



Załącznik do uchwały nr 1052/15
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 14 lipca 2015 r.

Gmina Stepnica
ul. Kościuszki 4
72-112 Stepnica

WWRPO.VIII.3162.2.2015.KSz

DECYZJA
Nr WWRPO/29/W/2015

podjęta w dniu 14 lipca 2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

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

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r., poz. 1649 tekst jednolity ze zm), art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 207 ust. 12 a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 tekst jednolity ze zm.), w zw. z art. 138 § 1 pkt. 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U z 2013 r., poz. 267 tekst jednolity ze zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta - Gminy Stepnica z siedzibą przy ul. Kościuszki 4 w Stepnicy - o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/16/W/2015 z dnia 26.03.2015 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 z dnia 28.09.2011 r. na realizację projektu pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie gminy Stepnica” w łącznej kwocie 42 401,25 zł (słownie: czterdzieści dwa tysiące czterysta jeden złotych 25/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych

- uchyla się decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/16/W/2015 z dnia 26.03.2015 r. w całości;
- umarza w całości postępowanie administracyjne w powyższym zakresie.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, zwanej dalej: uzppr (Dz. U. z 2014 r., poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z Beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, 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 o finansach publicznych.

W dniu 28.09.2011 r. Beneficjent - Gmina Stepnica z siedzibą przy ul. Kościuszki 4 w Stepnicy - zawarł z IZ RPO WZ umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 na realizację projektu pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie gminy Stepnica” Oś priorytetowa 3 „Rozwój społeczeństwa informacyjnego” Działanie 3.1. „Infrastruktura społeczeństwa informacyjnego”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-01 z dnia 25.02.2013 r., nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-02 z dnia 12.06.2013 r. oraz nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-03 z dnia 13.08.2014 r.

Zgodnie z zapisami § 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wniosek 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. Z kolei w oparciu o § 5 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 1 umowy o dofinansowanie, 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. Należy także wspomnieć, iż w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent zobligowany był do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: pzp), w zakresie w jakim przepisy te mają zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). W przypadku naruszenia przez Beneficjenta pzp, IZ RPO WZ stosuje korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem”, tj. dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, zwane dalej: MIR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanym dalej: Taryfikatorem), zgodnie z zapisem § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie. Dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” został przyjęty przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego uchwałą nr 1295/10 z dnia 26.07.2010 r., a następnie zaktualizowany uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r., uchwałą nr 205/13 z dnia 13.02.2013 r. i uchwałą nr 1002/14 z dnia 09.06.2014 r. W niniejszej sprawie, z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych, zastosowanie znalazł Taryfikator w brzmieniu nadanym uchwałą nr 1002/14 z dnia 09.06.2014 r.

W dniach 16 - 18.09.2014 r. IZ RPO WZ w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, przeprowadziła kontrolę planową projektu w trakcie, której stwierdziła wystąpienie 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 uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z dnia 31.07.2006 r. ze zm.), zwanego dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006. Należy wskazać, iż poprzez „nieprawidłowość”, której wystąpienie skutkuje nałożeniem korekty finansowej (według art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006), należy rozumieć - stosownie do brzmienia art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 - jakiegokolwiek naruszenie przepisów prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłyby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) w drodze finansowania nieuzasadnionych wydatków z budżetu ogólnego. Zatem do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest łączne wystąpienie trzech elementów przedstawionej definicji. Przy tym warto nadmienić, iż zarówno Komisja Europejska, jak i

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej: TSUE; dawniej: Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich zwany dalej: TSWE) przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego.

