminy Miejskiej Wałcz) do złożenia przedmiotowego wniosku, tj. do reprezentowania Beneficjenta w przedmiotowym zakresie.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 19 listopada 2014 r. (wpływ do Kancelarii Ogólnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego w dniu 24 listopada 2014 r.) Beneficjent przedłożył niezbędne pełnomocnictwo, zgodnie z treścią którego jest ono ważne w czasie nieobecności Burmistrza Gminy Miejskiej Wałcz. Następnie w dniu 01 grudnia 2014 r. Burmistrz Gminy Miejskiej Wałcz p. Bogusława Towalewska złożyła oświadczenie, iż w dniach 29 i 30 października 2014 r. przebywała w delegacji służbowej i w związku z jej nieobecnością nie mogła podpisać wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

IZ RPO WZ po rozpatrzeniu ww. pism, uznała, iż wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy spełnia wymogi formalne.

Z uwagi na oczekiwanie na uzupełnienie braku formalnego w postaci przedłożenia ww. pełnomocnictwa, IZ RPO WZ postanowieniem wysłanym w dniu 01 grudnia 2014 r. przedłużyła postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpatrzenia przedmiotowej sprawy, pouczając Beneficjenta, iż zgodnie z art. 35 § 5 k.p.a. do terminów załatwienia sprawy nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa dla dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień, spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Następnie z uwagi na trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego w sprawie oraz ze względu na przewidziane terminy na zapoznanie się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 30 grudnia 2014 r. zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy. Nadto pismem z dnia 31 grudnia 2014 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 k.p.a.

W związku ze złożonym wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ ponownie przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 z dnia 31 sierpnia 2010 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jak poniżej.

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 odpowiadająca 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 jest stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy ma 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.

W analizowanej sprawie, IZ RPO WZ ustaliła, iż w ramach:

- postępowania na roboty dodatkowe udzielonego na podstawie umowy nr ZD1/2011 z dnia 05 września 2011 r. oraz na podstawie protokołu konieczności nr 1 z dnia 05 września 2011 r.;
- postępowania na roboty dodatkowe udzielonego na podstawie umowy nr ZD2/2011 z dnia 15 września 2011 r. oraz na podstawie protokołu konieczności nr 2 z dnia 15 września 2011 r.

stwierdzono naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez udzielenie zamówień bez zachowania ustawowych przesłanek dotyczących udzielenia zamówień dodatkowych. Nadto ustalono, iż Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności mógł przewidzieć i oszacować razem prace

wymienione w ww. protokołach konieczności nr 1 i 2, a w konsekwencji łączna wartość dwóch umów przekraczałaby kwoty, od których uzależniony był obowiązek stosowania ustawy p.z.p.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie odniósł się do powyższego, wskazując, iż przepisy p.z.p. nie stanowią ograniczeń dla udzielenia kilku zamówień dodatkowych, których wartość zasadniczo szacuje się oddzielnie. W opinii Beneficjenta prawidłowo uznał każde z dwóch spornych zamówień jako oddzielne, gdyż przedmioty tych zamówień nie były tożsame, zamówienia te nie były też udzielane w częściach, a zarzucana przez organ zbieżność w czasie, miejsca, projektu, zamawiającego oraz wykonawcy nie może przesądzać o uznaniu zamówienia jako łączne, gdyż wynikają one z natury zamówień dodatkowych. Gdyby dotyczyły np. innego projektu, wówczas nie można by ich nazwać i w ogóle oceniać jako zamówienie dodatkowe w niniejszej sprawie. W opinii Beneficjenta brak jest podstaw do uznania i traktowania obu zamówień jako jednego łącznego, którego wartość przekracza dopuszczalną, co powoduje z kolei konieczność stosowania procedur i trybu konkurencyjnego.

Odnosząc się do powyższego na wstępie należy zaznaczyć, iż system zamówień publicznych ma na celu zapewnienie wydatkowania środków finansowych w sposób zgodny z zasadami ustanowionymi w rozdziale II p.z.p. Podstawy całego systemu stanowią wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Wszystkie pozostałe regulacje ustawowe służą realizacji powyższych zasad, w szczególności poprzez zapewnienie jasnych i merytorycznych kryteriów wyboru wykonawców czy też przeciwdziałanie uprzywilejowaniu czy dyskryminacji niektórych z nich. Za podstawowy przepis służący realizacji zasady uczciwej konkurencji należy uznać art. 10 p.z.p. wprowadzający prymat trybu przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego jako procedur w pełni konkurencyjnych, zaś uzależniający możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego oraz w trybie z wolnej ręki od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Ze względu na to, że zastosowanie ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady, przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który je powołuje, musi być w stanie je udowodnić. Zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

A zatem, mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym. Zgodnie bowiem z art. 66 p.z.p. zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 p.z.p.

Jedną z tych możliwości, pozwalającą na zawarcie umowy na roboty budowlane lub usługi po przeprowadzeniu negocjacji tylko z jednym wykonawcą, uszczegółowiona została w art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zgodnie z powyższym przepisem, zamawiający może udzielić zamówień dodatkowych, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki:

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

Przy czym wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby Zamawiający (Beneficjent) mógł udzielić zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki.

Wskazać należy także, iż p.z.p. nie wyklucza udzielenia kilku zamówień dodatkowych dotyczących tej samej umowy podstawowej. Do szacowania wartości każdego z zamówień powinny być stosowane odpowiednio przepisy dotyczące szacowania wartości zamówienia określone w art. 32-

35 p.z.p., przy uwzględnieniu wartości już udzielonych zamówień, tak aby nie przekroczyć w sumie połowy wartości zamówienia podstawowego. Szacowanie wartości zamówienia przeprowadzane jest dla każdego z zamówień dodatkowych odrębnie, chyba że dane zadania ze względu na ich przedmiot spełniają przesłanki do uznania ich za jedno zamówienie dodatkowe. Należy zwrócić uwagę, iż w przypadku gdy szacowana wartość danego zamówienia ustalona na podstawie powyższych przepisów nie przekroczy wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000,00 euro, to biorąc pod uwagę art. 4 ust. 8 p.z.p., zamawiający nie stosuje przy jego udzieleniu p.z.p. Tym niemniej swoboda zamawiającego wynikająca z nieprzekroczenia wartości 14 000,00 euro na udzielane przez niego zamówienie dodatkowe polega wyłącznie na tym, iż nie jest on zobowiązany do zastosowania przepisów określających sposób ich udzielenia w trybie z wolnej ręki (zamawiający nie musi w szczególności stosować art. 68 p.z.p.). W świetle powyższego, w związku z udzieleniem zamówienia dodatkowego o wartości nieprzekraczającej równowartości w złotych kwoty 14 000,00 euro zamawiający nie jest zobowiązany do sporządzenia protokołu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz publikowania ogłoszenia o udzieleniu takiego zamówienia. Nie oznacza to jednak całkowitego zwolnienia zamawiającego z obowiązku zastosowania przepisów p.z.p. Zamawiający w celu ustalenia czy zachodzi powyższa sytuacja jest zobowiązany m.in. do zastosowania p.z.p. do opisu przedmiotu zamówienia, oszacowania jego wartości, sprawdzenia czy stanowi ono zamówienie dodatkowe oraz do przestrzegania w taki wypadku zakazu podziału tego zamówienia na części albo zaniżania jego wartości w celu uniknięcia obowiązku stosowania przepisów p.z.p. Albowiem nieuprawnionym będzie specjalne dzielenie zamówienia na części, mające na celu zlecenie wykonania robót budowlanych lub usług z ominięciem przepisów ustawy.

W analizowanej sprawie przedmiotem zamówienia dodatkowego udzielonego na podstawie umowy nr ZD1/2011 oraz na podstawie protokołu konieczności nr 1 z dnia 05 września 2011 r. była:

- wymiana 416,00 m³ gruntu rodzimego, tj. gliny piaszczystej miękkoplastycznej pod budowanym parkingiem z uwagi na niebezpieczeństwo utraty stateczności nasypu pod obciążeniem konstrukcji nawierzchni i obciążenia komunikacyjnego (grunt miękkoplastyczny stanowi warstwę poślizgową - płaszczyznę poślizgu, nasypu niekontrolowanego),
- wzmocnienie podłoża na powierzchni 1 204,70 m², pod budowanym parkingiem, warstwą gruntocementu o Rm=5 Mpa i warstwą separacyjną z folii (podłoże jest nasypem niekontrolowanym z gruntów o różnym stopniu skonsolidowania).

Zaś przedmiotem drugiego zamówienia dodatkowego udzielonego na podstawie umowy nr ZD2/2011 oraz na podstawie protokołu konieczności nr 2 z dnia 15 września 2011 r. było:

- wykarczowanie 12 szt. drzew owocowych i 0,064 ha krzaków gęstych,
- wykonanie ochrony 6 kabli istniejącej linii kablowej SN 15 kV w 2 oddzielnych rurach osłonowych AROT śr. 160 mm,
- wymiana słupa nr 11/P-12 na słup typu RPK na linii napowietrznej SN 15 kV z montażem odłączniko-uziemia.

