

**UCHWAŁA NR 1218 /16**

**ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO**

**Z DNIA 24.02.2016 r.**

**W SPRAWIE:** zwrotu przez Gminę .....z siedzibą .....części dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013 na podstawie Umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../09-00 oraz odsetek z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki przekazanej na podstawie Umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-00 o dofinansowanie Projektu nr WND-RPSW.04.01.00-26-..../09.

**NA PODSTAWIE:**

Na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9, art. 189 ust. 3 i 3b oraz art. 67 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.), art. 104 i art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23), art. 25 pkt 1 i art. 26 ust.1 pkt 15 i pkt 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014, poz. 1649, z późn. zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust.2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r. poz. 1392 z późn. zm.), § 134, 135 i 140 ust. 7 Statutu Województwa Świętokrzyskiego (Uchwała nr XXXIII/554/09 Sejmiku Województwa Świętokrzyskiego z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Statutu Województwa Świętokrzyskiego), uchwala się, co następuje:

**§ 1**

Podejmuje się decyzję o zwrocie przez Gminę .....z siedzibą ..... części dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013 na podstawie Umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-00 oraz odsetek z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki przekazanej na podstawie Umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-00 o dofinansowanie Projektu nr WND-RPSW.04.01.00-26-...../09.

**§ 2**

Uchwała wchodzi w życie z dniem jej podjęcia.

**WICEMARSZAŁEK**

**WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO**

**JAN MAĆKOWIAK**

**Załącznik Nr 1 do uchwały Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr 1218/16 z dnia 24.02.2016 r.**

EFRR.V-433-RPO-4.1-18-2016-BB

Kielce, dnia 24.02.2016 r.

## **DECYZJA**

Nr RPSW.IZ.UMWSW.04.01.00-26-...../09-2016/03

podjęta przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego w składzie:

- Jan Maćkowiak - Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- Marek Szczepanik- Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego
- Agata Binkowska - Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

Na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9, art. 189 ust. 3 i 3b oraz art. 67 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.), art. 104 i art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23), art. 25 pkt 1 i art. 26 ust.1 pkt 15 i pkt 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014, poz. 1649, z późn. zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust.2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r. poz. 1392 z późn. zm.), § 134, 135 i 140 ust. 7 Statutu Województwa Świętokrzyskiego (Uchwała nr XXXIII/554/09 Sejmiku Województwa Świętokrzyskiego z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Statutu Województwa Świętokrzyskiego),

w sprawie: zwrotu przez Gminę .....z siedzibą....., części dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013 na podstawie Umowy o dofinansowanie nr .....oraz odsetek z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki przekazanej na podstawie ww. Umowy.

**Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013 orzeka:**

- 1) Określa Gminie .....z siedzibą .....przypadającą do zwrotu kwotę środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (zwanym dalej „EFRR”) w wysokości **174 596,54 zł (słownie: sto siedemdziesiąt cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych 54/100)** z tytułu zwrotu części dofinansowania przekazanego na podstawie Umowy nr .....o dofinansowanie Projektu nr .....wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych,
- 2) Określa .....z siedzibą .....przypadającą do zwrotu kwotę odsetek w wysokości **10 706,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy siedemset sześć złotych 00/100)** z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki przekazanej na podstawie Umowy nr .....o dofinansowanie Projektu nr....., liczone od kwoty zaliczki w wysokości 2 326 068,58 zł od dnia przekazania zaliczki do dnia wpłynięcia wniosku o płatność rozliczającego powyższą płatność zaliczkową (tj. 05.02.2015r. do dnia 25.02.2015r.)
- 3) Ustala, iż odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych nalicza się:
  - a) co do kwoty przekazanej z EFRR w wysokości **4 470,00 zł (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt złotych 00/100)**, od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. od dnia 09.12.2011r., aż do dnia całkowitej zapłaty należności głównej (w okresie odsetkowym należy uwzględnić zarówno dzień przekazania jak i dzień obciążenia rachunku bankowego Beneficjenta) na wskazany w uzasadnieniu decyzji rachunek bankowy,
  - b) co do kwoty przekazanej z EFRR w wysokości **112 195,12 zł (słownie: sto dwanaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt pięć złotych 12/100)**, od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. od dnia 17.06.2014r., aż do dnia całkowitej zapłaty należności głównej (w okresie odsetkowym należy uwzględnić zarówno dzień przekazania jak i dzień obciążenia rachunku bankowego Beneficjenta) na wskazany w uzasadnieniu decyzji rachunek bankowy,

- c) co do kwoty przekazanej z EFRR w wysokości **57 931,42 zł (słownie: pięćdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset trzydzieści jeden złotych 42/100)**, od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. od dnia 05.02.2015r., aż do dnia całkowitej zapłaty należności głównej (w okresie odsetkowym należy uwzględnić zarówno dzień przekazania jak i dzień obciążenia rachunku bankowego Beneficjenta) na wskazany w uzasadnieniu decyzji rachunek bankowy,
- 4) Nakazuje Gminie.....z siedzibą .....dokonania wpłaty należności o których mowa w pkt 1 decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, o których mowa w pkt 3 decyzji oraz wpłaty należności o których mowa w pkt 2 decyzji w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, wskazany w uzasadnieniu decyzji.

## UZASADNIENIE

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013, zwana dalej „Instytucją Zarządzającą”, ogłosił w dniu 09.05.2009r. dwuetapowy konkurs zamknięty nr 3/09 w ramach Działania 4.1 pn. „*Rozwój regionalnej infrastruktury ochrony środowiska i energetycznej*” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013. Nabór wniosków o dofinansowanie ustalono na okres od 11.05.2009r. do 22.06.2009r.

Szczegółowe wymogi i kryteria ubiegania się o dofinansowanie realizacji składanych wniosków o dofinansowanie w ramach ogłoszonego przez Instytucję Zarządzającą konkursu zawierał dokument pn. „*Regulamin dwuetapowego konkursu zamkniętego nr 3/09 w ramach Działania: 4.1 "Rozwój regionalnej infrastruktury ochrony środowiska i energetycznej" Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013*”, będący załącznikiem do Uchwały Nr 1702/09 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 08.05.2009r. Stanowił on uszczegółowienie informacji zawartych w ww. ogłoszeniu konkursowym, które to było załącznikiem do niniejszego regulaminu. Przed sporządzeniem wniosku o dofinansowanie każdy wnioskodawca był zobowiązany do zapoznania się z załączonymi dokumentami do powyższego Regulaminu, zamieszczonymi na stronie internetowej [www.rpo-swietokrzyskie.pl](http://www.rpo-swietokrzyskie.pl), w skład których wchodziły m.in.:

- „Wzór wniosku o dofinansowanie realizacji projektu w ramach osi priorytetowych II, III, IV, V, VI Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007 – 2013”,

- - „Instrukcja wypełniania Wniosku o dofinansowanie w ramach osi priorytetowych II, III, IV, V, VI Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007 – 2013”,

- Podręcznik Kwalifikowalności wydatków objętych dofinansowaniem w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego 2007-2013,
- Szczegółowy opis osi priorytetowych Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2009-2013,
- „Instrukcja wypełniania załączników w ramach osi priorytetowych II, III, IV, V, VI Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007 – 2013”
- „Wzór Umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007 – 2013”.

W przedmiotowym podręczniku w Części I. Zasady Ogólne, 1. Zasady kwalifikowania projektu, ppkt 1.1. wskazano, iż *„Projekt jest kwalifikowany i możliwym jest uzyskanie refundacji części zaplanowanych wydatków, jeżeli spełnia następujące warunki ogólne”*: m.in.: - *„zaplanowane wydatki zostaną poniesione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wspólnotowego oraz prawa krajowego np.: - wydatek poniesiony przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być dokonany zgodnie z tą ustawą”*. W dalszej części Podręcznika kwalifikowalności wskazano, iż by uznać wydatek za poniesiony *„Wydatki muszą być poniesione i udokumentowane zgodnie z obowiązującym prawem polskim oraz prawem wspólnotowym. W zależności od typu beneficjenta powinna zostać zachowana zasada zgodności poniesionych wydatków z przepisami obowiązującymi w obszarach: zamówień publicznych, ochrony środowiska, pomocy publicznej oraz rachunkowości.”*

Ponadto, w kolejnym zamieszczonym na ww. stronie internetowej dokumencie stanowiącym wzór umowy o dofinansowanie Projektu w § 4 ust. 2 określono obowiązek Beneficjenta polegający na jego zobowiązaniu *„do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku (...)”*.

W § 2 ust. 1 wzoru Umowy o dofinansowanie określono zasady i warunki na jakich będzie dokonywane dofinansowanie wydatków ponoszonych przez Beneficjenta na realizację projektu. Z kolei, zasady korzystania z płatności środków dofinansowania w formie zaliczek określono w § 6 wzoru umowy o dofinansowanie. W § 1 ust. 22 wskazano, iż *przez zaliczkę należy rozumieć określoną część kwoty dofinansowania przyznanego w niniejszej umowie, przekazaną Beneficjentowi na podstawie wniosku o płatność przez Instytucję zarządzającą RPOWŚ na lata 2007-2013 w jednej lub w kilku transzach przed dokonaniem wydatków na realizację Projektu, rozliczaną we wniosku o płatność, przy czym pierwsza płatność zaliczkowa jest dokonywana bez potrzeby składania wniosku o płatność. Ustalenia kwoty płatności zaliczkowych i terminów płatności dokonuje Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 w oparciu o pismo Beneficjenta w tej sprawie, złożone do Departamentu Funduszy Strukturalnych Urzędu Marszałkowskiego w Kielcach, po uwzględnieniu dostępności środków, specyfiki realizowanego projektu. Zaliczka może być przekazana na wskazany w piśmie Beneficjenta wyodrębniony rachunek bankowy przeznaczony wyłącznie do obsługi projektu/zaliczki, a przeznaczenie tych środków na inny cel będzie traktowane jako wykorzystanie środków niezgodnie z przeznaczeniem, o którym mowa w art. 211 ust. 1 pkt. 1 ustawy o finansach publicznych. Pierwsza płatność zaliczkowa wymaga wprowadzenia jej do umowy o dofinansowanie projektu w §5 ust. 1. W umowie o dofinansowanie w § 1 ust. 20*

wskazano, iż poprzez „rozliczenie płatności zaliczkowej” rozumie się rozliczenie udokumentowanej we wniosku o płatność części lub całości kwoty dofinansowania w formie zaliczki przyznanego w niniejszej Umowie, przekazanej Beneficjentowi przed dokonaniem wydatków na realizację Projektu”.

W dalszej części wzoru umowy wskazano, iż „jeżeli zostanie stwierdzone, że Beneficjent wykorzystał całość lub część dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem, bez zachowania obowiązujących przepisów prawa, lub pobrał całość lub część dofinansowania w sposób nienależny lub w nadmiernej wysokości, Beneficjent zobowiązuje się do zwrotu tych środków, odpowiednio w całości lub w części, wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków w terminie i na rachunek wskazany przez Instytucję Zarządzającą RPOWŚ na lata 2007-2013” (§ 6 ust. 1 wzoru umowy), a w przypadku, gdy te środki, podlegające zwrotowi nie zostałyby w odpowiednim terminie zwrócone przez Beneficjenta to Zarząd Województwa Świętokrzyskiego wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin od którego nalicza się odsetki (§ 6 ust. 5 wzoru umowy).