Nieprawidłowość stwierdzona w toku czynności kontrolnych przeprowadzonych przez IZ RPO WZ w dniach 16-18.09.2014 r. związana była z naruszeniem przez Beneficjenta w ramach postępowania przetargowego pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy” art. 144 ust. 1 pzp poprzez dokonanie istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy. Jak ustalono Beneficjent w dniu 28.01.2013 r. zawarł z wykonawcą robót budowlanych aneks nr 2 do umowy nr 314/2012 z dnia 23.07.2012 r., wprowadzając w ten sposób dodatkową płatność przejściową. Za naruszenie art. 144 ust. 1 pzp Taryfikator przewiduje wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 2 poz. 26 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy” dot. wartości ostatecznego zakresu świadczenia).

Pismem z dnia 14.11.2014 r. Beneficjent przekazał zastrzeżenia i uwagi co do ustaleń z kontroli planowej. Wskazał, iż dokonana aneksem nr 2 z dnia 28.01.2013 r. zmiana umowy w stosunku do treści oferty stanowi, w jego ocenie, zmianę nieistotną będącą konsekwencją niemożliwych wcześniej do przewidzenia okoliczności opisanych w protokole konieczności nr 2 oraz preambule do ww. aneksu nr 2. Zaistniałe okoliczności stanowiły podstawę do zmiany terminu zakończenia inwestycji. Zmiana terminu zakończenia zadania jest zmianą istotną, której Wykonawca nie mógł przewidzieć przygotowując ofertę do postępowania przetargowego. W konsekwencji oszacował środki finansowe wraz z terminami płatności za materiały w stosunku do terminu realizacji zadania zawartego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) i ogłoszeniu o zamówieniu. Nadto Beneficjent podniósł, iż niewprowadzenie do umowy z Wykonawcą dodatkowej płatności przejściowej spowodowałoby narażenie Wykonawcy na ponoszenie dodatkowych kosztów związanych z karami za nieterminowe płatności za materiały, których nie był w stanie przewidzieć na etapie przygotowywania oferty. Zdaniem Beneficjenta zmiana ta nie prowadziła do preferencji Wykonawcy, któremu udzielono zamówienia w stosunku do innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po analizie powyższych zastrzeżeń i uwag Beneficjenta, IZ RPO WZ podtrzymała ustalenia pokontrolne (pismo z dnia 08.12.2014 r.). Nadto przedmiotowym pismem poinformowała Beneficjenta o zakończeniu czynności kontrolnych w projekcie.

Mając na uwadze ustalenia z kontroli planowej, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Tym samym pismem z dnia 31.12.2014 r. Beneficjent został wezwany do zwrotu środków wykorzystanych niegodnie z procedurami obowiązującymi w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanego dalej: RPO WZ) w łącznej kwocie 42 401,25 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenia zgody na potrącenie powyższej kwoty z płatności końcowej). Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: ufp) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Ponadto IZ RPO WZ pismem z dnia 31.12.2014 r. poinformowała Beneficjenta, iż płatność końcowa w projekcie zostanie pomniejszona o łączną kwotę 65 111,25 zł, na którą składa się kwota w wysokości 65 036,25 zł (korekta finansowa dotycząca wydatków ujętych we wniosku o płatność końcową, dla których nie zostało wypłacone dofinansowanie) i kwota 75,00 zł (dotycząca przekroczenia limitu wydatków kwalifikowalnych na Dokumentację zgodnie z pismem z dnia 11.07.2014 r.).

Następnie dnia 13.01.2015 r. do IZ RPO WZ wpłynęło pismo Beneficjenta, w którym podtrzymał on swoje stanowisko w sprawie wyrażone w piśmie z dnia 14.11.2014 r., poszerzając argumentację w nim zaprezentowaną. Beneficjent dodatkowo wskazał, iż jego stanowisko znajduje potwierdzenie w opinii Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 13.03.2008 r. Wskazał, iż wspomniana opinia zawiera stwierdzenie, że w przypadku jeśli pierwotna umowa ma za przedmiot zamówienie publiczne, to późniejsze zmiany treści umowy uzależniają ponowne przeprowadzenie procedury udzielenia zamówień publicznych od przeanalizowania korzyści z dążenia do jak najbardziej efektywnego kontynuowania wykonania zamówienia. Zamawiający przeprowadził analizę i uznał, iż zmiana umowy jakiej dokonał nie naruszyła zasady uczciwej konkurencji, a pozwoliła na jak najbardziej efektywne zakończenie realizacji zadania. Ponadto w ocenie Beneficjenta, zapisy opinii potwierdzają, iż nie każdą nieznaczną zmianę uzgodnionych postanowień dotyczących wynagrodzenia należy od razu uznać za istotną zmianę umowy. Beneficjent zwrócił także uwagę, iż Rzecznik Generalna stwierdziła, że nie wszystkie zmiany umów w sprawie zamówień publicznych wymagają uprzedniej procedury udzielania zamówień. Tylko istotne zmiany umowy, które faktycznie (konkretnie) mogą zakłócić