Przy czym Beneficjent uzasadnił roboty opisane w ww. protokole konieczności nr 2 z dnia 15 września 2011 r., tym że prace te dotyczą wykarczowania drzew i krzaków znajdujących się w trasie budowanych ciągów pieszych, ścieżek, wykonania ochrony kabli istniejącej linii kablowej SN 15 kV, która przebiegała pod budowanym parkingiem i z tego powodu konieczne jest wykonania tej ochrony oraz wymiany słupa na linii napowietrznej SN kV z montażem odłączniko-uziemia, które jest konieczne dla przyspieszenia wykonania przyłącza energetycznego dla budowanego obiektu muzealnego.

A zatem mając na względzie ww. przepisy oraz stan faktyczny przyjąć należy, iż w przedmiotowych postępowaniach wystąpiły:

- jednolitość przedmiotowa – roboty budowlane;
- jednolitość czasowa – pomiędzy protokołami konieczności i umowami występuje odstęp czasowy wynoszący 10 dni;
- jednolitość miejsca – przedmiot zamówienia dotyczy terenu pod budowanym parkingiem;
- jednolitość zamawiającego – Gmina Miejska Wałcz;
- jednolitość projektu – przedmiotowe zamówienia zostały przeprowadzone w ramach jednego projektu „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”;
- jednolitość wykonawcy – oba zamówienia wykonało Konsorcjum firm – Jedyńka – MAXISTAR PUHP Maxi – Star Konstruktor ZPchr, Uścikówiec 4, 64-600 Oborniki, Jedyńka Budownictwo Sp. z o.o. ul Wyspiańskiego 10, 60-479 Poznań.

Przy czym wartość szacunkowa zamówienia wykonanego na podstawie umowy nr ZD1/2011 z dnia 05 września 2011 r. wyniosła 45 888,45 zł netto, zaś wartość szacunkowa zamówienia wykonanego na podstawie umowy nr ZD2/2011 z dnia 15 września 2011 r. wyniosła 48 490,37 zł netto. A zatem łączna wartość szacunkowa ww. zamówień wyniosła 94 378,82 zł, co stanowi

24 584,22 euro (zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 224, poz. 1796) średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych wynosi 3,839 zł), a zatem przekracza kwoty wartości zamówień, od których uzależniony jest obowiązek stosowania p.z.p.

A zatem z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej, analiza niniejszej sprawy doprowadziła do wniosku, iż Zamawiający przy zachowaniu należytej staranności mógł przewidzieć i oszacować razem prace wymienione w protokołach konieczności nr 1 i 2. Łączna wartość dwóch umów przekraczała kwoty, od których uzależniony był obowiązek stosowania ustawy p.z.p. Należy wskazać, iż Beneficjent we wniosku o ponowne sprawy jedynie lakonicznie, nie wskazując żadnych argumentów na poparcie swoich racji, zaznaczył, iż w jego opinii przedmioty tych zamówień nie były tożsame, zamówienia te nie były też udzielane w częściach, a zarzucana przez organ zbieżności nie mogą przesądzać o uznaniu zamówienia jako łączne, gdyż wynikają one z natury zamówień dodatkowych. W opinii IZ RPO WZ Zamawiający mógł w sposób obiektywny przewidzieć i oszacować wskazane dodatkowe roboty budowlane, albowiem było one ze sobą powiązane. Nie należy zatem zgodzić się z Beneficjentem, iż jednolitość przedmiotowa, czasowa, miejsca, zamawiającego, projektu oraz wykonawcy nie ma wpływu na uznanie powyższych robót jako łącznych, albowiem zlecone roboty ze względu na ich przedmiot spełniały przesłanki do uznania ich za jedno zamówienie dodatkowe. Tym samym IZ RPO WZ podtrzymuje swoje stanowisko w powyższym zakresie.

Jednocześnie przedstawione przez Beneficjenta dokumenty, na etapie czynności kontrolnych, nie wskazują na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowej sytuacji. Zamawiający nie wykazał, iż wszystkie roboty budowlane opisane w protokole konieczności wykonania robót dodatkowych nr 1 z dnia 05 września 2011 r. i w protokole konieczności wykonania robót dodatkowych nr 2 z dnia 15 września 2011 r. nie wynikały z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, co jest warunkiem udzielenia zamówienia dodatkowego.

W tym miejscu należy wskazać, iż „nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia, pomimo zachowania należytej staranności” (uchwała KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., KIO/KD 28/10). Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego nie może być zatem następstwem zwinionych działań przez Zamawiającego.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Gmina Miejska Wałcz wskazała, iż nietrafny jest zarzut IZ RPO WZ, iż Beneficjent był w stanie przewidzieć wcześniej następczą konieczność udzielenia takiego zamówienia i że nie dołożył należytej staranności w prawidłowym zaplanowaniu inwestycji. Zdaniem Strony przeczy temu fakt, że w umowie o prace projektowe łączącej Beneficjenta z projektantem inwestycji zagwarantowano obowiązek projektanta do przeprowadzenia badań geotechnicznych gruntu. Beneficjent, polegając na profesjonalizmie wykonawcy projektu, nie mógł przewidzieć, że projektant zaniecha tego obowiązku i sporządzi projekt bez uwzględnienia danych geologicznych gruntu. Podobnie rzecz się ma z wykonaniem dodatkowo ochrony kabli linii podziemnej przebiegającej pod budowanym parkingiem. Z dostępnych map zasadniczych wynika jedynie informacja o położeniu i przebiegu infrastruktury technicznej na inwestowanych nieruchomościach. Jej stan techniczny możliwy jest do oceny dopiero po odkryciu w wyniku realizacji robót budowlanych i w tym też momencie zdaniem Beneficjenta zachodzi konieczność zlecenia zadania dodatkowego jako efektu sytuacji niemożliwej do przewidzenia. Zatem w opinii Beneficjenta mógł on skorzystać z trybu zamówienia z wolnej ręki, albowiem zostały spełnione wszystkie niezbędne przesłanki do udzielenia zamówienia w ww. formie.

Odnosząc się do powyższego należy podkreślić, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy naruszenie omawianej przesłanki wynika co do zasady z błędów i zaniedbań popełnianych w związku z przygotowaniem zamówienia podstawowego. Nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego (wyroku NSA z dnia 22 marca 2000 r., sygn. akt II SA 2169/99). Konieczność udzielenia takiego zamówienia nie może wynikać ani ze względów gospodarczych, organizacyjnych, czy też skomplikowanego charakteru zamówienia (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 875/10), ani też być następstwem zwinionych działań zamawiającego.

Słusznie wskazano w decyzji administracyjnej nr WWRPO/41/W/2014, iż prawidłowym uzasadnieniem niemożności przewidzenia konieczności wykonania danych robót byłoby np. w przypadku wymiany gruntu, wskazanie że na etapie przygotowywania projektu pierwotnego

dokonywane były stosowne badania. A zatem, że została dołożona należyta staranność by wyeliminować okoliczności możliwe do przewidzenia, takie jak występowanie gliny piaszczystej, miękkoplastycznej grożące niebezpieczeństwem utraty stateczności nasypu, których Zamawiający powinien był się spodziewać. Zgodnie z § 4 pkt 6 ust. 6.1 aneksu do umowy na prace projektowe, projektant zobowiązany był do wykonania ewentualnych badań geotechnicznych, a ich koszt zobligowany był ponieść Zamawiający. Na podstawie dokumentacji przedstawionej w toku czynności kontrolnych stwierdzić należy, że została przeprowadzona jedynie ocena geotechniczna stateczności zboczy w związku z projektowaną lokalizacją obiektów budowlanych na terenie „Grupy Warownej Cegielnia” sporządzona w lutym 2009 r., która jednoznacznie wskazuje, że badania zboczy zostały przeprowadzone w trzech profilach i nie obejmowały projektowanego parkingu, którego granice zgodnie z mapą zasadniczą kończą się na skraju skarpy. Z kolejnej ekspertyzy, geotechnicznego rozpoznania podłoża parkingu, przeprowadzonej na zlecenie Wykonawcy w dniu 06 lipca 2011 r. wynika, że badany obszar stanowi nasyp budowlany niekontrolowany i zachodzi niebezpieczeństwo utraty stateczności pod obciążeniem konstrukcji nawierzchni i obciążenia komunikacyjnego. Pomimo zapisów umowy na prace projektowe projektant nie przeprowadził badań geotechnicznych, a zatem nie można stwierdzić, że dochowano należytej staranności na etapie przygotowania dokumentacji projektowej jak również całego zamierzenia inwestycyjnego, a konieczność wymiany gruntu stanowiła sytuację niemożliwą wcześniej do przewidzenia.