Ponadto, w § 9 ust. 1 i ust. 10 wzoru umowy wskazano, iż „Beneficjent zobowiązuje się do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w zakresie, w jakim ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) ma zastosowanie do Beneficjenta i Projektu” w przypadku innych naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych Instytucja Zarządzająca może wymierzyć Beneficjentowi korekty finansowe zgodnie z Taryfikatorem, który stanowi załącznik do opracowania Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE. WW. dokument jest zamieszczony na stronie internetowej [www.rpo-swietokrzyskie.pl](http://www.rpo-swietokrzyskie.pl).

Do przedmiotowego konkursu zamkniętego nr 3/09 przystąpiła Gmina ..... z siedzibą....., .....zwana dalej „Beneficjentem”, „Zamawiającym” lub „Stroną”, składając w dniu 22.06.2009r. wniosek o dofinansowanie projektu pn.: „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....”

Instytucja Zarządzająca w dniu 22 czerwca 2009r. zakończyła nabór wniosków do ww. konkursu. W wyniku przeprowadzonej oceny formalnej, a następnie merytorycznej, przedmiotowy projekt na podstawie uchwały Nr 2163/09 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 4 września 2009r. został wstępnie zakwalifikowany do wsparcia w ramach Działania 4.1 i znalazł się na dziewiątym miejscu listy rankingowej uzyskując 68 punktów. Następnie, w dniu 10 listopada 2010 r. Uchwałą Nr 2968/10 Instytucja Zarządzająca zaktualizowała listę projektów wybranych wstępnie do dofinansowania i zakwalifikowała projekt Gminy..... na listę podstawową.

Przedmiotem projektu była przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....

W wyniku pozytywnej oceny ww. wniosku o dofinansowanie Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca w dniu 03.08.2011r. zawarła z .....jako Beneficjentem tego programu umowę nr .....o dofinansowanie projektu pn.: „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....”  
Podpisując ww. Umowę o dofinansowanie wskazano Beneficjentowi, iż w przypadku

stwierdzenia przez Instytucję Zarządzającą, że w trakcie realizacji Projektu zostały naruszone przepisy prawa zamówień publicznych, do wymierzenia korekt finansowych zastosowanie znajdzie Taryfikator (vide § 10 ust. 4). Jednocześnie zgodnie z treścią § 1 ust. 15 Umowy o dofinansowanie, Beneficjent został zobowiązany do zapoznania się z warunkami kwalifikowalności wydatków, określonymi w dokumencie pn. „Podręcznik kwalifikowalności wydatków objętych dofinansowaniem w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007 – 2013”, zwanym dalej „Podręcznikiem kwalifikowalności wydatków”.

W związku ze zmianą wzoru umowy o dofinansowanie projektu Beneficjent został również zobowiązany do stosowania się do zasad rozliczania płatności zaliczkowych, określonych w § 6 ust 1 umowy, który otrzymał brzmienie: *„Beneficjent jest zobowiązany do wydatkowania zaliczki i rozliczenia zaliczki w formie wniosku o płatność w terminie 20 dni kalendarzowych od dnia przekazania zaliczki z rachunku bankowego właściwego dla płatności zaliczkowej. Niewykorzystana kwota zaliczki w części wyższej niż 10% przekazanej transzy zaliczki podlega zwrotowi na rachunek bankowy, z którego została przekazana w terminie 20 dni kalendarzowych od dnia przekazania. Nie spełnienie powyższych obowiązków skutkuje wstrzymaniem następnej płatności w formie zaliczki, a także obowiązkiem zapłaty odsetek od niewykorzystanej i nie zwróconej zaliczki w części przekraczającej 10% otrzymanej transzy zaliczki, w wyznaczonym terminie 20 dni od dnia jej przekazania, liczonych jak dla zaległości podatkowych. Termin 20 dni kalendarzowych od dnia przekazania, zaliczki jest liczony łącznie z dniem obciążenia rachunku Instytucji Zarządzającej lub Ministra Finansów przekazaną kwotą. Jako datę złożenia wniosku o płatność przyjmuje się dzień wpływu wniosku do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego. Odsetki od nierozliczonej w terminie zaliczki Beneficjent przekazuje na rachunek bankowy, z którego otrzymał zaliczkę. W przypadku płatności końcowej cała kwota otrzymanej zaliczki powinna być rozliczona wnioskiem o płatność złożonym w terminie 20 dni od dnia przekazania zaliczki, a część nierozliczona powinna być zwrócona w tym terminie na rachunek bankowy, z którego została przekazana, pod rygorem sankcji odsetkowych”*.

Następnie w trakcie realizacji Projektu oraz z uwagi na Aneks nr UDA-RPSW.04.01.00-26-.../09-01 z dnia 17.05.2013r. § 6 ust. 1 otrzymał brzmienie: *„Beneficjent jest zobowiązany do wydatkowania i rozliczenia zaliczki w części nie mniejszej niż 90% przekazanej kwoty, w formie złożonego do Instytucji Zarządzającej RPOWŚ na lata 2007-2013 wniosku o płatność w terminie 20 dni kalendarzowych od dnia przekazania zaliczki z rachunku bankowego właściwego dla płatności zaliczkowej. Niewykorzystana kwota zaliczki w części wyższej niż 10% przekazanej transzy zaliczki podlega zwrotowi na rachunek bankowy, z którego została przekazana w terminie 20 dni kalendarzowych od dnia przekazania. Nie spełnienie powyższych obowiązków skutkuje wstrzymaniem następnej płatności w formie zaliczki, a także obowiązkiem zapłaty odsetek od niewykorzystanej i nie zwróconej zaliczki w części przekraczającej 10% otrzymanej transzy zaliczki, w wyznaczonym terminie 20 dni kalendarzowych od dnia przekazania, liczonych jak dla zaległości podatkowych. Jeśli Beneficjent dokona wydatkowania zaliczki w wysokości co najmniej 90% przekazanej zaliczki lecz nie złoży w wyznaczonym terminie wniosku rozliczającego zaliczkę jest zobowiązany do zapłaty odsetek od kwoty 90 % przekazanej zaliczki od dnia przekazania zaliczki do dnia*

*złożenia wniosku o płatność rozliczającego zaliczkę. Natomiast, w przypadku kiedy Beneficjent złoży w wyznaczonym terminie wniosek rozliczający zaliczkę lecz nie dokona wydatkowania zaliczki w wysokości co najmniej 90% otrzymanej zaliczki i nie dokona w tym terminie zwrotu części zaliczki w brakującej wysokości do 90% jest zobowiązany zapłacić od niewydatkowanej i nie zwróconej w terminie kwoty zaliczki w ramach części 90% otrzymanej zaliczki od dnia przekazania zaliczki do dnia dokonania zwrotu tej kwoty. Termin 20 dni kalendarzowych od dnia przekazania zaliczki jest liczony łącznie z dniem obciążenia rachunku Instytucji Zarządzającej lub Ministra Finansów przekazaną kwotą. Jako datę złożenia wniosku o płatność przyjmuje się dzień wpływu wniosku do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego. Jeśli Beneficjent nie dotrzyma wyznaczonego terminu złożenia wniosku o płatność rozliczającego zaliczkę i nie dokona wydatkowania zaliczki w wysokości co najmniej 90% otrzymanej zaliczki oraz nie dokona w tym terminie zwrotu niewydatkowanej części zaliczki w brakującej wysokości do 90% zobowiązany jest uregulować odsetki od rozliczonej wnioskiem o płatność kwoty zaliczki za okres od dnia przekazania zaliczki, do dnia złożenia wniosku o płatność rozliczającego zaliczkę, a także zapłacić odsetki od dnia przekazania zaliczki do dnia jej zwrotu wyliczone od niewydatkowanej i nie zwróconej w wyznaczonym terminie części zaliczki brakującej do 90% przekazanej kwoty po uwzględnieniu rozliczonej kwoty. W przypadku płatności końcowej cała kwota otrzymanej zaliczki powinna być rozliczona wnioskiem o płatność w terminie 20 dni od dnia przekazania zaliczki, a część nierozliczona powinna być zwrócona w terminie na rachunek bankowy, z którego została przekazana, pod rygorem sankcji odsetkowych”.*

Obowiązek zapłaty odsetek od nieterminowo rozliczonej zaliczki wynika z art. 189 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.).

W oparciu o zawartą umowę o dofinansowanie oraz składane wnioski o płatność rozliczające poniesione wydatki w ramach projektu, od dnia 09.12.2011 do 05.02.2015r. Instytucja Zarządzająca przekazała Beneficjentowi łączną kwotę dofinansowania w wysokości 3 600 808,83 zł. Jednocześnie z uwagi na niekwalifikowalność VAT w dniu 29.05.2013r. Beneficjent dokonał zwrotu niezależnie pobranego dofinansowania w kwocie 20 327,99 zł wraz z należnymi odsetkami w kwocie 4 074,00 zł.

Instytucja Zarządzająca w oparciu o postanowienia § 12 Umowy nr .....z dnia 03.08.2011r. o dofinansowanie Projektu pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” oraz na podstawie art. 26 ust. 1 pkt. 14 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju w dniach od 09.04.2015r. do 10.04.2015 r. przeprowadziła w siedzibie Beneficjenta kontrolę końcową niniejszego Projektu.

W wyniku w/w kontroli sporządzono w dniu 29.04.2015r. Informację Pokontrolną nr 15/IV/RPO/2015 (pismo znak: EFRR-VII.433.IV.15.2.2015.WF), w której stwierdzono nieprawidłowości związane z realizacją przedmiotowego projektu. Z punktu widzenia decyzji określającej kwotę dotacji przypadającą do zwrotu istotne są następujące naruszenia stwierdzone przez Instytucję Zarządzającą:



1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego znak: BOŚ.271.1.2013 dotyczące wyboru Wykonawcy dla zadania pn. ....które zostało wszczęte w dniu 16.01.2013r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na tablicy ogłoszeń Zamawiającego, na stronie internetowej Zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem BZP 9313-2013. W trakcie trwania postępowania przetargowego wpływały do Zamawiającego pytania od uczestników postępowania, czy Zamawiający dopuszcza możliwość wystawienia płatności częściej niż raz w roku na podstawie częściowych protokołów i faktur. Odpowiadając na powyższe pytania Zamawiający wskazał, iż nie ma możliwości zmiany terminu zakończenia realizacji zadania i nie dopuszczał płatności częściowych innych niż wskazane w projekcie umowy. Termin zakończenia robót budowlanych do ww. zadania został przewidziany w ogłoszeniu do 30.09.2014 roku. Efektem rozstrzygnięcia postępowania było podpisanie w dniu 14.03.2013 r., pomiędzy Gminą....., a konsorcjum wykonawców:....., umowy nr 1/R/BOŚ/2013 na realizację przedmiotowego zadania. W ww. Umowie termin zakończenia robót budowlanych został przewidziany do 30.09.2014r. w ramach, którego należy wykonać cały zakres robót objętych przedmiotem zamówienia oraz uzyskanie w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie, tak aby w pełni służył celowi. Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zobowiązał się do zapłaty należności Wykonawcy na podstawie wystawionych dwóch faktur:

- pierwsza płatność miała być dokonana w 2013 roku - płacona w częściach po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót na kwotę nie większą niż 100 000,00 zł,
- druga płatność miała zostać dokonana w 2014 roku jako płatność końcowa, tj. po zakończeniu całego zakresu rzeczowego robót.