konkurencję na danym rynku i uprzywilejować aktualnych kontrahentów instytucji zamawiającej, uzasadniają ponowne przeprowadzenie procedury. Jednakże istotna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego to niekoniecznie to samo co zmiana essentialia negotii umowy. W opinii Gminy Stepnica dokonana aneksem nr 2 zmiana umowy nr 314/2012 z dnia 23.07.2012 r. stanowiła zmianę nieistotną, która była konsekwencją niemożliwych wcześniej do przewidzenia okoliczności opisanych w protokole konieczności nr 2 i preambule do aneksu nr 2. Beneficjent dodał, iż we wprowadzonej ww. aneksem dodatkowej płatności przejściowej nie wprowadzono kwoty stosunkowo dużej do całości zamówienia a jedynie jej 20%, a jak wskazuje Rzecznik Generalna w swej opinii okoliczność czy materialna zmiana wynagrodzeń w odniesieniu do części podlegających wykonaniu zamówienia stanowi istotną zmianę, zależy od znaczenia zmiany danego wynagrodzenia, zarówno w odniesieniu do danej części zamówienia, jak też w relacji do zamówienia publicznego jako całości. Wyjaśniono także, iż działanie Zamawiającego zmierzało jedynie do umożliwienia Wykonawcy, któremu udzielono zamówienia zakończenia zadania bez ponoszenia dodatkowych kosztów, związanych również z wydłużonym czasem gotowości do realizacji zadania, których nie był w stanie ująć w ofercie. Mając na uwadze powyższe, Gmina Stepnica nie wyraziła zgody na zwrot środków w wysokości 42 401,25 zł oraz na potrącenie z płatności końcowej w projekcie kwoty w wysokości 65 111,25 zł, jednocześnie wnosząc o odstąpienie od naliczenia korekty finansowej.

Z uwagi na bezskuteczny upływ terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu środków, z dniem 22.01.2015 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00. Jednocześnie Beneficjent został pouczone o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień, zastrzeżeń w toku prowadzonego postępowania.

Po uprzednim poinformowaniu Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczeniu o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267 tekst jednolity ze zm., zwanego dalej: kpa), IZ RPO WZ dnia 26.03.2015 r. wydała decyzję administracyjną nr WWRPO/16/W/2015 orzekającą zwrot od Beneficjenta środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 na realizację projektu pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie gminy Stepnica” w łącznej kwocie 42 401,25 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych, w terminie 14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu zwrot nastąpi poprzez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych. Beneficjenta pouczone, iż zgodnie z art. 207 ust. 12a pkt 1 upf, od decyzji wydanej na podstawie art. 207 ust. 9 upf nie służy Stronie odwołanie, lecz Strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do IZ RPO WZ z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Beneficjent nie zwrócił środków w ww. terminie, jednakże korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12a pkt 1 upf, pismem z dnia 13.04.2015 r. (wpływ do Kancelarii Ogólnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego dnia 16.04.2015 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/16/W/2015 z dnia 26.03.2015 r. We wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy Beneficjent podtrzymał stanowisko i argumenty przedstawione w pismach z dnia 14.11.2014 r. oraz dnia 12.01.2015 r.