IZ RPO WZ podziela opinię wyrażoną w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 maja 2014 r. (KIO/KD 43/14), iż „roboty dodatkowe dotyczą bowiem nie sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez zamawiającego (czy projektanta - tu ustawa nie rozróżnia) chociaż mogła lub powinna była być przewidziana, lecz sytuacji nieprzewidywalnej - niemożliwej do przewidzenia, jak określa jasno ustawa. Zrozumiałe jest, że zamawiający nie ma i nie musi mieć odpowiedniej wiedzy zawodowej ani uprawnień zawodowych, dlatego wykonanie projektu zlecane jest projektantowi, na którego profesjonalnych umiejętnościach, doświadczeniu i rzetelności zamawiający musi polegać. Należy się jednak zgodzić z twierdzeniem Prezesa UZP, że na gruncie przepisów ustawy p.z.p., niezależnie od swojej winy, to zamawiający (na zasadzie ryzyka) ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu.” Z tego powodu konieczne jest - tak jak i w przypadku robót budowlanych - zawarcie odpowiedniej umowy z projektantem, która będzie określała jego obowiązki stosowne do podwyższonej trudności wykonania projektu jak również nadzór nad jej prawidłowym wykonaniem. Przedstawione przez Zamawiającego trudności stanowią poniekąd jedynie przyczyny organizacyjne, które same w sobie nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o wskazaną podstawę prawną.

W opinii IZ RPO WZ także kolejne prace wymienione w protokole konieczności nr 2 z dnia 15 września 2011 r. były możliwe do zidentyfikowania i do uwzględnienia na etapie sporządzania dokumentacji. Słusznie wskazano w decyzji administracyjnej nr WWRPO/41/W/2014, iż wykarczowanie drzew i krzaków nie zostało uzasadnione w ogóle, a wyjaśnienia dotyczące prac związanych z ochroną linii kablowej są niewystarczające. Z wyjaśnień przedstawionych do protokołu, składanych na etapie rozliczania projektu jak również we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, nie wynika merytoryczne uzasadnienie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Wyżej wskazane prace wynikały z faktu podejmowania przez Beneficjenta decyzji na etapie realizacji zamówienia, a nie jego planowania i przygotowywania. Decyzje te winny zostać podjęte przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia na roboty podstawowe i uwzględnione w jego opisie przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, iż zamawiający nie może powoływać się na wyżej wskazaną przesłankę, gdy konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia innego niż pierwotnie zakładany, jest wynikiem braku staranności na etapie opracowywania koncepcji realizacji inwestycji. Przed sporządzeniem projektu na wykonanie zamówienia podstawowego Zamawiający powinien był dokonać koniecznych analiz, aby prawidłowo i wyczerpująco określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres potrzebnych prac.

Wobec powyższego IZ RPO WZ nie znalazła podstaw do zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. W przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby łącznie wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. W tym miejscu przypomnieć należy, iż w orzecznictwie sądowym wskazuje się na konieczność ścisłej wykładni przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki i odrzuca się możliwość dokonywania wykładni rozszerzającej (por. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 2 kwietnia 2009 r., V SA/Wa 2809/08, LEX nr 512894; z dnia 24 marca 2009 r., V SA/Wa 3123/08, LEX nr 507731; z dnia 26 lutego 2008 r., V SA/Wa 2403/07, LEX nr 470050; z dnia 14 października 2005 r., III SA/Wa 2091/05, LEX nr 197315). W pełni zachowało swoją aktualność także stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r. (sygn. akt III RN 16/01, OSNP 2001, nr 22, poz. 657), że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi

jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (zob. także wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2011 r., II GSK 688/10, LEX nr 1067908).

A zatem z przyczyn szczegółowo opisanych w niniejszej decyzji Beneficjent nie zagwarantował udzielenia zamówienia w sposób oszczędny i konkurencyjny, bowiem w ogóle nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które mogłoby wyłonić wykonawcę, który zaproponowałby korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. W ten sposób Beneficjent przynajmniej potencjalnie naraził budżet Unii Europejskiej na szkody, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu ww. zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu Unii Europejskiej. Zaznaczyć należy, iż zakazane jest ograniczenie konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę. Środki publiczne przeznaczone na wykonanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystane zgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami. Finansowanie wydatków poniesionych niezgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami przyczynia się do szkody w budżecie unijnym.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, wskazać należy, iż IZ RPO WZ ustaliła, iż w ramach postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” Beneficjent naruszył art. 144 ust. 1 p.z.p. poprzez niedozwoloną zmianę umowy polegającą na zmniejszeniu zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w ofercie, ze stosownym zmniejszeniem ceny. Ponadto w ramach ww. postępowania stwierdzono naruszenie art. 140 p.z.p. oraz § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie poprzez nieuprawnione rozszerzenie przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w związku z czym wydatki wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia uznano w całości za niekwalifikowalne.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent zaznaczył, iż wprowadzona przez niego zmiana nastąpiła w zgodzie z okolicznościami wskazanymi w ww. art. 144 p.z.p. Dodatkową okolicznością w opinii Strony, że zamiar wprowadzenia tych zmian był organowi zgłoszony i przez ten organ zaaprobowany jest stwierdzenie zawarte w piśmie z dnia 13 marca 2014 r. tj. „powyższa zmiana została dokonana w sposób prawidłowy”. Beneficjent podkreślił także, iż zdaniem IZ RPO WZ zapis § 16 umowy jest niewystarczający i jednak nie dosyć szczegółowy, gdyż nie określa jakie elementy umowy mogą ulec zmianie. Powyższe jest zdaniem Beneficjenta nietrafne albowiem art. 144 p.z.p. zakazuje istotnych zmian umowy, bez uszczegółowienia tego zapisu. Gmina Miejska Wałcz zaznaczyła, iż o ile organ podaje na czym powinna opierać się ocena istotności to oceny tej w oparciu o wskazane kryteria nie przeprowadza. Podsumowując powyższe Gmina zaznaczyła, iż wprowadziła zmiany w sposób legalny albowiem upoważniał ją do tego zapis umowy z wykonawcą, zmiany nie noszą cechy istotnych (organ nie wykazał przeciwnie) oraz zmiany zostały wprowadzone przy pełnej akceptacji IZ RPO WZ.

Mając powyższe na uwadze na wstępie wyjaśnić należy, że przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. co do zasady wprowadza zakaz zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Od powyższego zakazu możliwe są jednak pewne wyjątki. Zgodnie z art. 144 ust. 1 p.z.p., zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna w następujących dwóch przypadkach:

- 1) gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści oferty, oraz
- 2) zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: SIWZ).

Dodatkowym ograniczeniem przy zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie przepis art. 140 p.z.p. przewidujący, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, umowa zaś podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Użyte w art. 140 ust. 1 p.z.p. sformułowanie "jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie" oznacza, że zakres świadczenia wykonawcy powinien odpowiadać przede wszystkim opisowi przedmiotu zamówienia (wyroki ZAUZP: z dnia 24 kwietnia 2007 r., UZP/ZO/0-453/07; z dnia 2 lutego 2007 r., UZP/ZO/0-110/07, www.uzp.gov.pl). Powyższy przepis blokuje zatem aneksowanie umów w sposób rozszerzający ich przedmiot w stosunku do opisanego w SIWZ. Ratio legis tej regulacji sprowadza się do tego, iż włączenie do przedmiotu umowy usług nieprzewidzianych przy jej zawieraniu, a tym samym wykraczających poza pierwotny zakres przedmiotu zamówienia, mogłoby zaburzać uczciwą konkurencję w postępowaniu, gdyż może pozwolić na zamawianie nowych usług po zawarciu umowy zgodnie z subiektywnymi decyzjami zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż w przedmiotowej sprawie istnieje możliwość posegregowania dokonanych przez Beneficjenta zmian w określone grupy

rodzajowe, przy czym IZ RPO WZ wskazuje poniżej jedynie takie zmiany, które naruszają przepisy p.z.p.:

- 1) Zmiany powodujące rozszerzenie przedmiotu świadczenia wykonawcy opisanego w SIWZ: do których zaliczono wstawienie krat w drzwiach i oknach budynków, dodatkowy jeden regał magazynowy (w powyższych przypadkach zakres świadczenia umownego wykonawcy wykracza poza zobowiązanie zawarte w jego ofercie);
- 2) Zmiany wynikające z „błędów” projektanta lub z inicjatywy inwestora wprowadzone po wyborze oferty wykonawcy w drodze przetargu nieograniczonego. Zmiany takie są niedopuszczalne, stanowią naruszenie art. 144 ustawy p.z.p. i dotyczyły: likwidacji stopni terenowych pomiędzy placem przy bunkrze a budynkiem wystawienniczym, likwidacji pochylni 2 szt. - zastąpienie schodami terenowymi 2szt., likwidacji furtki wejściowej w ogrodzeniu w związku z korektą lokalizacji ciągów komunikacyjnych, korekty lokalizacji ciągów komunikacyjnych, rozbudowy oświetlenia bunkra o dwie lampy oświetleniowe w jego przedsiönku, wykonanie dachu budynków i wiat z papy termozgrzewalnej zamiast blachy trapezowej, rynny i rury spustowe wykonano z PCV, w dokumentacji projektowej wskazano blachę ocynkowaną, zastosowano płytki gresowe zamiast wykładziny PCV, sufity systemowe zamiast płyty gipsowo – włókowej, w budynku wystawowym nr 1 wykonano ściankę działową murowaną zamiast z płyt kartonowo – gipsowych, w budynku socjalno – sanitarnym wykonano ściankę działową z płyt warstwowych zamiast z płyt kartonowo – gipsowych, opaskę przy budynku wykonano z tłuczni z podsypką zamiast kostki betonowej, zamontowano dodatkowy wodomierz z podejściem. Powyższe zmiany można było przewidzieć już na etapie przetargu na roboty budowlane.