W wyniku weryfikacji przedmiotowego zamówienia Instytucja Zarządzająca uznała iż doszło do naruszenia art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013r., poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013 r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, dokonującego zmiany umowy w § 2 pkt.1, tj. został zmieniony termin zakończenia robót z dnia 30.09.2014 r. na dzień 31.01.2015 r. Zostały również dokonane zmiany w ww. umowie z Wykonawcą w § 10 pkt. 2. tj. zostały zmienione terminy płatności oraz wysokość wypłaconych kwot. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązał się do zapłaty należności na podstawie dwóch faktur:

- pierwsza płatność w 2013 roku - częściowa po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót na kwotę nie większą niż 100 000,00 zł została zmieniona na: *pierwsza płatność w 2014 roku - częściowa po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót na kwotę nie większą niż 2 300 000,00 zł,*
- druga płatność w 2014 roku – końcowa po zakończeniu zakresu rzeczowego robót została zmieniona na: *druga płatność w 2015 roku – końcowa po zakończeniu całego zakresu rzeczowego robót.*

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego znak: BOŚ 2214-141/07, które zostało wszczęte w dniu 31.10.2007 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia

o zamówieniu w BZP pod numerem 209506 – 2007 i dotyczyło wyboru Wykonawcy „projektu budowlano – wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w.....”. Efektem rozstrzygnięcia postępowania było podpisanie w dniu 03.01.2008 r., pomiędzy....., a firmą....., umowy nr 1/BOŚ/08 na wykonanie przedmiotowego zamówienia. Termin realizacji ww. zamówienia został ustalony na dzień 30.06.2009r. W wyniku weryfikacji przedmiotowego zamówienia Instytucja Zarządzająca stwierdziła naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie (Rozdział 9 *Informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczać Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*, pkt 6 SIWZ) by Wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty.

Według Instytucji Zarządzającej zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający mógł żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zespół Kontrolny Instytucji Zarządzającej przygotował Informację Pokontrolną Nr 15/IV/RPO/2015 z dnia 29.04.2015r. i pismem znak: EFRR-VII.433.IV.15.2.2015.WF z dnia 29.04.2015r. przekazał ją Beneficjentowi.

W dniu 15.05.2015 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynęło pismo Beneficjenta znak: BOŚ 041.12.2012 z dnia 15.05.2015 r., w którym Strona nie zgodziła się z ustaleniami Instytucji Zarządzającej oraz odmówiła podpisania Informacji Pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015. Powyższą decyzję uzasadniła tym, iż zastrzeżenia, uchybienia i nieprawidłowości wskazane przez Instytucję Zarządzającą i opisane powyżej Strona uważa za niezasadne i nie mające poparcia w stanie faktycznym.

W odniesieniu do naruszenia przepisów ustawy PZP w ramach Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: BOŚ.271.1.2013 dotyczącego wyboru Wykonawcy dla zadania pn. „.....” które zostało wszczęte w dniu 16.01.2013r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na tablicy ogłoszeń Zamawiającego, na stronie internetowej Zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem BZP 9313-2013 Beneficjent informuje, iż nie naruszył art. 144 ustawy PZP poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013 r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, ponieważ jak twierdzi dokonał zmiany umowy na podstawie przewidzianych w SIWZ zapisów w rozdziale XVI tj. *Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach*, gdzie w pkt. 1 SIWZ: *Dopuszcza się możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia w przypadku wstrzymania robót lub przerw w pracach powstałych z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub osób trzecich.*

Na podstawie powyższego zapisu Beneficjent w § 3 pkt. 1 umowy dokonał przedłużenia terminu zakończenia robót budowlanych do 31.01.2015 roku. Konsekwencją przesunięcia terminu zakończenia robót była również zmiana w § 10 pkt. 2 umowy w zakresie terminu płatności faktur. Beneficjent wyjaśnia w piśmie, iż nie mógł wcześniej dokonać płatności ponieważ wykonawca nie wykonał całego przedmiotu zamówienia oraz nie uzyskał w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie. W związku z powyższym pierwsza płatność częściowa została dokonana po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót oraz druga końcowa po zakończeniu całego zakresu rzeczowego. Wstrzymanie robót budowlanych na okres 4 m-cy (tj. od października 2013 roku do stycznia 2014 roku) wynikało z przyczyn leżących po stronie Beneficjenta, których jak twierdzi nie można było przewidzieć w momencie zawierania umowy. Nowe okoliczności dotyczyły montażu finansowego projektu w zakresie wysokości środków własnych z pożyczki z WFOS I GW w Kielcach. Beneficjent wyjaśnia, iż montaż finansowy przedmiotowego projektu opierał się na częściowym finansowaniu z pożyczki środków własnych w wysokości 2 290 000,00 zł aby zachować płynność finansową dla zadania realizowanego z udziałem środków europejskich. W dniu 25 września 2013 roku Zamawiający uzyskał informacje, iż dla umów zawartych w 2014 roku zmieniają się zasady udzielania pożyczek, w tym zmniejszenie oprocentowania o 1% w stosunku do 2013 roku.

Według Beneficjenta zmiana oprocentowania miała istotne znaczenie dla wysokości kosztów obsługi pożyczki, a w konsekwencji na zmianę kosztów całkowitych realizacji całego projektu. Istotny wpływ na powyższą decyzję miała również, jak twierdzi Strona niemożliwa do przewidzenia w momencie zawierania umowy realizacja dochodów własnych w I półroczu 2013 roku, która wskazywała na brak możliwości pokrycia zobowiązań wynikających z bieżącej działalności Gminy jak również inwestycji będących w tym okresie w realizacji. W związku z powyższym Beneficjent uważa, iż zasadne było podpisanie umowy pożyczki w roku 2014 na oprocentowanie 3%, a tym samym sporządzenie Aneksu Nr 2/BOŚ/2013 do umowy z wykonawcą robót budowlanych w zakresie terminu zakończenia robót budowlanych oraz przyszłych płatności.

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: BOŚ 2214-141/07 dotyczącego wyboru Wykonawcy „projektu-budowlano-wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w .....” zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 209506 – 2007, Zamawiający wyjaśnia, iż w Rozdziale 9 SIWZ tj.: „*Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu*” wymagał jedynie złożenia w ofercie Dokumentów/Oświadczeń, Zaświadczeń, Informacji. Natomiast oświadczenie Wykonawcy, które zostało zapisane w pkt. 6 w/w Rozdziału SIWZ tj. „*że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty*” dotyczyło jedynie złożenia informacji, a nie żądania oświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W dalszej części pisma Beneficjent wyjaśnia, iż na potwierdzenie warunków zażądał jedynie dokumentów, których podstawą sformułowania był przedmiot zamówienia, nie wskazała ani też nie zażądała obejrzenia oczyszczalni ścieków terenu w celu potwierdzenia któregoś z warunków. Ponadto, Beneficjent w Rozdziale 8 SIWZ który

informuje o przyczynach wykluczenia Wykonawcy przez Zamawiającego nie wskazał, iż czynnikiem wykluczenia z przedmiotowego przetargu mógł być brak oświadczenia, że Wykonawca obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty. Żądanie Zamawiającego aby Wykonawca złożył informację w formie Oświadczenia było jedynie zwróceniem uwagi wszystkim wykonawcom na specyficzny charakter przedmiotu zamówienia. Kolejnym argumentem, na który Strona zwróciła uwagę jest fakt, iż oczyszczalnia ścieków, która obsługuje ponad 1420 gospodarstw domowych musi pracować bez zarzutu przez cały okres realizacji projektu, jak również uzyskiwać dobre wskaźniki oczyszczania ścieków. Wobec powyższego, według Beneficjenta zasadne było wprowadzenie takiego zapisu, aby wykonawca uzyskał niezbędne informacje do wykonania przedmiotu zamówienia ze względu na bezpieczeństwo jak również prawo z zakresu ochrony środowiska, które jest bardzo restrykcyjne i rygorystyczne w tym zakresie.

W odpowiedzi na pismo Beneficjenta znak: BOŚ 041.12.2012 r. z dnia 15.05.2015 r. w sprawie wyjaśnień do Informacji Pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015, Instytucja Zarządzająca RPOWŚ nie podzieliła argumentów Beneficjenta podtrzymując swoje stanowisko zawarte w Informacji Pokontrolnej. Instytucja Zarządzająca w odpowiedzi na ww. pismo stwierdza w piśmie znak: EFRR-VII.433.IV.15.3.2015.WF z dnia 28.05.2015r., iż Beneficjent w postępowaniu oznaczonym nr BOŚ 2214-141/07 wszczętym w dniu 31.10.2007r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 209506- 2007 i dotyczącym wyboru Wykonawcy „projektu budowlano – wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w .....naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy PZP poprzez żądanie (Rozdział 9 *Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczać Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*, pkt 6 SIWZ) by Wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty.

W powyżej wskazanym piśmie skierowanym do Beneficjenta Instytucja Zarządzająca wyjaśnia, iż dokument ten nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, a żądanie go stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy PZP. Zdaniem Instytucji Zarządzającej postawienie takiego obowiązku po stronie Wykonawców konkretnym zapisem w SIWZ może zostać zakwalifikowane jako działanie naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Beneficjent sam dokonał zapisu w SIWZ dla Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie projektu budowlano-wykonawczego na budowę i modernizację oczyszczalni ścieków w .....w Rozdziale 9 pn. *Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu*, wymagając tym samym złożenia w ofercie następujących dokumentów/oświadczeń, zaświadczeń i informacji: pkt 6, który mówi, iż zamawiający wymagał „Oświadczenia wykonawcy, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty”. Zamawiający żądając ww. oświadczenia postawił w sytuacji uprzywilejowanej wykonawców z danego terenu, np. takich, którzy mają siedziby blisko miejsca, w którym ma być wykonana wizja lokalna. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP

postępowanie musi być dostępne na równych zasadach dla każdego potencjalnego wykonawcy, który w związku z zakresem prowadzonej działalności może być choćby tylko potencjalnie zainteresowany udziałem w tym postępowaniu.

Instytucja Zarządzająca nie zaakceptowała również wyjaśnień złożonych przez Stronę w odniesieniu do postępowania nr BOŚ.271.1.2013, które dotyczyło wyboru wykonawcy dla zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” wszczętego w dniu 16.01.2013. pod numerem BZP 9313-2013. Zespół Kontrolujący Instytucji Zarządzającej podtrzymał swoje stanowisko zawarte w Informacji Pokontrolnej o naruszeniu art. 144 ustawy PZP poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013 dokonującego zmiany umowy w § 2 pkt. 1 tj. zmieniono termin wykonania robót z dnia 30.09.2014 roku na dzień 31.01.2015 r. Powyższym Aneksem dokonano również zmiany umowy z wykonawcą w § 10 pkt. 2. tj. zostały zmienione terminy płatności oraz wysokość wypłaconych kwot. Instytucja Zarządzająca wyjaśnia, iż nie można uznać, że nowymi okolicznościami, których nie można było przewidzieć w momencie zawierania umowy są zmiany związane z montażem finansowym projektu w zakresie wysokości środków własnych z pożyczki z WFOŚ I GW w Kielcach. Instytucja Zarządzająca odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta dotyczących braku możliwości przewidzenia w momencie zawierania umowy realizacji dochodów własnych gminy w I półroczu 2013 roku wskazała, iż mogło dojść do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z niezabezpieczeniem środków finansowych w wystarczającej wysokości na realizację zadania przed podpisaniem umowy z Wykonawcą. Ponadto Instytucja Zarządzająca podniosła, iż podpisanie umowy z WFOŚ I GW w Kielcach miało miejsce w dniu 09.04.2014r., a zgodnie z zapisami w SIWZ zakończenie realizacji zadania określono na 30.09.2014r. W związku z powyższym podpisanie umowy z WFOŚ I GW nie mogło mieć żadnego wpływu na zmianę terminu realizacji zadania, a tym bardziej na zmianę terminu płatności i wysokości transz.