Gmina Stepnica we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy nie zgodziła się ze stwierdzeniem zawartym w zaskarżonej decyzji, iż w analizowanym przypadku doszło do naruszenia art. 144 ust. 1 pzp. Wskazała, iż postępowanie o udzielenie zamówienia zakończyło się wyborem najkorzystniejszej oferty. Umowę z Wykonawcą zawarto na warunkach określonych w ofercie. Na etapie realizacji umowy co prawda wprowadzono zmianę do umowy nr 314/2012 z dnia 23.07.2012 r. aneksem nr 2 z dnia 28.01.2013 r., lecz zmianę tą w ocenie Beneficjenta należy uznać za nieistotną. Jak podkreślił Beneficjent zmiana była konsekwencją niemożliwych wcześniej do przewidzenia okoliczności opisanych w protokole konieczności nr 2 oraz preambule do aneksu nr 2. Zaistniałe okoliczności stanowiły podstawę do zmiany terminu zakończenia inwestycji. Zmiana terminu zakończenia zadania jest zmianą istotną, której Wykonawca nie mógł przewidzieć przygotowując ofertę do postępowania przetargowego. W rezultacie oszacował środki finansowe wraz z terminami płatności za materiały w stosunku do terminu realizacji zadania zawartego w SIWZ i ogłoszeniu. W opinii Beneficjenta niewprowadzenie zmiany do umowy z Wykonawcą stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Spowodowałoby to narażenie Wykonawcy na ponoszenie dodatkowych kosztów związanych z karami za nieterminowe płatności za materiały, których nie był on w stanie przewidzieć na etapie przygotowywania oferty. Ponadto zdaniem Beneficjenta na te same trudności na etapie uzgodnień, natrafiłby każdy inny potencjalny Wykonawca

i postępowanie wobec niego również wiązałoby się z koniecznością wprowadzenia powyższych zmian do umowy. Zdaniem Beneficjenta analizowana zmiana nie miała hipotetycznego wpływu na decyzje Wykonawców o udziale w postępowaniu, tym bardziej, że w umowie brana była pod uwagę 1 płatność częściowa. Strona podkreśliła, iż nie doszło tu również do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia, a jedynie do zmiany częstotliwości dokonania płatności wynagrodzenia z ilości 2 do 3. Ponadto zdaniem Beneficjenta, wprowadzona dodatkowa płatność dotyczyła kwoty stosunkowo niedużej w odniesieniu do całości zamówienia, bo jedynie jego 20%. Wyjaśniono, iż nie dokonano również preferencji Wykonawcy, któremu udzielono zamówienie w stosunku do Wykonawców biorących udział w postępowaniu, a tylko według zasady równego traktowania Wykonawców umożliwiono mu zakończenie zadania bez ponoszenia dodatkowych kosztów, związanych również z wydłużonym czasem gotowości do realizacji zadania, których nie był w stanie ująć w ofercie. Zmiana w przedmiotowej decyzji jest następstwem okoliczności, które wcześniej nie były możliwe do przewidzenia, a nie tylko dobrej woli i preferencji Zamawiającego. Zdaniem Beneficjenta budżet UE również poniósłby rażącą stratę, gdyby Wykonawca przewidując wszystkie okoliczności zmiany terminu realizacji inwestycji, a co za tym idzie dotkliwe dla niego skutki finansowe dotyczące zarówno kar umownych, jak i odsetek lub kar za niezapłacone w terminie faktury za zakupiony towar, wkalkulowałoby to ryzyko w cenę oferty. W związku z powyższym Strona nie zgodziła się z wnioskiem zawartym w decyzji administracyjnej nr WWRPO/16/W2015 z dnia 26.03.2015 r., iż przynajmniej potencjalnie naraziła budżet UE na szkodę, bowiem poniosła wydatki, które przy zachowaniu zasad zapewniających uczciwą konkurencję określonych w pzp mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Beneficjent nie podzielił poglądu, iż nie zachował zasad, o których mowa w pzp i tym samym nie zagwarantował wyłonienia Wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki, w tym najniższą cenę. Beneficjent zarzucił IZ RPO WZ, iż nie jest ona w stanie udowodnić, o ile wydatki z budżetu UE byłyby niższe, a co więcej udowodnić czy w ogóle miałyby miejsce zaistnienie potencjalnej szkody dla przedmiotowego budżetu. W następstwie Beneficjent wniósł o odstąpienie od naliczenia korekty finansowej.