Zmiany, o których mowa w pkt 1 spowodowały rozszerzenie przedmiotu świadczenia Wykonawcy opisanego w SIWZ, gdyż zakres świadczenia umownego Wykonawcy wykraczał poza zobowiązanie zawarte w jego ofercie, zaś zmiany opisane w punkcie drugim stanowiły naruszenie art. 144 p.z.p, gdyż były one istotne oraz zamawiający nie przewidział możliwość dokonania takich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Co więcej ww. roboty można było przewidzieć już na etapie przygotowywania przetargu na roboty budowlane. Powyższe zmiany stanowiły również naruszenie art. 140 p.z.p, w zakresie nieuprawnionego rozszerzenia przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej. Dodatkowo wynagrodzenie wykonawcy realizującego projekt, wyliczone na podstawie faktur, zostało zwiększone.

Analizując wprowadzone przez Beneficjenta zmiany pod kątem treści art. 144 ust. 1 p.z.p. oraz stanu faktycznego sprawy, IZ RPO WZ w pierwszej kolejności zbadała czy owe zmiany zostały zawarte w treści umowy, albowiem jak już była mowa powyżej, aby zamawiający mógł wprowadzić zmiany w umowie, niezbędne jest aby w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu dokładnie określił warunki takiej zmiany. Zamawiający powinien określić, jakie elementy umowy mogą ulegać zmianom i w jakim zakresie, przy czym niewystarczające jest wymienienie jedynie obszaru zmian. I tak ustalono, iż możliwości dokonania zmian nie były przewidziane w treści umowy z wykonawcą. Natomiast zapis § 16 ust. 3 umowy z Wykonawcą w brzmieniu „zmiana umowy nastąpić może z inicjatywy Zamawiającego albo Wykonawcy poprzez przedstawienie drugiej stronie propozycji zmian w formie pisemnej, które powinny zawierać opis zmiany, uzasadnienie, koszt oraz jego wpływ na wysokość wynagrodzenia oraz czas wykonania zmiany oraz jej wpływ na termin zakończenia umowy” jest zapisem bezprawnym, naruszającym art. 144 ust. 1 p.z.p. z powodu braku określenia warunków powyższej zmiany. W opinii prawnej *Dopuszczalność wprowadzania zmian do programu funkcjonalno-użytkowego w trakcie realizacji robót budowlanych*, Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że: „przepisy ustawy p.z.p. nie określają stopnia szczegółowości opisu warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zmiany umowy (klauzule) nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony. Powyższemu sprzeciwia się bowiem treść art. 144 ust. 1 p.z.p., z którego wynika, iż zamawiający musi określić przypadki, w których zmiana umowy będzie dopuszczalna z jednoczesnym określeniem warunków takiej zmiany”.

Mając powyższe na uwadze nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Beneficjenta, iż Gmina wprowadziła zmiany w sposób legalny albowiem upoważniał ją do tego zapis umowy z wykonawcą, bowiem analizowany zapis umowy jest sprzeczny z treścią art. 144 ust. 1 p.z.p.

Badając zaś kwestie istotności dokonanych zmian, na wstępie należy wskazać, iż w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał: „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”. Dozwolone zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do

umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłyby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. W wyroku C-454/06 Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że: „podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia”.

Niewątpliwie w świetle powyższego, zmiany wprowadzone przez Beneficjenta należy uznać za istotne, albowiem gdyby ww. zmiany zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, mogłyby to wpłynąć na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania, albowiem jak ustalono Zamawiający w ramach zakresu rzeczowego projektu zaniechał wykonania części prac, wprowadził nowe roboty bądź wykonał prace zamienne. Przy czym ww. zmiany były możliwe do przewidzenia na etapie przygotowania przetargu na roboty budowlane. Porównując sytuację wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia mógł zwiększyć zainteresowanie ofertą i doprowadzić do wyboru innej, korzystniejszej oferty. Niewykluczone jest także, że w przypadku gdyby Zamawiający przewidział tego typu zmianę na etapie kształtowania SIWZ, część potencjalnych wykonawców mogłaby zrezygnować ze złożenia oferty i w takim przypadku Zamawiający także mógłby wybrać inną ofertę.

Tym samym nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Beneficjenta, iż zmiany nie noszą cech istotnych. Co więcej organ, wbrew twierdzeniom Beneficjenta w skarżonej decyzji, dokonał oceny istotności analizowanych zmian w oparciu o wskazane w przepisach p.z.p. kryteria. IZ RPO WZ przytoczyła zmiany jakich Beneficjent się dopuścił, aby następnie dokonać analizy prawnej powyższego (str. 9-11 skarżonej decyzji) wyraźnie wskazując, iż Zamawiający wprowadził szereg zmian w zakresie przedmiotu umowy z naruszeniem art. 144 ust. 1 p.z.p.

W tym miejscu także należy wskazać, o czym była już mowa w decyzji administracyjnej nr WWRPO/41/W/2014, iż jeśli zawarto umowę o roboty budowlane, której przedmiot zamówienia opisano poprzez wskazanie wielkości i zakresu robót, a jednocześnie umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 140 ust. 3 p.z.p.), to nie można oczekiwać wykonania prac wykraczających poza zakres opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ takie świadczenie podlegałoby unieważnieniu. W stosunku do zakwestionowanych powyżej robót budowlanych Zamawiający winien udzielić zamówienia na zasadach określonych w p.z.p. tj. winien był udzielić nowego zamówienia w oparciu o przepisy ustawy p.z.p. Natomiast w przypadku gdyby wystąpiła konieczność udzielenia zamówienia o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty 14 000,00 euro winien był stosować procedury zgodne z przepisami ustawy o finansach publicznych usankcjonowanych w wewnętrznych regulacjach przyjętych przez Beneficjenta (w przypadku wydatków poniesionych w ramach projektu, przed zawarciem umowy o dofinansowanie) bądź z umowy o dofinansowanie (§ 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie projektu w przypadku wydatków poniesionych w ramach projektu, po zawarciu umowy). W ocenie IZ RPO WZ zakaz zmiany zakresu świadczenia, o którym mowa w art. 140 ust. 1 p.z.p. nie musi wiązać się z zakazem jakichkolwiek zmian w przedmiocie zamówienia. Także zawężenie zakresu świadczenia wykonawcy, które nie prowadzi do zmniejszenia jego wynagrodzenia stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy. Tego rodzaju zmiany mogłyby prowadzić do istotnej zmiany kręgu wykonawców, którzy złożyli oferty, gdyby okoliczność ta była znana przed etapem składania ofert. Dlatego też treść umowy musi być odzwierciedleniem oferty w zakresie: przedmiotu zamówienia, ceny, terminu wykonania zamówienia, warunków gwarancji, warunków płatności.

Porównując pierwotny zakres świadczenia umownego wykonawcy, który został określony zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w jego ofercie, z zakresem rzeczowym faktycznie zrealizowanym przez wykonawcę, ustalono, iż Zamawiający w ramach zakresu rzeczowego projektu zaniechał wykonania części prac (wyłączył je z przedmiotu zamówienia), wprowadził nowe roboty bądź wykonał prace zamienne. Wprowadzone zmiany nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji projektowej, która stanowiła integralną część SIWZ, na podstawie, której wykonawca dokonał szacowania kosztów realizacji niniejszej inwestycji. Przedmiot zamówienia zrealizowany na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 12 maja 2011r. odbiega od zakresu rzeczowego zawierającego się w ofercie wykonawcy, w oparciu o którą ww. umowa została zawarta, co stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 p.z.p.

Mając powyższe na uwadze IZ RPO WZ podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie tj. uznaje, iż wykonanie robót wykraczających poza zakres opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 140 p.z.p., poprzez nieuprawnione rozszerzenie przedmiotu zamówienia. Nadto w ramach analizowanego postępowania Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 144 ust. 1 p.z.p. poprzez zmianę umowy polegającej na zmniejszeniu zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w ofercie ze stosownym zmniejszeniem ceny.