W dalszej części pisma Instytucja Zarządzająca wskazuje, iż w trakcie trwania postępowania przetargowego wpływały do Zamawiającego pytania od uczestników postępowania, czy Zamawiający dopuszcza możliwość wystawienia płatności częściej niż raz w roku na podstawie protokołów i faktur. Zamawiający nie przewidywał zmiany terminu zakończenia realizacji zadania i nie dopuszczał płatności częściowych innych niż w projekcie umowy. Według Instytucji Zarządzającej powyższe zmiany prowadzą do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu i do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Gdyby bowiem inni wykonawcy wcześniej posiadali wiedzę o tym, że przy realizacji zamówienia będą możliwe zmiany terminu realizacji zadania i formy płatności, być może zaproponowaliby w ofercie niższą cenę niż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, co w konsekwencji mogło zdecydować o wyniku postępowania.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Instytucja Zarządzająca w odpowiedzi na pismo Gminy .....znak: BOŚ 041.12.2012 z dnia 15.05.2015r. przekazała pismem znak: EFRR-VII.433.IV.15.3.2015.WF z dnia 28.05.2015r. niezmienioną treść Informacji Pokontrolnej Nr 15/IV/RPO/2015 z kontroli końcowej z prośbą o jej podpisanie i przekazanie jednego egzemplarza w terminie 7 dni od dnia otrzymania tego pisma.

W odpowiedzi na w/w pismo Instytucji Zarządzającej Gmina .....w piśmie znak: BOŚ.041.12.2012 z dnia 08.06.2015r. podtrzymała swoje stanowisko, jednocześnie ponownie odmawiając podpisania Informacji Pokontrolnej. Powyższą decyzję Beneficjent uzasadnił tym, iż zastrzeżenia opisane w piśmie znak EFRR-VII.433.IV.15.3.2015.WF z dnia 28.05.2015r. uważa za niezasadne oraz nie mające poparcia w stanie faktycznym.

Instytucja Zarządzająca ponownie zaznacza, w trakcie Postępowania o udzielenie Zamówienia Publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie projektu budowlano – wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w.....”, Zamawiający odpowiadał na pytania Wykonawców w zakresie zmiany terminu zakończenia robót oraz możliwości wystawienia płatności częściej niż raz w roku na podstawie protokołów i faktur w następujący sposób:

**Pytanie 2:** W załączniku nr 8 tj. we wzorze umowy § 3 pkt. 2 wprowadzony jest sztywny termin zakończenia przedmiotu zamówienia robót, prosimy o jego zmianę i wprowadzenie zapisu realizacji robót w miesiącach od dnia podpisania umowy, z uwagi na trudny do przewidzenia czas zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

**Odpowiedź 2:** *Zamawiający nie przewiduje zmiany terminu zakończenia przedmiotu zamówienia ponieważ projekt jest współfinansowany z Unii Europejskiej w ramach RPOWŚ na lata 2007-2013 i zobligowany do rozliczenia środków pomocowych do końca 2014r.*

**Pytanie 3:** Prosimy o potwierdzenie w załączniku nr 8 tj. we wzorze umowy § 7 pkt. 1 i pkt. 2, iż płatność będzie w dwóch transzach – pierwsza od 100 000,00 zł w 2013 r., zaś pozostała kwota w 2014r.

**Pytanie 3a:** Zgodnie ze wzorem umowy „Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty należności wykonawcy na podstawie wystawionych dwóch faktur:

a) Pierwsza płatność w 2013 roku - częściowa po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót na kwotę nie większą niż 100 000,00 zł,

b) Druga płatność w 2014 roku – końcowa po zakończeniu całego okresu rzeczowego robót”. Wnosimy o zmianę tego zapisu na płatności częściowe w okresach miesięcznych.

**Pytanie 3b:** Czy zamawiający dopuszcza możliwość wystawienia płatności częściej niż raz w roku na podstawie protokołów i faktur częściowych?

**Odpowiedź 3, 3a, 3b:** Zamawiający nie dopuszcza płatności częściowych, innych niż w projekcie umowy i potwierdza, że zapłata należności Wykonawcy nastąpi na podstawie dwóch faktur tj.:

- pierwsza płatność w 2013 roku – częściowa po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót na kwotę nie większą niż 100 000,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100)

- druga płatność w 2014 roku – końcowa po zakończeniu całego zakresu rzeczowego robót. Prawo wykonawcy do żądania wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie obejmuje uprawnienia do żądania zmiany treści tej specyfikacji. Wniosek wykonawcy jest w istocie wnioskiem zmierzającym do zmiany warunków na jakich Zamawiający chce zawrzeć umowę.

Beneficjent natomiast w piśmie z dnia 08.06.2015r odnosząc się do stwierdzonego przez Instytucję zarządzającą naruszenia art. 144 ustawy PZP, zwraca uwagę na inne okoliczności. Jego zdaniem przedmiotowe pytania Wykonawców dotyczyły jedynie wzoru umowy i należałoby potraktować jako wniosek o zmianę umowy na etapie prowadzonego postępowania przetargowego. Ponadto, Beneficjent uważa, iż Instytucja Zarządzająca błędnie potraktowała te pytania jako wyjaśnienie niezrozumiałych dla wykonawców zapisów dokumentacji przetargowej, ponieważ zdaniem Beneficjenta stanowiły one wniosek o wprowadzenie zmian w umowie i modyfikację SIWZ. Tym samym odpowiedź Zamawiającego odnosiła się do braku możliwości zmiany wzoru w danym zakresie, a nie dotyczyła zapisów Działu XVI SIWZ, w którym Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany terminu. Z kolei zmiana terminu i przesunięcie zadania poza dany rok budżetowy zdaniem Beneficjenta skutkowałą zmianą w zakresie terminów płatności.

W dalszej części pisma Beneficjent nie zgadza się z Instytucją Zarządzającą, iż zmniejszenie oprocentowania pożyczki z 4% w 2013 roku do 3% dla umów zawieranych w 2014 roku nie było okolicznością istotną dla racjonalnego i oszczędnego gospodarowania środkami publicznymi zgodnie z ustawą o finansach publicznych. W przypadku pierwszej płatności planowanej w 2013 roku Gmina musiałaby zawrzeć umowę w 2013 roku z wyższym o 25% oprocentowaniem pożyczki, co byłoby niezgodne z zasadą wydatkowania w/w środków. W związku z powyższym, aby zapobiec żądaniom Wykonawcy wypłaty należności w 2013 roku, Zamawiający wstrzymał roboty i przesunął termin realizacji zamówienia, co było przewidziane w SIWZ.

Beneficjent nie podziela również zarzutu Instytucji Zarządzającej dotyczącego naruszenia dyscypliny finansów publicznych w postaci niezabezpieczenia środków finansowych na realizację zadania. Zdaniem Beneficjenta nie można przewidzieć zmniejszenia dochodów własnych czynnikami zewnętrznymi tj. pogłębiającym się kryzysem gospodarczym. W takiej sytuacji Gmina w pierwszej kolejności zabezpieczyła środki na wydatki bieżące, a realizację inwestycji przesunęła na kolejny rok kalendarzowy.

Beneficjent w odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy PZP w postępowaniu które dotyczyło wyboru Wykonawcy „projektu budowlano – wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w.....” zażądał, by Wykonawca biorący w nim udział złożył oświadczenie, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty, zgodził się z Instytucją Zarządzającą, iż przedmiotowy dokument nie był dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Beneficjent jednak wyjaśnia, iż prośba o w/w dokument została wpisana przez Zamawiającego (tj. Beneficjenta) w niewłaściwy Rozdział 9 SIWZ poprzez niedopatrzanie, a jego intencją było zwrócenie uwagi Wykonawcom na specyficzny charakter zamówienia, i jak uważa Beneficjent trudny do wyceny bez zapoznania się ze stanem technicznym funkcjonującej oczyszczalni. W związku z powyższym w piśmie wyjaśniającym do Instytucji Zarządzającej Beneficjent zawniósł o potraktowanie przedmiotowego dokumentu jako *Harmonogramu rzeczowo – finansowego wykonania realizacji zamówienia uwzględniającego etap projektowania prac*. Beneficjent nie zgodził się również ze stwierdzeniem Instytucji Zarządzającej, iż zapis ten stawał w uprzywilejowanej sytuacji Wykonawców z danego terenu, ponieważ jak twierdzi Beneficjent każdy Wykonawca mógł obejrzeć teren bez względu na siedzibę swojej firmy i złożyć konkurencyjną ofertę. W związku z powyższym wszyscy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zdaniem Beneficjenta byli traktowani na równych prawach w toku całego postępowania. Wszystkie wymagania, które Zamawiający brał pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert były znane wykonawcom w chwili przygotowania ofert, a Zamawiający nie czynił żadnych odstępstw i różnic w podejściu do oceny ofert poszczególnych wykonawców.

W świetle przedstawionych wyjaśnień Gmina..... ponownie odmówiła podpisania Informacji Pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015 z dnia 29.04.2015r. Swoje stanowisko Beneficjent argumentuje tym, iż w przeprowadzonych postępowaniach nie miało miejsca naruszenie przepisów ustawy PZP, a ponadto nie wystąpiła przesłanka realnej czy też potencjalnej szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej.

Instytucja Zarządzająca w Zaleceniach pokontrolnych pismo znak: EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r. do Informacji Pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015 z dnia 29.04.2015r. potwierdziła realizację projektu nr RPSW.04.01.00-26-..../09 pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....”, przypominając jednocześnie o nałożonym na Beneficjenta obowiązku zachowania trwałości Projektu w okresie 5 lat od zakończenia realizacji projektu, przechowywania dokumentacji związanej z jego realizacją co najmniej do 31 grudnia 2020r., a także o konieczności zachowania prawidłowej promocji.

Odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta przedstawionych w piśmie znak BOŚ.041.12.2012 z dnia 08.06.2015r. Instytucja Zarządzająca podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko w związku z naruszeniami stwierdzonymi w postępowaniach przetargowych dotyczących projektu nr RPSW.04.01.00-26-...../09 pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....”. W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca RPOWŚ 2007-2013 na podstawie art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr



1083/2006 oraz art. 26 ust. 1 pkt. 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju w związku ze stwierdzonymi naruszeniami:

- art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu przetargowym nr BZP 09506-2007 poprzez żądanie (Rozdział 9 *Informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczać Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*, pkt 6 SIWZ) by Wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty;
- art. 144 ustawy PZP w postępowaniu przetargowym nr BZP 9313-2013, oznaczonym nr BOŚ.271.1.2013, dotyczącym wyboru Wykonawcy zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013 r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, dokonującego zmiany umowy w § 2 pkt.1, tj. zmieniono termin wykonania robót z dnia 30.09.2014 r. na dzień 31.01.2015 r. oraz w § 10 pkt.2. tj. zmieniono terminy płatności i wysokość wypłaconych kwot;

nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w łącznej wysokości **905 988,46 zł** (kwota wydatków niekwalifikowalnych **1 509 980,77 zł**). Powyższa korekta finansowa została ustalona na podstawie § 10 ust. 4 umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../09-00 zgodnie z Taryfikatorem pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” za naruszenie:

1. W postępowaniu, oznaczonym nr BZP 209506 – 2007, którego przedmiotem był wybór Wykonawcy „projektu budowlano – wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w.....” – art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Korektę finansową ustalono metodą wskaźnikową w następujący sposób:

$$Wk = W\% * Wkw * Wś = 5\% * 149\ 000,01\ zł * 60\% = \mathbf{4\ 470,00\ zł}$$

gdzie:

Wk – wysokość korekty

W% – wskaźnik nałożonej korekty

Wkw – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

Do ustalenia wysokości korekty finansowej przyjęto 5% wskaźnik procentowy W%, stosowany dla obliczenia wysokości korekty finansowej dla zamówień publicznych, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE lub 2004/17/WE, lub są objęte nimi jedynie częściowo – Załącznik pn. „Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE” do Taryfikatora pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” - tabela nr 2, kategoria nieprawidłowości nr 12 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”.