W związku z zawartymi we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zarzutami, IZ RPO WZ ponownie przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.01.00-32-010/11-00 z dnia 28.09.2011 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta) z uwzględnieniem zarzutów podniesionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jak poniżej.

Wskazać należy, iż podpisując umowę o dofinansowanie Beneficjent zobowiązał się na podstawie § 11 ust. 1 umowy do stosowania w stosunku do projektu przepisów pzp. W związku z tym zgodnie z art. 144 ust 1 pzp Beneficjenta obowiązywał zakaz dokonywania istotnych zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Sformułowanie „istotna zmiana”, jako zwrot nieostry scharakteryzowany został dopiero przez doktrynę i orzecznictwo. Zatem za istotną zmianę rozumieć należy taką zmianę, która gdyby była wprowadzona do pierwotnej procedury udzielania zamówienia, spowodowałaby możliwość dopuszczenia innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłaby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. A contrario zmianami nieistotnymi będą takie, które nie wpłynęłyby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też wynik postępowania. Za zmianę nieistotną należy uznać taką, która jest wywołana zewnętrzną przyczyną o charakterze obiektywnym, niepowodującą zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, a także nieprowadzącą do zachwiania pozycji konkurencji wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto wprowadzenie zmiany nieistotnej nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Taka sytuacja może zaistnieć w szczególności, gdy przyczyny zmiany umowy odnosiłaby się do wszystkich innych wykonawców biorących udział w postępowaniu lub potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. okoliczności niezależnych od osoby wykonawcy. Z takim przypadkiem mamy do czynienia, gdy zmiana umowy zostałaby dokonana w stosunku do każdego wykonawcy, z którym zawarto by umowę, w takim samym zakresie i na tych samych zasadach (por. tezy nr 61 – 70 wyroku z dnia 19.06.2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur, TSWE (obecnie: TSUE), dalej: wyrok C-454/06)

W analizowanej sprawie ustalono, iż aneksem nr 1 z dnia 28.12.2012 r. do umowy zawartej z wykonawcą nr 314/2012 z dnia 23.07.2012 r., zmieniono zapis § 3 ust. 2 umowy poprzez zmianę terminu zakończenia robót z dnia 31.12.2012 r. na dzień 31.01.2013 r. Stosownie do treści preambuły

aneksu nr 1 powyższa zmiana umowy spowodowana była faktem, iż w trakcie realizacji przedmiotu umowy nastąpiło przedłużenie procedury przygotowania umowy dzierżawy kanalizacji teletechnicznej TP S.A. oraz udostępnienia infrastruktury przez ENEA Operator, wynikiem czego był brak możliwości rozpoczęcia prac instalacyjnych zgodnie z harmonogramem. Jak wskazano, w trakcie prowadzenia robót wystąpiły niskie temperatury (poniżej - 5°C) oraz zalegający śnieg, co uniemożliwiło prowadzenie prac instalacyjnych kabli światłowodowych, utrudniając dostęp do zamarzniętych studzienek telekomunikacyjnych i pozostałej infrastruktury.