Poprzez nieuprawnione zmiany przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji projektowej w postępowaniu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”, Beneficjent uchybił przepisom p.z.p., co mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty, gdyby nowe okoliczności były im znane przed etapem składania ofert. W ten sposób Beneficjent przynajmniej potencjalnie naraził budżet Unii Europejskiej na szkody, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu ww. zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu Unii Europejskiej.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zarzucił także naruszenie przez IZ RPO WZ art. 7, art. 8, k.p.a. w zakresie w jakim organ pomija i nie odnosi się do zastrzeżeń Beneficjenta przedstawionych w piśmie z dnia 08 sierpnia 2014 r., w tym także w zakresie wyboru mniej korzystnej dla niego metody wyliczenia korekty za szkodę dla słusznego interesu strony oraz błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie Taryfikatora w części wyboru metody wskaźnikowej, podczas gdy możliwe i wskazane było zastosowanie metody dyferencyjnej przy prostym do przeprowadzenia obliczeniu wysokości szkody w oparciu o zgromadzone w sprawie dane. Uzasadniając powyższe Beneficjent wskazał, iż organ nie uzasadnił nawet jeśli przyjąć zastosowanie metody wskaźnikowej za właściwe – dlatego do wyliczenia wydatków niekwalifikowalnych przyjęto ostateczną wartość wykonanych robót zamiast różnicy pomiędzy wartością zaniechana a faktycznie wykonaną. W przekonaniu Beneficjenta w sprawie zachodziła możliwość w sposób prosty obliczenia szkody, a nawet wskazał on organowi przeprowadzenie tego wyliczenia i jego wynik. Zdaniem Beneficjenta powyższe oznacza, iż w sprawie nie miała miejsca sytuacja „niejasna i bardziej skomplikowana” implikująca zastosowanie metody wskaźnikowej. W każdym razie organ nie uzasadnił dlaczego zastosował właśnie tę metodę i dlaczego dla jednej z pozycji tabel przyjął wartość zróżnicowaną, co według wytycznych odpowiada metodzie dyferencyjnej i co utwierdza Beneficjenta w przekonaniu, że zastosowanie tej metody było możliwe i właściwe. Posłużenie się w tej sytuacji Taryfikatorem uczyniło korektę sankcją, chociaż wytyczne wskazują na zdecydowanie wyrównawczy charakter. Beneficjent podkreślił także, iż nałożone na Stronę kary finansowe w postaci korekty z Taryfikatora w żaden sposób nie odzwierciedlają stopnia naruszenia wspólnotowych przepisów prawa przyjętych do polskiego porządku prawnego.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż IZ RPO WZ właściwie posłużyła się metodą wskaźnikową we wskazanych w niniejszej decyzji przypadkach. Co więcej szczegółowo odniosła się do zarzutów przedłożonych przez Beneficjenta w piśmie z dnia 08 sierpnia 2014. Na wstępie podkreślić należy, iż z Wytycznych MIR wynika, iż 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. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, za niekwalifikowalną część wydatku przyjmuje się kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia jak już wspomniano wcześniej, w przedmiotowej sprawie. W chwili obecnej nie jest możliwym stwierdzenie o ile korzystniejsze czy bardziej konkurencyjne byłyby oferty innych potencjalnych oferentów, gdyby Beneficjent nie dopuścił się naruszenia przepisów p.z.p. Zatem Beneficjent ograniczył równy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewniając równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczając konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniu większej ilości oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia w tym niższą cenę. Tym samym w niniejszej sprawie, IZ RPO WZ prawidłowo zastosowała metodę wskaźnikową. Nadto z uwagi na doniosłość popełnionych przez Beneficjenta naruszeń IZ RPO WZ do wyliczenia wysokości korekty przyjęła maksymalne wskaźniki procentowe, bowiem Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisów prawa, które mogło spowodować szkodę finansową w budżecie UE. A zatem po przeanalizowaniu całokształtu materiału zgromadzonego w sprawie, z uwagi na wagę i charakter opisanych naruszeń, których dopuścił się Beneficjent podczas stosowania p.z.p. w wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono i nałożono korektę finansową posługując się metodą wskaźnikową odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- postępowania na zamówienia dodatkowe udzielone na podstawie umowy nr ZD1/2011; 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 (74,9999997348%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr ZD1/2011 z dnia 05 września 2011 r. W związku z powyższym łączna kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 10 583,03 zł,

- postępowania na zamówienia dodatkowe udzielone na podstawie umowy nr ZD2/2011; 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 (74,9999997348%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr ZD2/2011 z dnia 15 września 2011 r. W związku z powyższym łączna kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 8 069,55 zł,
- postępowania pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”; w związku z naruszeniem art. 144 ust. 1 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (10%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999997348%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy z dnia 12 maja 2011 r. (za podstawę obliczenia korekty przyjęto część środków pochodzących z funduszy UE przekazanych na sfinansowanie ostatecznego zamówienia). W związku z powyższym łączna kwota korekty finansowej w ramach ww. postępowania wynosi 136 897,18 zł,

Nadto wskazać należy, iż postępowaniu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu” w związku z naruszeniem art. 140 p.z.p. oraz § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie wydatki wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia uznano w całości za niekwalifikowalne (tj. kwotę 186 813,99 zł.) Zatem wyjaśnić należy, iż w powyższym wypadku IZ RPO WZ nie nałożyła na Beneficjenta korekty finansowej posługując się Taryfikatorem lecz uznała wydatki wykraczające poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia za niekwalifikowalne.

W tym miejscu wskazać należy, iż jedną z kompetencji, a zarazem obowiązków ustawowych IZ RPO WZ jest prowadzenie kontroli realizacji poszczególnych projektów w ramach RPO WZ, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym także w razie stwierdzenia nieprawidłowości. Obowiązkiem IZ RPO WZ jest zatem nie tylko ustalanie zasad konkursu, zawieranie umów z beneficjentami czy zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, ale również czuwanie nad przebiegiem realizacji projektu i weryfikowanie czy w całym okresie realizacji, projekt, na który przekazano środki publiczne, realizowany jest zgodnie z prawem oraz zasadami określonymi przez IZ RPO WZ dla danego konkursu. W przeciwnym razie zgodnie z art. 207 ust. 1 u.f.p. IZ RPO WZ zobowiązana jest dochodzić zwrotu środków od Beneficjenta.

Wytyczne dla Wnioskodawców dla Podziałania 5.2.1 „Rozwój i odtworzenie infrastruktury kultury wraz z systemem informacji kulturalnej” konkurs 5.2.1/2009/1 (zwane dalej Wytycznymi dla Wnioskodawców) stanowią zbiór informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania dokumentacji aplikacyjnej składanej przez Beneficjentów ubiegających się o dofinansowanie w ramach podziałania 5.2.1 oraz informacji dotyczących realizacji projektów po zawarciu umowy o dofinansowanie. Zostały one opracowane przez IZ RPO WZ w szczególności na podstawie RPO WZ, Uszczegółowienia RPO WZ oraz na podstawie obowiązujących aktów prawnych. Wytyczne regulują m.in. kwestie kwalifikowalności wydatków. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż przez wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006, rozporządzeniem Komisji nr 1828/2006, rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1080/2006 jak również u.z.p.p.r. i przepisów rozporządzeń oraz wytycznych wydanych na podstawie niniejszej ustawy, oraz Uszczegółowieniem Programu, jak również z dokumentacją konkursową (§ 1 pkt 36 umowy o dofinansowanie). Zawarte w przedmiotowych Wytycznych zapisy dotyczące kwalifikowalności wydatków zostały przygotowane w oparciu o „Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013” (zwane dalej Krajowymi Wytycznymi), które zostały wydane na podstawie art. 35 ust. 2 pkt 1 u.z.p.p.r. oraz art. 56 ust. 4 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

Ocena kwalifikowalności wydatku polega na analizie zgodności jego poniesienia z obowiązującymi przepisami. Oceny takiej dokonuje się zarówno na etapie wyboru wniosku o dofinansowanie projektu, podczas realizacji projektu jak i po zakończeniu projektu, kiedy Beneficjent przedkłada kolejne wnioski o płatność. Wytyczne dla Wnioskodawców w zgodzie z Wytycznymi Krajowymi stanowią, iż wydatkiem kwalifikującym się do współfinansowania jest wydatek spełniający łącznie następujące warunki:

- a) został poniesiony w okresie kwalifikowalności wydatków,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa wspólnotowego oraz prawa krajowego,
- c) jest zgodny z postanowieniami RPO WZ,

- d) jest zgodny z postanowieniami umowy o dofinansowanie projektu,
- e) jest niezbędny do realizacji projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- f) został dokonany w sposób oszczędny,
- g) został należycie udokumentowany,
- h) jest zgodny z katalogiem wydatków kwalifikowalnych określonym w Wytocznych.