2. W postępowaniu, oznaczonym nr BZP 9313-2013, którego przedmiotem był wybór Wykonawcy zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” – art. 144 ustawy PZP poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013 r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, dokonującego zmiany umowy w § 2 pkt.1, tj. zmieniono termin wykonania robót oraz zmiany umowy w § 10 pkt.2, tj. zmieniono terminy płatności oraz wysokość wypłaconych kwot. Korektę finansową ustalono metodą wskaźnikową w następujący sposób:

$$Wk = W\% * Wkw * Wś = 25\% * 6\ 010\ 123,06\ \text{zł} * 60\% = \mathbf{901\ 518,46\ \text{zł}}$$

gdzie:

Wk – wysokość korekty

W% – wskaźnik nałożonej korekty

Wkw – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

Do ustalenia wysokości korekty finansowej przyjęto najbliższy rodzajowo 25% wskaźnik procentowy, stosowany dla obliczenia wysokości korekty finansowej dla zamówień publicznych, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE – Załącznik pn. „Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE” do Taryfikatora pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” - tabela nr 2, kategoria nieprawidłowości nr 26 - „niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”.

W dniu 7 lipca 2015 roku do Instytucji Zarządzającej wpłynęło kolejne pismo w którym Beneficjent nie zgodził się z Zaleceniami Pokontrolnymi do Informacji Pokontrolnej r 15/IV/RPO/2015 z dnia 29.04.2015r. w zakresie wysokości nałożenia korekty finansowej w łącznej wysokości 905 988,46 zł. Beneficjent wniósł, iż zgodnie z ustaleniami zawartymi w w/w Informacji Pokontrolnej postępowanie przetargowe dotyczące wyboru Wykonawcy dla zadania „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” zostało przeprowadzone prawidłowo i zakończyło się podpisaniem umowy z Gminą ..... w dniu 14.03.2013r. Przy kryteriach oceny ofert, jak twierdzi Beneficjent nie było dodatkowych warunków poza ceną, tak więc oferenci przystępujący do przetargu nie mieli dodatkowych bonifikat przy ocenie oferty z powodu zadeklarowania krótszego terminu wykonania zadania. Beneficjent w dalszej części pisma powołuje się na art. 144 ustawy PZP oraz na opracowany przez Urząd Zamówień Publicznych wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdzie na wykonanie robót budowlanych wskazuje następujące zapisy:

- a) jeżeli przyczyny, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia robót będą następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający,
- b) gdy wystąpią niekorzystne warunki atmosferyczne lub „siła wyższa” uniemożliwiająca prawidłowe wykonanie robót,
- c) gdy wystąpi konieczność wykonania robot zamiennych, które wstrzymują lub opóźniają realizację przedmiotu umowy,
- d) z powodu opóźnień niezależnych np. w wydawaniu decyzji lub zezwoleń, wstrzymania robót poprzez uprawniony organ z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i wiele innych.

W odniesieniu do ustaleń w Informacji Pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015 z dnia 29.04.2015 roku Beneficjent wniósł, iż w ogłoszeniu o przetargu jak również w SIWZ był ujęty katalog zmian, na podstawie których oficjalnie można było zawrzeć aneks do umowy, tak więc przyczyny na podstawie których mogły nastąpić zmiany terminu umowy były znane od początku postępowania przetargowego, w związku z czym nie mogły prowadzić do zachwiania pozycji konkurencyjnej wybranego w tym przetargu wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu lub zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ponieważ czas na wykonanie zadania nie zmienił się, a skutek nieprzewidzianych okoliczności leżących po stronie Zamawiającego prace budowlane w tym okresie zostały wstrzymane. W dalszej części pisma Beneficjent wyjaśnia, iż przyczyną zawarcia aneksu w dniu 19.12.2013 r. dokonującego zmiany terminu wykonania robót z dnia 30.09.2014 r. na dzień 31.01.2015 r. było zagrożenie płynności finansowej Gminy z powodu braków wpływu planowanych dochodów własnych, co mogło spowodować przekroczenie dopuszczalnych wskaźników zadłużenia wynikających z ustawy o finansach publicznych.

W związku z powyższym Gmina zmuszona była w ramach nadzoru Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach do ograniczeń lub rezygnacji z zrealizowanych inwestycji. Jak wynika z wyjaśnień zawartych w piśmie Beneficjent nie mógł przewidzieć na etapie prowadzenia przetargu powyższych okoliczności, które według Beneficjenta mieszczą się w ramach warunków § 4 umowy nr 1/R/BOŚ/2013. Beneficjent fakt wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności argumentuje tym, iż aneks do umowy został spisany 9 miesięcy wcześniej niż był ustalony termin zakończenia robót, a jego ustalenia przyczyniły się do stabilizacji wskaźników finansowych gminy.

O tym, że wystąpiły nadzwyczajne okoliczności których nie można było wcześniej przewidzieć świadczą również Uchwały Rady Miejskiej o Wieloletniej Prognozie Finansowej. W uchwale Nr XXVI/222/2012 z dnia 28.12.2012r. czyli przed ogłoszeniem w/w przetargu zakładano, iż po roku 2022 Gmina .....nie będzie miała zadłużenia. Niestety, po przeprowadzeniu przetargu i podpisaniu umowy na wykonanie w/w zadania w 2013 roku powstały nieprzewidziane trudności finansowe Gminy co skłoniło Radę Miejską do podjęcia w dniu 22.11.2013r. uchwały Nr XXXV/310/2013 w sprawie zmiany wieloletniej prognozy finansów publicznych. W/w uchwale wydłużono termin spłaty zobowiązań o 8 lat.

Beneficjent w dalszej części pisma wyjaśnia, iż informował Instytucję Zarządzającą o trudnej sytuacji finansowej Gminy, czego skutkiem było podpisanie Aneksu nr UDA-

RPSW.04.01.00-26-...../09-02 w dniu 31.01.2014r. do umowy o dofinansowanie w którym został zaakceptowany termin 28.02.2015r. jako termin zakończenia realizacji projektu.

W dalszej części pisma Beneficjent wnosi, iż w Umowie z dnia 3 sierpnia 2011 roku o dofinansowanie projektu „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w .....” w § 10 stosownie do przepisów dotyczących zamówień publicznych zawarto w ust. 4 zapis, iż „w przypadku innych naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych Instytucja Zarządzająca może wymierzyć Beneficjentowi korekty finansowe zgodnie z Taryfikatorem, który stanowi załącznik do opracowania Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE”, zwany dalej Taryfikatorem.

Beneficjent wnosi, iż Taryfikator nie jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa, a w kolejnych latach uległ zmianom. Biorąc pod uwagę datę zawarcia Umowy o dofinansowanie obowiązująca wersja Taryfikatora była wprowadzona pismem Ministerstwa Rozwoju Regionalnego z dnia 7 kwietnia 2010 roku nr DKF-IV-8121-GB-10. W opinii Beneficjenta w ww. wersji Taryfikatora nie została wymieniona nieprawidłowość polegająca na zmianie warunków umowy poprzez zmianę terminu wykonania robót, jako naruszenie art. 144 ustawy PZP. W związku z powyższym zdaniem Beneficjenta nie ma podstaw do naliczenia korekty finansowej w kwocie 901 518,46 zł. Posługiwanie się metodą wskaźnikową według Beneficjenta ma jedynie charakter pomocniczy i jest uzasadnione tylko w sytuacji, gdy nie ma możliwości zastosowania metody dyferencyjnej.

Biorąc powyższe fakty pod uwagę Gmina ..... zwróciła się z prośbą o ponowną analizę stwierdzonych nieprawidłowości w oparciu o Taryfikator obowiązujący w dniu podpisania umowy oraz uznanie opisanych uchybień jako naruszenia prawa mające jedynie charakter formalny i nie wywołuje skutków finansowych.

W dniu 10.07.2015r. wpłynęło do Instytucji Zarządzającej pismo znak FN.3053.02.2015 z dnia 10.07.2015r. stanowiące uzupełnienie do pisma znak: BOŚ.041.12.2012r. z dnia 07.07.2015r. i zawierające dodatkową analizę sytuacji finansowej za dwa i trzy kwartały 2013 roku, sporządzonej na podstawie kwartalnych sprawozdań budżetowych Gminy ..... Powyższe sprawozdanie zdaniem Beneficjenta wskazuje, iż trudno było utrzymać płynność finansową w skutek czego zostały zaciągnięte przez Gminę kredyty krótkoterminowe na koniec II kwartału 2013 roku. Beneficjent za przyczynę braku płynności finansowej podaje powód zbyt niskich wpływów z dochodów własnych, które za II kwartał w stosunku do rocznego planu stanowiły 17% do 42% , a za III kwartał 2013r. w stosunku do rocznego planu wynosiły od 40% do 66%. Wydatki natomiast w stosunku do planu były realizowane w wysokości 52% za II kwartał 2013r. i 74% za III kwartał 2013r. W związku z powyższym Beneficjent wystąpił do wykonawcy o wstrzymanie prac i przesunięcie terminu płatności, zawierając stosowny Aneks do umowy na realizację powyższego projektu. Powyższe dane zdaniem Beneficjenta potwierdzają kwortalne sprawozdania Rb-27S z wykonania planów

dochodów budżetowych i Rb-28S z wykonania planu wydatków budżetowych jednostki w tym okresie.

W dniu 16.07.2015r. do Instytucji Zarządzającej wpłynęło kolejne pismo w którym Beneficjent w nawiązaniu do wcześniejszych wyjaśnień w sprawie Zaleceń pokontrolnych tj. pismo znak: EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r. potwierdza, iż zawarty aneks miał na celu dokonanie wydatku publicznego w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonego celu do czego zobowiązuje art. 44 ust 3 ustawy o finansach publicznych. W zakresie powyższego naruszenia Beneficjent wskazał, iż po zaistnieniu trudnej sytuacji finansowej zgodnie z § 14 umowy nr 1/R/BOŚ/2013 z dnia 14.03.2013r. powinien ją rozwiązać narażając się na kary umowne wskazane w § 13 pkt B b umowy w wysokości 2% umownego wynagrodzenia tj. kwoty 147 849,03 zł. Następstwem rozwiązania w/w umowy z Wykonawcą byłyby również dodatkowe koszty wynikające z obowiązku zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia wraz z dodatkowymi kosztami zabezpieczenia robót, inwentaryzacji i dozoru terenu budowy po jej przerwaniu. W świetle powyższych argumentów korzystniejsze dla Gminy było zawarcie aneksu na podstawie którego dokonano przesunięcia terminu zakończenia inwestycji co spowodowało również przesunięcie terminów i wysokości kwot z tytułu wykonania zadania. Dzięki tej zmianie Zamawiający zaoszczędził kwotę kar umownych i nie poniósł płatności za dotychczas wykonane prace na które Gmina nie posiadała w budżecie 2013 roku środków finansowych, a konsekwencją powyższych działań było w efekcie zrealizowanie inwestycji.