Następnie dnia 28.01.2013 r. zawarto kolejny aneks, zmieniający § 3 ust. 2 umowy poprzez określenie terminu zakończenia robót na dzień 30.04.2013 r. Ponadto zmianie uległ § 5 ust. 2 umowy, który stanowił: „Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy odbędzie się na podstawie faktury przejściowej po zakończeniu prac projektowych i uzyskaniu pozwolenia na budowę oraz zgody TP S.A. i/lub ENEA S.A. na wykonanie infrastruktury oraz faktury końcowej po zakończeniu całości prac. Podstawę do wystawienia faktury stanowiąc będzie protokół odbioru bez uwag, potwierdzony przez Zamawiającego oraz Inspektora Nadzoru”. Zapis po zmianie uzyskał następujące brzmienie: „Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy odbędzie się na podstawie faktury przejściowej po zakończeniu prac projektowych i uzyskaniu pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę oraz zgody TP S.A. i/lub ENEA S.A. na wykonanie infrastruktury, faktury przejściowej w trakcie instalacji sieci światłowodowej oraz faktury końcowej po zakończeniu całości prac. Podstawę do wystawienia faktury stanowiąc będzie protokół odbioru bez uwag, potwierdzony przez Zamawiającego oraz Inspektora Nadzoru”. W preambule aneksu nr 2 wskazano na czynniki wpływające na zmianę harmonogramu prac, wśród których wymieniono m.in. przedłużającą się procedurę przygotowania umowy na udostępnienie infrastruktury przez ENEA Operator, konieczność spełnienia dodatkowych warunków określonych przez ENEA Operator w piśmie z dnia 17.12.2012 r. oraz niekorzystne warunki atmosferyczne. Nadto w preambule aneksu nr 2 wyjaśniono, że: „Z uwagi na zakupione do realizacji powyższego zadania inwestycyjnego niezbędne materiały i zobowiązania płatnicze Wykonawcy wobec dostawców oraz uwzględniając dotychczasowy stopień zaawansowania wykonanych robót, zasadnym jest wprowadzenie do umowy dodatkowej płatności przejściowej w wysokości 20% wartości umownej netto na podstawie wystawionej faktury VAT, zmiana ta stanowi zmianę nieistotną do umowy”. Jak podano, powyższe okoliczności nie były możliwe do przewidzenia w chwili zawierania umowy. Ponadto okoliczności te nie były wywołane przez Strony ani też nie były zawinione i wywołały ten skutek, że nie było możliwe osiągnięcie celu umowy w postaci terminowego wykonania prac objętych umową. Wedle Beneficjenta, zgodnie ze wskazaniem zawartym w preambule aneksu nr 2 z dnia 28.01.2013 r. zmiana umowy nr 314/2012 objęta aneksem, była przewidziana w SIWZ, w związku z czym stanowiła zmianę dopuszczalną w świetle postanowień art. 144 ust. 1 pzp.

Mając na uwadze powyższe, IZ RPO WZ w toku ponownego rozpoznania sprawy uznała, że Beneficjent swoim działaniem nie dopuścił się naruszenia art. 144 ust. 1 pzp. Dokonaną zmianę należy bowiem uznać za nieistotną i niemającą wpływu na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy”. Powyższy wniosek IZ RPO WZ wywiodła z następujących okoliczności.

Dokonanie ww. zmian umowy podyktowane zostało czynnikami niezależnymi od stron umowy. Zmiana terminu realizacji zamówienia spowodowana była problemami w zawarciu umowy dotyczącej udostępnienia infrastruktury przez ENEA Operator, oraz konieczności spełnienia dodatkowych warunków w postaci wykonania niezbędnych obliczeń wytrzymałości słupów. Wprowadzenie natomiast dodatkowej płatności miało wpłynąć jedynie na niepogorszenie sytuacji finansowej Wykonawcy w stosunku do sytuacji, w której zamówienie realizowane byłoby w przewidzianym w SIWZ i ogłoszeniu terminie. Podkreślić należy, iż ww. zmiany dotyczyłyby każdego wykonawcy, któremu zostałyby udzielone przedmiotowe zamówienie. Tak więc przyczyna zmiany umowy aneksem nr 2 z dnia 28.01.2013 r. była obiektywna i niezależna od posiadania lub nie określonych cech przez Wykonawcę. Jednocześnie zmiana umowy pozwoliła na jej należyte wykonanie i nie naraziła ani Wykonawcy ani też Zamawiającego na dodatkowe koszty. Podkreślenie wymaga, że zmiana dotyczyła jedynie dodatkowej płatności, bez zmiany całkowitej wartości zamówienia. Dodatkowa płatność nie spowodowała zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, a co za tym idzie nie została również zachwiana konkurencyjność Wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu na wykonanie zadanie pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy”.