Powyższy zapis zawiera enumeratywnie wymienione przesłanki, które każdy z wydatków musi spełniać, aby został przez IZ RPO WZ uznany za kwalifikowalny, a niespełnienie którejkolwiek z nich powoduje, iż dany wydatek nie może skorzystać z przymiotu kwalifikowalności. Za wydatek kwalifikowany można uznać tylko taki wydatek, który jest niezbędny do realizacji projektu oraz prawidłowo udokumentowany. Z powyższego postanowienia wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że podstawową zasadą kwalifikowalności wydatków jest ich zgodność z prawem.

IZ RPO WZ zobligowana jest uznać ww. wydatki poniesione niezgodnie z procedurami za niekwalifikowalne, gdyż Beneficjent nie zastosował się do procedur zamówień publicznych już na etapie realizacji projektu. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO, 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 u.f.p.. Pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu dotacji i termin, od którego nalicza się odsetki, objęte są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym także zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a przede wszystkim Wytocznych dla Wnioskodawców oraz umowy o dofinansowanie. W przedmiotowej sprawie poprzez wprowadzenie zmian powodujących rozszerzenie przedmiotu świadczenia wykonawcy opisanego w SIWZ Beneficjent naruszył art. 140 p.z.p., a zatem naruszył obowiązujące go procedury. Zgodnie z § 11 ust. 6 pkt. 2 umowy o dofinansowanie w przypadku stwierdzenia przez IZ RPO WZ, że podczas realizacji projektu Beneficjent realizował projekt niezgodnie z prawem zamówień publicznych wydatki poniesione przez Beneficjenta mogą zostać uznane w całości lub w części za nieprawidłowe i podlegające zwrotowi na zasadach określonych w § 8 ww. umowy. W związku z tym, iż Beneficjent swoim działaniem naruszył obowiązujące go procedury prawa zamówień publicznych, na podstawie § 8 ust. 1 umowy o dofinansowanie jest on zobowiązany do zwrotu nieprawidłowo wykorzystanej kwoty otrzymanego dofinansowania. Należy podkreślić, iż IZ RPO WZ w przypadku uznania wydatków za niekwalifikowalne nie ma możliwości obniżenia kwoty ustalonej do zwrotu, gdyż nie jest to korekta finansowa obniżająca procentowo dofinansowanie na podstawie Taryfikatora. Kwotę do zwrotu ustala się bezpośrednio z poniesionych niezgodnie z procedurami wydatków, które uznaje się za niekwalifikowalne w projekcie. Co więcej z łącznej kwoty wydatków uznanych za niekwalifikowalne (tj. 198 956,95 zł), kwota 169 281,05 zł (dot. faktury 11/11-FVU/0004 pomniejszonej o fakturę korygującą nr 11/11-FKS/0022) dotyczy wydatków, które są ujęte we wniosku o płatność końcową, gdzie 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, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o odpowiednie kwoty. W analizowanej sprawie z przyczyn opisanych w niniejszej decyzji ww. wydatki IZ RPO WZ uznała za niekwalifikowalne. Co więcej na pomniejszenie ww. kwoty tj. 169 281,05 zł nie jest wymagana zgoda Beneficjenta.

Mając powyższe na uwadze, jak również fakt, iż IZ RPO WZ nie posłużyła się w ww. przypadku Taryfikatorem, albowiem nie nałożyła za powyższe naruszenie korekty finansowej, lecz uznała wydatki za niekwalifikowalne, zarzuty Beneficjenta nie zasługują na uwzględnienie.

Podsumowując powyższe łączna wartość środków wykorzystanych przez Beneficjenta z naruszeniem procedur wyniosła 342 363,75 zł, z czego nałożono korektę finansową w wysokości: 155 549,76 zł, zaś za niekwalifikowalne uznano wydatki w kwocie 186 813,99. Przy czym w ww. kwocie 342 363,75 zł kwota 198 956,95 zł (w tym korekta finansowa: 29 675,90 zł, wydatki uznane za niekwalifikowalne: 169 281,05 zł) dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową oraz wydatków uznanych za niekwalifikowalne, gdzie środki nie zostały jeszcze wypłacone. A zatem, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej oraz wydatków uznanych za niekwalifikowalne, odnoszących się do wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 143 406,80 zł (342 363,75 zł – 198 956,95 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Następnie we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent wskazał, iż nie podziela opinii IZ RPO WZ o braku wpływu akceptacji przez Komisję Oceniającą Projekty (zwaną dalej KOP) zgłoszonych i zamierzonych zmian w umowie z wykonawcą na zasadność naliczonej korekty. Wyjaśnienia tej okoliczności przez IZ RPO WZ są zbyt wymijające, aby przyjąć je za miarodajne. Zdaniem Beneficjenta zgłoszone zostały do akceptacji zmiany w przedmiocie objętym wnioskiem, zatem oczywistym jest, że zgłoszenie poczynione zostało nie dla samego zgłoszenia, ale po to aby wywołać odpowiedni skutek finansowy. Akceptacja ww. zmian odebrana została przez Beneficjenta jednoznacznie, tj. że nie będzie dla niego skutkować niekorzystnie.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż słusznie wskazano w decyzji administracyjnej nr WWRPO/41/W/2014, iż zadaniem KOP jest m.in. ocena zgodności z celami konkursu, dotycząca możliwości wystąpienia pomocy publicznej, merytoryczno-techniczna i nie obejmuje ona sposobu udzielania zamówienia ani przestrzegania przepisów p.z.p. W analizowanej sprawie w związku ze zgłaszanymi zmianami została podjęta decyzja o zwołaniu posiedzenia KOP w zakresie merytoryczno-technicznym, który badał zmiany wprowadzane przez Beneficjenta m.in. pod kątem zgodności z celami, zakresem merytorycznym poddziałania. KOP nie analizuje wprowadzanych zmian pod kątem zgodności z przepisami prawa zamówień publicznych. Rolą IZ RPO WZ nie jest pouczanie Beneficjenta w jaki sposób powinien przeprowadzić procedurę zamówień publicznych. Podjęcie decyzji, co do tego w jaki sposób udzielić zamówienia, czy też w jaki sposób wprowadzić zmiany do umowy zależy wyłącznie od Zamawiającego oraz okoliczności danej sprawy. IZ RPO WZ udzieliła zgody na wprowadzenie zmian mając na względzie wnioski o dofinansowanie, nie udzieliła zaś zgody na to aby Beneficjent wprowadził zmiany z naruszeniem przepisów p.z.p. Beneficjent powinien przeprowadzać procedurę zamówień publicznych z poszanowaniem prawa, zwłaszcza p.z.p. Co więcej zgodnie z przytoczonymi w niniejszej decyzji Wytocznymi dla Wnioskodawców, których brzmienie Beneficjent zaakceptował przystępując do konkursu, a następnie w dniu 31 sierpnia 2010 r. podpisując umowę o dofinansowanie, przyjęcie danego projektu do realizacji i podpisanie z Beneficjentem umowy o dofinansowanie nie oznacza, że wszystkie wydatki, które Beneficjent przedstawi do rozliczenia w trakcie realizacji projektu, będą kwalifikować się do współfinansowania. Ocena kwalifikowalności wydatku polega na analizie zgodności jego poniesienia z obowiązującymi przepisami. Oceny takiej dokonuje się zarówno na etapie wyboru wniosku o dofinansowanie projektu, podczas realizacji projektu jak i po zakończeniu projektu, kiedy Beneficjent przedkłada kolejne wnioski o płatność. Nadto należy zaznaczyć, iż kwalifikowalność oraz poprawność poniesienia wydatków ujętych w poszczególnych wnioskach o płatność jest poddawana ostatecznej weryfikacji w czasie kontroli przeprowadzonej na miejscu realizacji projektu po zatwierdzeniu wniosku o płatność końcową. W przedmiotowej sprawie nieprawidłowości w stosowaniu p.z.p. stwierdzono dopiero po złożeniu wniosku o płatność końcową, na etapie czynności kontrolnych, ustalając za wskazane naruszenia korektę finansową oraz uznając część wydatków za niekwalifikowalne. Tym samym nie zasługują na uwzględnienie ww. zarzut Beneficjenta.

Ostatnim z zarzutów, na których Beneficjent oparł wnioski o ponowne rozpoznanie sprawy jest zarzut przedwczesności wydania zaskarżonej decyzji z uwagi na brak uprzedniego wydania decyzji o ustaleniu korekty finansowej.