W dalszej części pisma Beneficjent wyjaśnia, iż zarówno na etapie przeprowadzenia postępowania przetargowego jak i po powstałych nieprzewidzianych trudnościach finansowych Gminy celem Zamawiającego było celowe i oszczędne wydawanie środków publicznych. Beneficjent wniósł również, iż na etapie postępowania przetargowego absolutnie nie był brany pod uwagę fakt, że Gmina będzie miała jakiegokolwiek kłopoty finansowe, co skutkowało brakiem ww. informacji w zamówieniu publicznym, a co mogłoby w pewien sposób naruszyć zasadę uczciwej konkurencji. W związku z powyższymi wyjaśnieniami Beneficjent zwrócił się do Instytucji Zarządzającej o zmianę kwalifikacji stwierdzonej nieprawidłowości oraz o wymierzenie jak najmniejszej korekty finansowej.

Instytucja Zarządzająca po ponownym przeanalizowaniu argumentacji zawartych w piśmie znak: BOŚ 041.12.2012r. z dnia 07.07.2015r. oraz pisma znak FN.3053.02.2015 z dnia 10.07.2015r. podtrzymała swoje stanowisko, które wskazała w Informacji pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015 z dnia 29.04.2015r. oraz w Zaleceniach pokontrolnych pismo znak EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r. odnośnie łącznej wysokości korekty finansowej w kwocie 905 988,46 zł.

W związku z wynikami ww. kontroli końcowej zaistniała konieczność niezakwalifikowania do dofinansowania części wydatków, ujętych we wniosku o płatność końcową nr WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-17 złożonym w dniu 25.02.2015r. Instytucja

Zarządzająca dokonując oceny ww. wniosku o płatność końcową i weryfikując rozliczenie środków przekazanych w formie zaliczki w kwocie 2 384 000,00 zł w dniu 05.02.2015r., wyszczególniła w piśmie znak: EFRR-IV.433.4.1.....17.2015.JP z dnia 29.06.2015r., iż po dokonaniu pomniejszenia zgodnie z Zaleceniami pokontrolnymi pismo znak: EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r. kwoty niekwalifikowalnego dofinansowania w wysokości 190 480,84 zł z końcowego wniosku o płatność Beneficjentowi pozostała do rozliczenia kwota nierozliczonej zaliczki w wysokości **430 549,81 zł ( słownie: czterysta trzydzieści tysięcy pięćset czterdzieści dziewięć złotych 81/100)** wraz z należnymi odsetkami.

Jednocześnie Instytucja Zarządzająca pismem znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-3-2015/BB z dnia 06.02.2015r. poinformowała Stronę, że dniu 05.02.2015r. z rachunku bankowego Ministra Finansów prowadzonego w BGK zostały przekazane środki Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w kwocie: **2 384 000,00 zł** stanowiące płatność zaliczkową.

Ponadto, w ww. piśmie Beneficjent został poinformowany o obowiązku rozliczenia zaliczki w terminie i w sposób określony w § 6 Umowy o dofinansowanie ww. Projektu. Instytucja Zarządzająca opierając się o zapisy powyższego paragrafu oraz mając na uwadze treść art. 189 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.) wskazała, iż zaliczka winna być rozliczona wnioskiem o płatność złożonym w terminie 20 dni od dnia jej przekazania. W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca wskazała Beneficjentowi w niniejszym piśmie, iż wniosek o płatność rozliczający zaliczkę winien wpłynąć do Instytucji Zarządzającej najpóźniej do dnia **24.02.2015r.** pod rygorem sankcji odsetkowych. Beneficjent złożył wniosek o płatność końcową w dniu **25.02.2015r.**

Z uwagi na fakt nie złożenia przez Beneficjenta ww. rozliczenia końcowego w wyznaczonym terminie tj. do dnia 24.02.2015r., Beneficjent został zobowiązany zgodnie z zapisami § 6 ust. 1 Umowy o dofinansowanie do zapłaty odsetek w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych od dnia przekazania kwoty zaliczki tj. 05.02.2015r. do dnia złożenia niniejszego wniosku o płatność tj. 25.02.2015r.

W dniu 23.07.2015r. do Instytucji Zarządzającej wpłynęło pismo znak: FN.3053.04.2015 z dnia 23.07.2015r. roku, w którym Beneficjent informuje Instytucję Zarządzającą, iż odmawia zwrotu zaliczki w kwocie 430 549,81 zł wraz z należnymi odsetkami z uwagi na brak środków w budżecie Gminy na 2015 rok oraz oznajmia w dalszej części pisma, iż nadal nie zgadza się z ustaleniami Instytucji Zarządzającej, zawartymi m.in. w piśmie znak EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 16.07.2015r.

Instytucja Zarządzająca w odpowiedzi na ww. pismo Beneficjenta, w piśmie znak EFRR-VII-433.IV.15.6.2015.WF z dnia 27.07.2015r. poinformowała Beneficjenta, iż z uwagi na brak nowych, merytorycznych argumentów w sprawie stwierdzonych nieprawidłowości podtrzymuje swoje stanowisko zajęte w Informacji Pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015 z dnia

29.04.2015r. oraz w Zaleceniach pokontrolnych pismo znak EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r. Bez zmian pozostaje również kwota korekty finansowej, która wyniosła **905 988,46 zł.**

Kwota dofinansowania przekazanego ze środków EFRR, zakwalifikowana do odzyskania w wysokości: 715 507,62 zł i należna do zwrotu wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, została przez Instytucję Zarządzającą przekazana Beneficjentowi na podstawie niżej wymienionych wniosków o płatność:

- I. Wniosek o płatność nr WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-01, kwota wykorzystanego z naruszeniem procedur dofinansowania, przekazanego w dn. 09.12.2011r. w formie płatności refundacyjnej: 4 470,00 zł, rozliczona w ramach dokumentów księgowych o numerze: zbiór faktur (6/2010, 5/2010, 1/2010, 19/2009, 13/2009, 01/2009, 21/2008,8/2008),
- II. Wniosek o płatność nr WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-13, kwota wykorzystanego z naruszeniem procedur dofinansowania, przekazanego w dn. 17.06.2014r. w formie płatności zaliczkowej: 280 487,81zł, rozliczonego w ramach Faktury Vat nr 31/06/2014,
- III. Wniosek o płatność nr WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-17, kwota wykorzystanego z naruszeniem procedur dofinansowania, przekazanego w dn. 05.02.2015r. w formie płatności zaliczkowej: 430 549,81zł, ujęta w ramach faktury VAT nr 22/02/2015.

Pozostała kwota niekwalifikowalnego dofinansowania, wskazana do zwrotu w Zaleceniach pokontrolnych w wysokości 190 480,84 zł (tj. 905 988,46 – 715 507,62 = 190 480,84 zł) została odzyskana przez Instytucję Zarządzającą poprzez pomniejszenie płatności końcowej, wynikającej z ww. wniosku o płatność końcową.

W związku z powyższymi ustaleniami oraz brakiem zwrotu środków przez Beneficjenta, Instytucja Zarządzająca pismem znak: EFRR.V – 433 – RPO – 4.1 –27-2015.BB z dnia 04.09.2015r. zgodnie z art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych wezwała Beneficjenta do zwrotu przedmiotowych środków wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia doręczenia przedmiotowego wezwania tj. Instytucja Zarządzająca wezwała Beneficjenta do zwrotu dofinansowania w kwocie 715 507,62 zł wraz z należnymi odsetkami oraz do zwrotu odsetek w kwocie 8 991,00 zł z tytułu nieterminowego rozliczenia płatności zaliczkowej.

Jednocześnie Instytucja Zarządzająca ww. wezwaniu poinformowała Beneficjenta, iż wniosek o płatność końcową został złożony niezgodnie z postanowieniami § 6 Umowy o dofinansowanie tj. termin złożenia wniosku o płatność rozliczającego zaliczkę przekazaną 05.02.2015r. upłynął wraz z dniem 24.02.2015r., a Beneficjent przekazał ww. rozliczenie końcowe w dniu 25.02.2015r.

W związku z treścią § 6 ust. 1 pkt. „f” i „h” Umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../09-00 w przypadku niezłożenia wniosku o płatność w terminie i nie

wydatkowania całkowitej kwoty płatności zaliczkowej w terminie Instytucja Zarządzająca zobowiązana jest naliczyć odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych oraz wezwać do zwrotu nierozliczonej płatności zaliczkowej wraz z tymi odsetkami.

Jednocześnie z uwagi na powyższy wynik rozliczenia końcowego Projektu (tj. zaistnienie środków nierozliczonej płatności zaliczkowej) Instytucja Zarządzająca nie zatwierdziła do wypłaty we wniosku o płatność końcową nr WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-17 płatności końcowej, a co za tym idzie tryb pomniejszenia końcowej płatności o środki podlegające odzyskaniu wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych nie miał zastosowania. Beneficjent potwierdził odbiór tego wezwania w dniu 09.09.2015 roku.

W związku z tym, iż Strona w wyznaczonym w wezwaniu terminie nie dokonała zwrotu niniejszych środków, Instytucja Zarządzająca pismem znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-29-2015-BB z dnia 30.09.2015 r. - zgodnie z art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego oraz zgodnie z art. 207 ust. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych sporządziła Zawiadomienie o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w przedmiocie wydania decyzji w sprawie zwrotu przez Stronę części dofinansowania wypłaconego na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../09-00 w ramach wniosków o płatność nr WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-01, WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-13, WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-17 wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych oraz odsetek z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki przekazanej na podstawie Umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../09-00 o dofinansowanie Projektu nr WND-RPSW.04.01.00-26-...../09.

W niniejszym zawiadomieniu Instytucja Zarządzająca wyznaczyła Stronie 7 - dniowy termin na wniesienie uwag oraz zapoznanie się z materiałami dotyczącymi sprawy. Przedmiotowe zawiadomienie zostało odebrane przez Stronę w dniu 05.10.2015 r., a co za tym idzie niniejszy termin upływał wraz z dniem 12.10.2015 roku. Strona nie wniosła pisemnych uwag w odniesieniu do otrzymanego zawiadomienia.

W związku z czym, w dniu 19.10.2015 r. Instytucja Zarządzająca stosownie do postanowień art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego sporządziła zawiadomienie Strony o przygotowaniu materiału dowodowego do wydania decyzji w sprawie zwrotu części dofinansowania (tj. pismo znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-32-2015-BB). W terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszego zawiadomienia, Strona mogła zapoznać się z aktami sprawy, w oparciu o które zostanie podjęta stosowna decyzja i wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Dokumentacja została udostępniona do wglądu w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, ul. Sienkiewicza 63. Jednocześnie, w niniejszym zawiadomieniu, z uwagi na konieczność doręczenia go i umożliwienia Stronie wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, Instytucja Zarządzająca w oparciu o art. 36 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego powiadomiła Stronę o wyznaczeniu nowego terminu załatwienia sprawy tj. do dnia 31.12.2015 roku. Przedmiotowe zawiadomienie z dnia 19.10.2015 r. zostało odebrane przez Stronę w dniu 22.10.2015 roku.