Należy wskazać, iż Beneficjent udzielając zamówienia publicznego dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wprowadzenie natomiast zmiany na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej w żadnym stopniu nie wpływałoby na możliwość złożenia przez jakiegokolwiek innego potencjalnego wykonawcę oferty korzystniejszej. Należy przychylić się do stanowiska Gminy Stepnica,

która słusznie wskazywała, iż w przypadku gdyby zawarła w SIWZ i ogłoszeniu na realizację zadania pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy” wydłużony termin realizacji zamówienia, to potencjalni wykonawcy zmuszeni byłiby do podniesienia ceny oferty. Powyższe związane byłoby z potrzebą zabezpieczenia na dłuższy okres środków osobowych, technicznych i finansowych, co znacząco ograniczyłoby możliwość wykonywania innych zamówień przez wybranego wykonawcę. Co za tym idzie dłuższe związanie Wykonawcy obowiązkami wynikającymi m.in. z § 3 umowy nr 314/2012, tj. rozpoczęciem prac 7 dni od przekazania placu budowy, skutkowałyby ograniczeniem kręgu potencjalnych oferentów, a nie jego rozszerzeniem. Powyższe wymagałoby posiadania większych rezerw finansowych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ograniczenie liczby podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu o realizację zadania pn. „Budowa sieci światłowodowej na terenie Stepnicy”, potencjalnie mogło doprowadzić do tego, iż Zamawiający nie uzyskałby tak korzystnej oferty, tj. na kwotę (...) zł, jaką złożył (...), któremu finalnie udzielono zamówienia. Warto pokreślić, iż w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia została złożona jeszcze jedna oferta przez (...) na kwotę (...) zł., tj. kwotę ponad pięć razy wyższą od oferty, która wygrała.

Należy podkreślić, że w celu zniwelowania negatywnych skutków zmiany terminu realizacji zadania, została do umowy wprowadzona dodatkowa płatność, która dotyczyła niewielkiej części zamówienia, tj. 20% całkowitej wartości umowy. Przy czym, co warto również podnieść, pozostała płatność dotycząca 80% całkowitej wartości umowy miała być zapłacona zgodnie z treścią pierwotnej umowy. Środki uzyskane przez Wykonawcę w ramach dodatkowej płatności przeznaczone były w szczególności na pokrycie zobowiązań pieniężnych, poczynionych na poczet zakup towarów niezbędnych do realizacji zamówienia. Wobec braku możliwości terminowej realizacji zamówienia, a co za tym idzie uzyskania środków z płatności końcowej, Wykonawca narażony był na poniesienie dodatkowych kosztów związanych z karami umownymi, jak i odsetkami lub karami za niezapłacone w terminie faktury za zakupiony towar. Zakup przez wykonawcę materiałów, na które została przekazana dodatkowa płatność, związany był z dążeniem do terminowego wykonania zamówienia, co w efekcie końcowym nie było możliwe do osiągnięcia z przyczyn niezależnych ani od Beneficjenta, ani Wykonawcy. Celem dodatkowej płatności wprowadzonej aneksem nr 2 z dnia 28.01.2013 r. nie była wola lepszego traktowania Wykonawcy, a jedynie niedopuszczenie do sytuacji, w której zostałby on obciążony dodatkowymi kosztami. Tym samym wprowadzenie tej nieistotnej zmiany, w postaci dodatkowej płatności, nie spowodowało pogorszenia stanu ekonomicznego stron umowy nr 314/2012 z dnia 23.07.2012 r.