Odnosząc się do powyższego, na wstępie zaznaczenia wymaga, iż Instytucja Zarządzająca jest samoistnym organem administracji publicznej, który przygotowuje program operacyjny, zarządza nim oraz nadzoruje jego realizację. Instytucja Zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami (art. 60 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006). Do jej ogólnych zadań, w ramach wszystkich programów należy: kontrola realizacji programu oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych (art. 26 ust. 1 pkt 14 i 15a u.z.p.p.r.). Oczywistym jest zatem, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. nadaje Instytucji Zarządzającej obowiązek ustalania i nakładania korekt finansowych. Ustalanie korekt finansowych, aby mogło być uznane za rzeczywisty instrument nadzoru nad prawidłowością wydatkowania środków pochodzących z budżetu UE musi być traktowane jako działanie polegające na stwierdzeniu uchybień w zakresie przestrzegania m.in. przepisów dotyczących zamówień publicznych, a ponadto musi obejmować ocenę wagi tych naruszeń stosownie do art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006, bowiem bez tej oceny nie ma możliwości ustalenia korekt finansowych, które uzależnione są właśnie od wagi naruszeń. Nie ulega zatem wątpliwości, że IZ RPO WZ na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. może badać czy nie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, dokonywać oceny wagi tych naruszeń z punktu widzenia budżetu UE i ewentualnie nakładać korekty finansowe. Użycie zwrotu *nakładanie korekt finansowych* w sposób oczywisty wskazuje na kompetencję zakładającą jednostronne działanie wobec Beneficjenta. Niemniej jednak u.z.p.p.r. nie wskazuje trybu, w jakim ma być zrealizowane

zadanie instytucji zarządzającej opisane w pkt 15a ww. przepisu, w szczególności co do formy. W zakresie odzyskiwania, w tym zwrotu przyznanych środków ustawodawca wyraźnie przewidział w u.z.p.p.r. wydawanie decyzji. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż przepisy u.z.p.p.r. nie regulują zasad i trybu postępowania w sprawie zwrotu uzyskanego przez Beneficjenta dofinansowania. Mając na uwadze powyższe nie można się zgodzić z argumentem Strony, iż decyzja wydana na podstawie art. 207 ust. 1 u.f.p. powinna być poprzedzona decyzją ustalającą korektę finansową, albowiem brak jest podstawy prawnej w oparciu o którą IZ RPO WZ podjęłaby taką decyzję. Niewątpliwie takiej podstawy nie stanowi art. 26 ust. 15a u.z.p.p.r., gdyż jest to norma wskazująca jedynie zadania Instytucji Zarządzającej, natomiast art. 98 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 to norma kompetencyjna dla Państwa Członkowskiego. Co więcej, w obu ww. przepisach brak jest wskazania w jakiej formie powinno się odbywać nałożenie korekty finansowej.

Ani z przepisów u.f.p., ani u.z.p.p.r. nie wynika skierowany do właściwych instytucji obowiązek ustalenia korekty finansowej w drodze odrębnej decyzji administracyjnej, a obowiązku tego nie można domniemywać. Samo ustalenie i nałożenie korekty nie prowadzi do ingerencji w prawa i obowiązki podmiotów zewnętrznych, nie może być utożsamiane z władczym rozstrzygnięciem i nie wymaga wydania decyzji administracyjnej. Władczym rozstrzygnięciem administracyjnym, rzeczywiście wpływającym na sytuację prawną beneficjentów jest natomiast dopiero decyzja wydawana w trybie art. 207 ust. 9 u.f.p. określająca „kwotę przypadającą do zwrotu i termin od którego nalicza się odsetki oraz sposób zwrotu środków”. Pisemne rozstrzygnięcie w przedmiocie ustalenia i nałożenia korekty samo w sobie nie rodzi dla beneficjenta żadnych skutków. Dopiero wydanie rozstrzygnięcia zobowiązującego do zwrotu kwot wydatkowanych nieprawidłowo (rozstrzygnięcia w trybie art. 207 ust. 9 u.f.p.) może powodować takie skutki.

W tym miejscu wskazać należy, iż Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej NSA) w wyrokach z dnia 12 czerwca 2014 r. (sygn. akt II GSK 2290/13, II GSK 2080/13) odnosząc się do kwestii ustalania i nakładania korekt finansowych wskazał, iż w języku polskim "ustalać" czy "nakładać" nie oznacza wyłącznie działania jednostronnego, zwłaszcza zaś działania o charakterze władczym. Następnie zaś na gruncie argumentacji prawnej NSA przypomniał powszechnie akceptowaną w piśmiennictwie prawniczym i w orzecznictwie sądowym zasadę, że działanie władcze w roli organu administracji publicznej musi mieć wyraźną podstawę w przepisach prawnych rangi ustawowej (art. 7 Konstytucji RP i art. 6 k.p.a.). Nie wystarczy więc, że mamy doczynienia z działaniem organu administracyjnego w sensie ustrojowym, ponieważ samo takie ustrojowe usytuowanie podmiotu nie daje ogólnej kompetencji do wydawania decyzji w każdej sprawie objętej zakresem jego zadań. W rozpatrywanym przypadku instytucja zarządzająca, nie mówiąc już o instytucji pośredniczącej i wdrażającej, nie są w sprawach dotyczących udzielania dofinansowania z definicji organami administracji publicznej. Gdyby te instytucje miały taki status, można by co najwyżej rozważać możliwość przyjęcia domniemania ich działania w formie decyzji, w sprawach dotyczących korekt finansowych. Była już jednak mowa o tym, że przepisy prawne wskazują raczej na ulokowanie obowiązków i uprawnień dotyczących nałożenia korekty finansowej i wezwania do zwrotu kwoty w ten sposób ustalonej w sferze stosunków umownych, nie zaś na kompetencję (zdolność albo możliwość) wydawania decyzji administracyjnych w takich sprawach. W konkluzji tych rozważań należałoby przyjąć, że ustalenie i nałożenie korekty finansowej przez instytucję zarządzającą (pośredniczącą lub wdrażającą) jest jedynie etapem dochodzenia zwrotu kwoty ustalonej korektą, poprzedzającym postępowanie administracyjne w tej sprawie, wszczęte na podstawie art. 207 ust. 9 u.f.p. W postępowaniu administracyjnym o zwrot należności nieprawidłowo pobranych ustalenia dotyczące korekty podjęte w toku postępowania kontrolnego nie wiążą organu orzekającego o zwrocie. Stanowią element stanu faktycznego tej sprawy. W konsekwencji korekta podlega również kontroli sądu rozpatrującego skargę na decyzję zobowiązującą do zwrotu, w ramach badania legalności tej decyzji.

Powyższe zostało także potwierdzone w uchwale składu siedmiu sędziów NSA z dnia 27 października 2014 r. (sygn. akt II GPS 2/14) rozpatrującego zagadnienie prawne pn.: „czy ustalenie i nałożenie korekty finansowej, o której mowa w art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. wymaga wydania decyzji administracyjnej?”, które ostatecznie wyjaśniło, w związku z rozbieżnością poglądów sądów administracyjnych, wątpliwości w ww. zakresie. NSA jednoznacznie wskazał, iż ustalenie i nałożenie korekty finansowej nie wymaga wydania decyzji administracyjnej. W uzasadnieniu powyższej uchwały sąd wskazał, iż porównanie przesłanek korekty, określonych ogólnie w art. 98 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 i szczegółowo we wspomnianej umowie wzorcowej (naruszenia prawa zamówień publicznych) z przesłankami zwrotu środków przyznanych umową o dofinansowanie projektu, wskazanymi w art. 207 ust. 1 u.f.p. (m.in. wykorzystanie środków z naruszeniem obowiązujących procedur), pozwala stwierdzić, że korekta i zwrot dotyczą tego samego stanu faktycznego – tych samych nieprawidłowości popełnionych przez określonego beneficjenta w związku z realizacją przez niego projektu objętego dofinansowaniem. W związku z tymi naruszeniami podmiot