W przewidzianym zawiadomieniem terminie Strona pismem znak: FN.3053.05.2015 z dnia 27.10.2015r. poinformowała Instytucję Zarządzającą, iż w związku z otrzymanym pismem podtrzymuje swoje stanowisko odnośnie wcześniej wniesionych uwag oraz zastrzeżeń. Strona nie złożyła w piśmie żadnych dodatkowych wniosków oraz nie dokonała zwrotu środków dofinansowania. Ponadto Strona nie zgłosiła się w celu zapoznania się z materiałem dowodowym zebrany w/w sprawie ponieważ jak twierdzi jest jej znany. Jednocześnie Strona w piśmie z dnia 27.10.2015r. wniosła o niezwłoczne wydanie decyzji w przedmiotowej sprawie.

Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 pismem znak: EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 03.12.2015r. w nawiązaniu do pisma znak: EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r. stanowiącego Zalecenia Pokontrolne do Informacji Pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015 poinformowała Beneficjenta, iż po ponownej szczegółowej analizie dokumentacji związanej z projektem nr RPSW.04.01.00-26.../09 pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....”, podjęła decyzję o zmianie wysokości korekty finansowej nałożonej na Beneficjenta w związku ze stwierdzonymi w trakcie kontroli końcowej projektu nieprawidłowościami. Powodem tej zmiany było zastosowanie Taryfikatora najwzględniejszego dla Beneficjenta. W przypadku powyższego projektu jest to taryfikator w wersji obowiązującej w chwili naruszenia ustawy PZP przez Beneficjenta.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca RPOWŚ 2007-2013 na podstawie art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 oraz art. 26 ust. 1 pkt. 15 a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju w związku ze stwierdzonymi naruszeniami:

- art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu przetargowym BZP 09506-2007 poprzez żądanie (Rozdział 9 *Informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczać Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu*, pkt 6 SIWZ) by Wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty;
- art. 144 ustawy PZP w postępowaniu przetargowym nr BZP 9313-2013, oznaczonym nr BOŚ.271.1.2013, dotyczącym wyboru Wykonawcy zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013 r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, dokonującego zmiany umowy w § 2 pkt.1, tj. zmieniono termin wykonania robót z dnia 30.09.2014 r. na dzień 31.01.2015 r. oraz w § 10 pkt.2. tj. zmieniono terminy płatności i wysokość wypłaconych kwot;

nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w łącznej wysokości **365 077,38** zł (kwota wydatków niekwalifikowalnych **608 462,31** zł). Powyższa korekta finansowa została ustalona na podstawie § 10 ust. 4 umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../11-00 zgodnie z Taryfikatorem pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” za naruszenie:

1. W postępowaniu, oznaczonym nr BZP 209506 – 2007, którego przedmiotem był wybór Wykonawcy „projektu budowlano – wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w.....” – art. 7 ust. 1 w związku z art. 25

ust. 1 ustawy Pzp. Korektę finansową ustalono metodą wskaźnikową w następujący sposób:

$$Wk = W\% * Wkw * Wś = 5\% * 149\,000,01 \text{ zł} * 60\% = \mathbf{4\,470,00 \text{ zł}}$$

gdzie:

Wk – wysokość korekty

W% – wskaźnik nałożonej korekty

Wkw – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

Do ustalenia wysokości korekty finansowej przyjęto 5% wskaźnik procentowy W%, stosowany dla obliczenia wysokości korekty finansowej dla zamówień publicznych, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE lub 2004/17/WE, lub są objęte nimi jedynie częściowo – Załącznik pn. „Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE” do Taryfikatora pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” - tabela nr 4, kategoria nieprawidłowości nr 20 „Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców”.

2. W postępowaniu, oznaczonym nr BZP 9313-2013, którego przedmiotem był wybór Wykonawcy zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w..... – art. 144 ustawy PZP poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013 r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, dokonującego zmiany umowy w § 2 pkt.1, tj. zmieniono termin wykonania robót oraz zmiany umowy w § 10 pkt.2, tj. zmieniono terminy płatności oraz wysokość wypłaconych kwot. Korektę finansową ustalono metodą wskaźnikową w następujący sposób:

$$Wk = W\% * Wkw * Wś = 10\% * 6\,010\,123,06 \text{ zł} * 60\% = \mathbf{360\,607,38 \text{ zł}}$$

gdzie:

Wk – wysokość korekty

W% – wskaźnik nałożonej korekty

Wkw – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

Do ustalenia wysokości korekty finansowej przyjęto najbliższy rodzajowo 10% wskaźnik procentowy, stosowany dla obliczenia wysokości korekty finansowej dla zamówień publicznych, które nie są objęte dyrektywą 2004/18/WE – Załącznik pn. „Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenia przy

udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE” do Taryfikatora pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” - tabela nr 4, kategoria nieprawidłowości nr 17 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”.

Beneficjent w odpowiedzi na ww. pismo w sprawie zmiany wysokości korekty finansowej wynikającej z nieprawidłowości realizacji w/w projektu stwierdzonych podczas kontroli końcowej oraz zastosowania przez Instytucję Zarządzającą RPOWŚ 2007-2013 Taryfikatora w wersji obowiązującej w chwili naruszenia przez Beneficjenta ustawy PZP poinformował pismem znak: FN.3053.06.2015 z dnia 16.12.2015r., iż najkorzystniejszym Taryfikatorem dla Strony jest ten obowiązujący w chwili zawarcia umowy tj. według stanu prawnego obowiązującego na dzień 11 marca 2010 roku.

Strona uważa, iż naruszenie ustawy PZP za które Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 nałożyła korektę finansową przy realizacji w/w projektu nastąpiło w czasie obowiązującego Taryfikatora według stanu prawnego obowiązującego na dzień 31 października 2012 r., ale jak twierdzi Strona Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 zastosowała maksymalne zalecane wskaźniki procentowe. Strona uważa, iż zgodnie z obowiązującym taryfikatorem i wyjaśnieniami w sprawie jego stosowania wynika, iż Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 może je obniżyć o 50%, gdy zaistnieją za tym przemawiające okoliczności.

W odpowiedzi na pismo Strony Instytucja Zarządzająca pismem znak: EFRR-VII.433.IV.15.6.2015.WF z dnia 12.01.2016r. podtrzymała swoje stanowisko zajęte w Informacji pokontrolnej nr 15/IV/RPO/2015 z dnia 29.04.2015r. oraz a Zaleceniach Pokontrolnych pismo znak: EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 03.12.2015r.

Instytucja Zarządzająca wskazuje, iż w związku z naruszeniami jakich dopuścił się Beneficjent w postępowaniach przetargowych przeprowadzonych przy realizacji projektu:

- art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu przetargowym BZP 09506-2007 poprzez żądanie (Rozdział 9 informację o oświadczeniach i dokumentach jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pkt 6 SIWZ), by wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, że oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty,
- art. 144 ustawy Pzp w postępowaniu przetargowym nr BZP 9313-2013. Oznaczonym nr BOŚ.271.1.2013, dotyczącym wyboru Wykonawcy zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, dokonującego zmiany w § 2 pkt. 1 tj. zmieniono terminy płatności i wysokość wypłaconych kwot,

zastosowano wobec Beneficjenta najbardziej korzystną wersję taryfikatora. W uzasadnieniu do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień wskazano, że w przypadku gdy nie ma zastosowania Taryfikator – w przypadku braku możliwości stosowania go „odpowiednio”, to jedynym akceptowalnym

rozwiązaniem jest zwrot całości dofinansowania związanego z danym wydatkiem. Z tego też względu przy zastosowaniu taryfikatora z dnia podpisania umowy o dofinansowanie wysokość korekty związanej z przedmiotową nieprawidłowością wyniosłaby 100 % wkładu finansowego z budżetu UE. W Taryfikatorze, obowiązującym w czasie przeprowadzenia postępowania przetargowego nr BZP 9313-2013 określono, iż za takie naruszenie opisane jako „niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy” – Tabela 4 poz. 17, wskaźnik korekty wynosi 10%. Najnowszą wersją Taryfikatora za ww. naruszenie wskazane w Tabeli 2 poz. 26 określa wskaźnik korekty w wysokości 25%. Z tego też względu Instytucja Zarządzająca wymierzając przedmiotową korektę posłużyła się najkorzystniejszą dla Beneficjenta wersją Taryfikatora określającą stawkę wskaźnikową za to naruszenie na poziomie 10% wkładu dofinansowania unijnego.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca RPOWŚ 2007-2013 na podstawie art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 oraz art. 26 ust. 1 pkt. 15, a ustawy z dnia 6 grudnia 2006r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju w związku ze stwierdzonymi naruszeniami nakłada na Beneficjenta korektę finansową w łącznej wysokości 365 077,38 zł (kwota wydatków niekwalifikowalnych 608 462,31 zł).

Ponadto, w związku ze zmianą wysokości korekty finansowej nałożonej na Beneficjenta w odniesieniu do nieprawidłowości stwierdzonych w trakcie kontroli końcowej projektu uległo również zmianie rozliczenie środków przekazanych w formie zaliczki w kwocie 2 384 000,00 zł w dniu 05.02.2015r. Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 poinformowała Beneficjenta pismem znak: EFRR-IV.433.4.1.....18.2015.JP z dnia 17.12.2015r., iż po dokonaniu pomniejszenia zgodnie z pismem Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 03.12.2015r. Beneficjentowi pozostała do rozliczenia kwota nierozliczonej zaliczki w wysokości **57 931,42 zł (słownie: pięćdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset trzydzieści jeden złotych 42/100)**.

Następnie, Instytucja Zarządzająca pismem znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-45-2015-BB z dnia 23.12.2015r. poinformowała Stronę, iż ze względu na ponowną analizę dokumentacji związanej z projektem nr WND-RPSW.04.01.00-26-...../09 w oparciu o art. 36 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego powiadomiła Stronę o wyznaczeniu nowego terminu załatwienia sprawy tj. do dnia 29.02.2016 roku. Przedmiotowe zawiadomienie z dnia 23.12.2015 r. zostało odebrane przez Stronę w dniu 30.12.2015 roku.

Ponadto, Instytucja Zarządzająca pismem znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-2-2016.BB z dnia 14.01.2016r. ponownie poinformowała Stronę o zmianie stanowiska Instytucji Zarządzającej w sprawie wysokości nałożonej korekty. Po powtórnej analizie dokumentacji informacje zawarte w piśmie znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-27-2015.BB z dnia 04.09.2015r. będącym wezwaniem do zwrotu dofinansowania wraz z odsetkami, stały się nieaktualne i uległy zmianie. Zgodnie z pismem EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 03.12.2015r. oraz EFRR.VII.433.IV.15.6.2015.WF z dnia 12.01.2016r. Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 nałożyła na Beneficjenta korektę finansową w łącznej wysokości 365 077,38 zł (kwota wydatków niekwalifikowalnych wynosi 608 462,31 zł). W ramach ww.

zakwestionowanych środków dofinansowania, kwota dofinansowania w wysokości 116 665,12 zł (ujęta w wydatkach w kwocie: 194 441,87 zł) została Beneficjentowi uprzednio wypłacona i podlega zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Ponadto, w nawiązaniu do ustaleń zawartych w piśmie Instytucji Zarządzającej RPOWŚ na lata 2007-2013 znak: EFRR-IV.433.4.1.....18.2015.JP z dnia 17.12.2015r., Instytucja Zarządzająca RPOWŚ 2007-2013 poinformowała, iż w wyniku dokonania rozliczenia wniosku o płatność końcową nr WNP-RPSW.04.01.00-26-...../09-17 zmieniła się również kwota nierozliczonej płatności zaliczkowej dofinansowania która wynosi: **57 931,42 zł (słownie: pięćdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset trzydzieści jeden złotych 42/100).**

Wobec powyższego, Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2007-2013 poinformowała Beneficjenta o konieczności zwrotu środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w łącznej wysokości: **174 596,54 zł (słownie: sto siedemdziesiąt cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych 54/100)** wraz z należnymi odsetkami. W związku z tym, iż zmieniła się kwota rozliczonej zaliczki uległy również zmianie odsetki z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki przekazanej na podstawie Umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../09-00 o dofinansowanie projektu nr WND-RPSW.04.01.00-26-...../09, liczone od kwoty zaliczki w wysokości 2 326 068,58 zł od dnia przekazania tej zaliczki tj. 05.02.2015r. do dnia wpłynięcia wniosku o płatność rozliczającego powyższą płatność zaliczkową (tj. do dnia 25.02.2015r.). Ponadto, określono kwotę odsetek od nieterminowo rozliczonej zaliczki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w kwocie **10 706,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy siedemset sześć złotych 00/100)** z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki.