Po ponownym rozpatrzeniu sprawy, obejmującym całościową analizę materiału dowodowego, w tym w szczególności pism Beneficjenta z dnia 14.11.2014 r., 12.01.2015 r. i 13.04.2015 r., IZ RPO WZ zweryfikowała swoje stanowisko dotyczące wystąpienia nieprawidłowości (w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006) w projekcie pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie gminy Stepnica”. Badając postępowanie Beneficjenta w przedmiocie dokonania zmiany umowy nr 314/2012 aneksem nr 2 z dnia 28.01.2013 r., nie dopatrzyła się naruszenia zakazu zawartego w art. 144 § 1 pzp. Zmiany dokonane w ww. umowie, zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, IZ RPO WZ uznała za nieistotne. Nie wpłynęły one bowiem ani na krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, ani na możliwość dopuszczenia innych ofert niż te, które zostały pierwotnie dopuszczone.

Należy wskazać, iż w myśl art. 207 ust. 12a pkt. 1 upf w przypadku wydania decyzji w pierwszej instancji przez instytucję zarządzającą, beneficjent może zwrócić się do tej instytucji 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 dot. odwołań o decyzji.

W związku z powyższym do niniejszego postępowania zastosowanie będzie miał art. 138 § 1 kpa, który zawiera zamknięty katalog decyzji organu odwoławczego. Zgodnie z art. 138 § 1 kpa organ odwoławczy wydaje decyzję, w której:

- 1) utrzymuje mocy zaskarżoną decyzję albo
- 2) uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty spraw albo uchylając decyzję – umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, albo
- 3) umarza postępowanie odwoławcze.

Powyższe uregulowanie oznacza, że organ nie jest uprawniony do wydania decyzji o sentencji innej niż wymienione w komentowanym przepisie. Organ odwoławczy rozpatruje sprawę ponownie merytorycznie w jej całości. W związku z powyższym IZ RPO WZ na wniosek Beneficjenta z dnia 13.04.2015 r. ponownie przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie.

Ponadto stosowanie do treści art. 7 kpa, wyrażającego zasadę prawdy obiektywnej, organ administracji publicznej ma obowiązek wyczerpującego zbadania wszystkich okoliczności faktycznych związanych z określoną sprawą. Ustalenie stanu faktycznego sprawy jest niezbędnym elementem prawidłowego stosowania norm prawa materialnego i winno korespondować z materiałem dowodowym zgromadzonym w toku postępowania i wynikami jego analiz. Stosowanie bowiem do art. 77 § 1 kpa organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć materiał dowodowy. IZ RPO WZ kierując się m.in. ww. zasadami wynikającymi z kpa, przeprowadziła postępowanie administracyjne, które zostało zakończone niniejszą decyzją administracyjną. Wskazać należy, iż skoro przedmiotem postępowania było ponowne rozpatrzenie sprawy dotyczącej określenia kwoty wymaganej do zwrotu, z uwagi na stwierdzone wobec Beneficjenta nieprawidłowości, to wobec powyższych ustaleń IZ RPO WZ, tj. stwierdzenia braku naruszenia przez Gminę Stepnica art. 144 § 1 pzp, zasadnym jest stwierdzenie braku przedmiotu postępowania.

Mając na uwadze całości dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, dokumentację z czynności kontrolnych oraz wyjaśnienia Beneficjenta wskazane m.in. w piśmie z dnia 12.01.2015 r. i 13.04.2015 r., IZ RPO WZ odstępuje od stwierdzenia nieprawidłowości w projekcie pn. „Budowa infrastruktury społeczeństwa informacyjnego na terenie Gminy Stepnica”. W związku z tym w oparciu o art. 138 § 1 pkt 2 kpa uchyla decyzję WWRPO/16/W/2015 z 26.03.2015 r., jednocześnie wobec stwierdzenia bezprzedmiotowości postępowania umarza je w całości.

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

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