przyznający dofinansowanie dokonuje korekty i domaga się jej zwrotu. Inaczej mówiąc – korekta ma ścisły związek z instytucją zwrotu środków przeznaczonych na dofinansowanie projektów. Nie oznacza to jednak, że ustalenie korekty rodzi bezpośrednio publicznoprawne zobowiązanie do jej zwrotu, a więc można mu przypisać formę decyzji administracyjnej. Użycie w pkt 15a określenia "ustalenie i nakładanie" korekty nie jest, z punktu widzenia zarówno semantycznego, jak i prawnego, wystarczającą podstawą do stwierdzenia, że owo ustalenie i nałożenie powinno mieć formę decyzji administracyjnej, zwłaszcza gdy następuje w ramach stosunku cywilnoprawnego(...). Za oczywiste należy uznać twierdzenie, że ustalenie i nałożenie korekty finansowej oraz zobowiązanie do zwrotu środków to dwie odrębne od siebie instytucje, choć ściśle ze sobą powiązane, bowiem korekta przekłada się na zwrot środków finansowych, o którym mowa w art. 207 u.f.p. Wynika to z podstawy faktycznej korekty, która także stanowi okoliczności faktyczne zwrotu. Jeżeli się zważy, że zwrot, o którym mowa w art. 26 ust. 1 pkt 15 u.z.p.p.r. i art. 207 ust. 1 u.f.p. dotyczy tych samych środków uznanych za nienależne z powodu tych samych naruszeń, które stwierdzono dokonując korekty, to nie byłoby do pogodzenia dwie kolejne decyzje, dotyczące tego samego przedmiotu (decyzja o nałożeniu korekty i decyzja o zwrocie). Nałożenie korekty w formie decyzji administracyjnej czyniłoby zbędnym wydanie decyzji o zwrocie tych środków, ponieważ tak rozumiana korekta w istocie zawierałaby w sobie rozstrzygnięcie o zwrocie a więc zastępowałaby decyzję, o której mowa w art. 207 ust. 9 u.f.p. Decyzja administracyjna jest jednostronnym rozstrzygnięciem kształtującym prawa lub obowiązki indywidualnego podmiotu. Ustalenie i nałożenie korekty decyzją, określającą kwotę środków, które podlegają zwrotowi, oznaczałoby nałożenie na beneficjenta obowiązku zwrotu tej kwoty, podlegającego wykonaniu w trybie egzekucji administracyjnej (art. 3 w zw. z art. 2 ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji - Dz. U. Nr 24, poz. 151 ze zm.). W tej sytuacji bezprzedmiotowe byłoby zarówno wezwanie beneficjenta przez instytucję, która zawarła umowę o dofinansowanie, do dobrowolnego zwrotu kwoty ustalonej w decyzji o korekcie (art. 207 ust. 8 u.f.p.), jak i wydanie na podstawie art. 207 ust. 9 u.f.p. decyzji zobowiązującej do zwrotu. Za przypisaniem ustaleniu i nałożeniu korekty finansowej formy decyzji administracyjnej nie przemawiają względy aksjologiczne i celowościowe. Takie rozwiązanie nie przyczyni się bowiem do sprawniejszego wykonywania zadań administracji publicznej, wręcz przeciwnie funkcjonowanie w obrocie prawnym decyzji dotyczących korekty i zwrotu spowodowałoby komplikacje procesowe związane ze współistnieniem dwóch decyzji dotyczących w zasadzie tego samego przedmiotu. Nie jest to też niezbędne ze względu na ochronę praw beneficjenta. Ochronę tę beneficjent znajduje bowiem na drodze kwestionowania decyzji o zwrocie, której elementem stanu faktycznego jest dokonana korekta finansowa. Wobec powyższego podkreślić należy, że za poglądem o braku podstaw prawnych do wydania decyzji o korekcie finansowej przemawia brak argumentów o charakterze aksjologicznym, np. sprawnego działania administracji publicznej czy ochrony beneficjenta, jak i skutki w postaci pobawienia treści normatywnej art. 207 ust. 8 i 9 u.f.p., tj. regulacji dotyczącej wezwania do dobrowolnego zwrotu dofinansowania, a także unormowania stanowiącego podstawę prawną do wydania decyzji o zwrocie płatności.

Mając powyższe na uwadze przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy wskazać należy, iż 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 04-06 listopada 2013 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, jak również uznano część wydatków na niekwalifikowalne. 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, które zostało zakończone wydaniem przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego w dniu 08 października 2014 r. decyzji administracyjnej nr WWRPO/41/W/2014 orzekającej od Beneficjenta zwrot środków w wysokości 143 406,80 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. 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.

Tym samym, z przyczyn szczegółowo omówionych powyżej, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut Beneficjenta dotyczący przedczesności wydania zaskarżonej decyzji z uwagi na brak poprzedniego wydania decyzji o ustaleniu korekty finansowej.

Podsumowując, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006, przez które rozumieć należy jakiekolwiek 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. Szkada w budżecie UE określona została na dwa sposoby: jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi oraz szkoda potencjalna, na którą składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Zgodnie z powyższym 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 TSUE 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. W przedmiotowej sprawie Beneficjent wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ z naruszeniem procedur, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty.

TSUE w wyroku z dnia 15 września 2005 r. w sprawie C-199/03 dotyczącej zaskarżonej przez Irlandię decyzji Komisji C(2003) 99 z dnia 27.02.2003 r. podkreślił, iż „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego (...)”. Ponadto TSUE w wyroku z dnia 21.12.2003 r. stwierdził, iż „fundusze strukturalne nie mogą być wykorzystane do finansowania działań podejmowanych z naruszeniem dyrektywy 92/50 (odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi), naruszenie przez beneficjenta subwencji z EFRR, będącego instytucją zamawiającą przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych na usługi w celu wykonania subwencionowanego działania, powoduje nieuzasadniony wydatek, a tym samym szkodę dla budżetu Unii.”

Podobne stanowisko jak sąd międzynarodowy prezentują także polskie sądy administracyjne, w tym m.in. WSA w Olsztynie w wyroku z dnia 25.04.2013 r. (Sygn. akt I SA/OI 150/13), podkreślił iż „(...) do przyjęcia, że doszło do istotnego naruszenia przepisów regulujących realizację dofinansowywanego projektu nie jest zatem konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego, lecz możliwość spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, co wynika z cyt. wyżej art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006. (...)”. Potwierdził to również WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 29.07.2013 r. (Sygn. akt III SA/GI 763/13) orzekając iż w konsekwencji, nie jest wymagane wystąpienie konkretnej szkody finansowej i udowodnienie jej wystąpienia, zaś wystarczającym jest wykazanie naruszenia prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych.

Beneficjent przez ograniczenie równego udziału 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. IZ RPO WZ odniosła się do każdego ze stwierdzonych naruszeń uzasadniając w jaki sposób każde z dokonanych naruszeń mogło wpłynąć na przeprowadzone postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki. Beneficjent nie przestrzegając ww. zasad, przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę. Uchybienie przepisom p.z.p. mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty, gdyby Zamawiający przeprowadził procedurę zgodnie z przepisami p.z.p. Każdy potencjalny oferent, który spełnia warunki postawione przez Zamawiającego ma prawo przystąpić do postępowania. Wykazanie rzeczywistej szkody jest jednak w przedmiotowej sprawie niemożliwe, gdyż naruszenie przez Beneficjenta przepisów p.z.p. polegało na ograniczeniu możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym większej ilości oferentów (którzy mogliby złożyć korzystniejsze oferty niż ta, która została wybrana w postępowaniu), a nie na wybraniu przez Zamawiającego wykonawcy, który zaproponował mniej korzystne warunki niż inni mogliby zaproponować.

Podsumowując Beneficjent swoim zachowaniem spowodował naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, a także przywołaną wcześniej bogatą linię orzecznictwa, wskazać należy, iż naruszenie, którego dopuścił się Beneficjent, prowadzące do naruszenia podstawowych zasad p.z.p., tj. zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców, niewątpliwie wypełnia dyspozycję art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006. Argument Beneficjenta dotyczący tego, iż nałożone na Stronę kary finansowe w postaci korekty z Taryfikatora w żaden sposób nie odzwierciedlają stopnia naruszenia wspólnotowych przepisów prawa przyjętych do polskiego porządku prawnego oraz, że wysokość korekty organ ustalił w oparciu o merytoryczne przesłanki i okoliczności ewentualnego naruszenia, lecz automatycznie wskazując na Taryfikatora są bezpodstawne. IZ RPO WZ obliczając kwotę do zwrotu wzięła pod uwagę wagę i charakter dokonanych przez Beneficjenta nieprawidłowości. Nadto kierując się powyższym część wydatków uznano za niekwalifikowalne, tym samym nie stosując Taryfikatora.

Od decyzji wydanej na podstawie art. 207 ust. 1 u.f.p. nie służy stronie odwołanie, lecz strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do IZ RPO WZ z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Organ rozpatrujący wniosek, jest zobowiązany do przeprowadzenia powtórnego postępowania w celu rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, gdyż do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie z art. 138 § 1 k.p.a. organ odwoławczy wydaje decyzję, w której: utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję, uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy, albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, bądź też umarza postępowanie odwoławcze.

Kierując się powyższym oraz mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie, wyniki czynności kontrolnych, wyjaśnienia Beneficjenta, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylecia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję z dnia 08 października 2014 r. nr WWRPO/41/W/2014 orzekającą zwrot od Beneficjenta części środków, które otrzymał na podstawie umowy nr UDA-RPZP.05.02.01-32-001/09-00 z dnia 31 sierpnia 2010 r. na realizację projektu pn. „Modernizacja infrastruktury kulturalnej Wału Pomorskiego w Mieście Wałczu”.

Pouczenie

Od niniejszej decyzji przysługuje wniesienie skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, ul. Staromłyńska 10 w terminie 30 dni od daty jej doręczenia za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) Gmina Miejska Wałcz
Plac Wolności 1
78-600 Wałcz
- 2) a/a