W związku z powyższym, w dniu 20.01.2016 r. Instytucja Zarządzająca stosownie do postanowień art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego sporządziła zawiadomienie Strony o przygotowaniu materiału dowodowego (tj. pismo znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-3-2016-BB). W terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszego zawiadomienia, Strona mogła zapoznać się z aktami sprawy, w oparciu o które zostanie podjęta stosowna decyzja i wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Dokumentacja została udostępniona do wglądu w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, ul. Sienkiewicza 63. Przedmiotowe zawiadomienie z dnia 20.01.2016 r. zostało odebrane przez Stronę w dniu 26.01.2016r.

W związku z brakiem zwrotu przez Stronę środków wraz z odsetkami zaistniała konieczność, zgodnie z treścią art. 207 ust. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wydania przez Instytucję Zarządzającą odpowiedniej decyzji o zwrocie środków.

W tak ustalonym stanie faktycznym i po przeanalizowaniu całości zgromadzonego materiału dowodowego należy stwierdzić, co następuje:

Zgodnie z art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju za prawidłową realizację programu odpowiada w przypadku programu operacyjnego - instytucja zarządzająca, którą jest odpowiednio minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego lub zarząd województwa.

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 15 ww. ustawy do zadań instytucji zarządzającej należy 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.

Jednocześnie, zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 15a ww. ustawy do zadań instytucji zarządzającej należy ustalanie i nakładanie korekt finansowych, o których mowa w art. 98 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.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885, z późn. zm.) w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,

– 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, z zastrzeżeniem ust. 8 i 10.

Na podstawie art. 207 ust. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885, z późn. zm.) po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej lub instytucji pośredniczącej w rozumieniu ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju albo ustawy z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków, z uwzględnieniem ust. 2.

Ponadto, w związku z art. 189 ust. 3 i 3b ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885, z późn. zm.) „*w przypadku niezłożenia wniosku o płatność na kwotę lub w terminie, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie ust. 4, od środków pozostałych do rozliczenia, przekazanych w ramach zaliczki, nalicza się odsetki jak dla zaległości podatkowych, liczone od dnia przekazania środków do dnia złożenia wniosku o płatność. W przypadku stwierdzenia okoliczności, o których mowa w ust. 3, instytucja, która podpisała umowę z Beneficjentem, wzywa go do:*

*a) zapłaty odsetek lub*

*b) wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności*

*- w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.*

*Po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 3a, organ pełniący instytucji zarządzającej, instytucji pośredniczącej w rozumieniu ustawy z 10 lipca 2015r. o wspieraniu o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego lub ustawy z dnia 3 kwietnia 2009 r. o wspieraniu zrównoważonego rozwoju sektora rybackiego z udziałem Europejskiego Funduszu Rybackiego wydaje decyzję o zapłacie odsetek określającą:*

*1) kwotę środków, od których nalicza się odsetki;*

*2) termin, od którego nalicza się odsetki, a także sposób ich zapłaty. Przepis art. 207 ust. 2 stosuje się odpowiednio.”*

W związku z regulacją prawną art. 67 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych niniejszą ustawą stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23) i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2015 r., poz. 613 z późn. zm.).

W świetle art. 104 i art. 107 ustawy kpa, organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, która rozstrzyga sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończąc sprawę w danej instancji.

W świetle art. 41 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r., poz. 1392 z późn. zm.) do zadań zarządu województwa należy w szczególności przygotowywanie projektów strategii rozwoju województwa, planu zagospodarowania przestrzennego i regionalnych programów operacyjnych oraz ich wykonywanie.

Na podstawie art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r., poz. 1392) decyzje wydane przez zarząd województwa w sprawach z zakresu administracji publicznej podpisuje marszałek. W decyzji wymienia się imiona i nazwiska członków zarządu, którzy brali udział w wydaniu decyzji.

Obowiązki państw członkowskich i Komisji w zakresie wydatkowania środków finansowych budżetu Unii doprecyzowano w przepisach sektorowych, które w dziedzinie polityki spójności zostały ustanowione w art. 14 i art. 70–74 Rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006. Z przepisów tych wynika, że na państwach członkowskich ciąży dwójakiego rodzaju obowiązki: po pierwsze mają ustanowić i zapewnić skuteczne funkcjonowanie systemów zarządzania i kontroli dla realizacji programów operacyjnych, a po drugie,

prować działania w odniesieniu do nieprawidłowości: zapobiegać im, wykrywać je, odzyskiwać kwoty wypłacone nienależnie oraz informować Komisję o wykrytych nieprawidłowościach i przebiegu postępowań prowadzonych w tych sprawach (art. 70 Rozporządzeniem Rady (WE) 1083/2006).

W piśmie znak: BOŚ.041.12.2012 z dnia 08.06.2015r. Strona argumentując brak zgody na podpisanie Informacji Pokontrolnej wnosi, iż w przeprowadzonych postępowaniach w jej ocenie nie tylko nie miało miejsca naruszenie przepisów Prawa Zamówień Publicznych, ale również nie wystąpiła żadna przesłanka realnej czy też potencjalnej szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości nieprawidłowość powstaje również wtedy, gdy naruszane są przepisy prawa krajowego, przyjęte w celu wdrażania przepisów Unii. Należy uwzględnić, że przepisy prawa unijnego określają jedynie niektóre wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych budżetu Unii, pozostawiając państwom członkowskim ustanowienie pozostałych reguł na poziomie krajowym.

Przesłanki nieprawidłowości odnoszą się do zachowania sprawcy, które może polegać zarówno na działaniu, jak i na zaniechaniu działań, oraz do skutków tego zachowania. Konieczne jest bowiem, by zachowanie to spowodowało szkodę w budżecie Wspólnot (Unii) lub w budżetach zarządzanych przez Wspólnoty (Unię), albo szkodę taką mogło powodować. Pojęcie "szkoda" użyte w omawianej definicji oznacza uszczerbek finansowy dokonany w budżecie Unii lub w budżetach zarządzanych przez Unię, albo uszczerbek finansowy, na **jaki budżety te zostały narażone. Wynika stąd, że faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego nie jest przesłanką konieczną dla zakwalifikowania zachowania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem sama możliwość jego wystąpienia.**

W kontekście polityki spójności należy zauważyć, że dla potrzeb wydatkowania środków finansowych EFRR, EFS i FS definicję nieprawidłowości zawarto również w przepisie art. 2 pkt 7 Rozporządzeniem Rady (WE) 1083/2006 regulującym zasady wydatkowania tych środków. Została ona sformułowana na podstawie przesłanek ustalonych w art. 1 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE, EURATOM) NR 2988/95, przy jej jednoczesnym dostosowaniu do specyfiki polityki spójności. Uwzględniono bowiem, że w zakresie tej polityki naruszenie przepisów prawa unijnego może dotyczyć wyłącznie wydatkowej strony budżetu Unii, co następuje poprzez sfinansowanie lub groźbę sfinansowania nieuzasadnionego wydatku.

Odnośnie powstania szkody poprzez jedynie groźbę sfinansowania nieuzasadnionego wydatku i określenia jej wysokości za pomocą stawki ryczałtowej wskazać należy na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: do wymogu miarkowania przez Komisję wysokości nakładanej korekty finansowej, w tym do uwzględnienia przez nią ryzyka, na jaki narażone były unijne środki finansowe wskutek naruszenia obowiązków ustalonych w przepisach unijnych, Trybunał odniósł się w sprawie C-199/03 *Irlandia p. Komisji*. Trybunał, przychylając się do wniosku rzecznika generalnego, stwierdził, że „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą



poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję". Rzecznik generalny wskazał, że interesom Unii i poszanowaniu prawa unijnego mogą poważnie szkodzić braki lub nieścisłości procedur zarządzania i kontroli funduszy, które nie wywołują żadnego skutku finansowego, a zatem tego typu braki i nieścisłości w procedurach uzasadniają stosowanie korekty finansowej. W orzecznictwie Trybunału wskazać można więcej orzeczeń, w których potwierdzał on prawo Komisji do obniżenia lub anulowania unijnej pomocy finansowej ze względu na naruszenia przepisów, których skutki finansowe były trudne do oszacowania.

Komisja jest uprawniona do pokrywania z budżetu Unii jedynie takich wydatków, które zostały dokonane zgodnie z prawem unijnym, a w przypadku stwierdzenia naruszenia tego rodzaju reguł, zobowiązana jest wyłączać finansowanie unijne i nałożyć korektę finansową.

Trybunał uznał ponadto, że zasada umożliwiająca pokrywanie z budżetu Wspólnoty (Unii) wyłącznie wydatków poniesionych zgodnie z prawem wspólnotowym (unijnym), znajduje zastosowanie również w odniesieniu do funduszy finansujących politykę spójności, czemu dał wyraz w sprawie C-199/03 *Irlandia p. Komisji*, dotyczącej nałożenia korekty finansowej ze względu na naruszenie zasady dodatkowości. W sprawie tej Trybunał przypomniał swoje orzecznictwo dotyczące finansowania wydatków ponoszonych w ramach wspólnej polityki rolnej, w którym uznawał, że jedynie wydatki dokonane w zgodzie z zasadami wspólnotowymi (unijnymi) są pokrywane z budżetu Wspólnoty (Unii). Trybunał uznał w tej sprawie, że zasada ta znajduje zastosowanie również w przypadku finansowania projektów ze środków finansowych EFS.

Analiza orzecznictwa Trybunału dotyczącego korekt finansowych prowadzi do wniosku, że przyjmuje on stosowaną przez Komisję praktykę ustalania ich wysokości na podstawie metodologii określonej w wytycznych.

Komisja przyjęła w wytycznych stosowanych w ramach polityki spójności, że podstawowym czynnikiem wpływającym na wysokość ryczałtowej korekty finansowej jest ocena ryzyka, na jakie były narażone środki finansowe budżetu Wspólnoty (Unii).

W wyroku z dnia 7 października 2004 r., C-153/01 Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „w przypadku trudnych spraw, w których nie sposób poznać dokładnej wysokości poniesionej szkody, strata dla środków wspólnotowych powinna zostać określona poprzez ocenę ryzyka, na które zostały one narażone na skutek uchybień (...)”.

Trybunał zauważył, że prawo do korzystania z publicznych środków finansowych oparte jest na koncepcji solidarności i musi być uzależnione od warunku, że ich beneficjent wypełnia wszelkie gwarancje rzetelności i wiarygodności. W rezultacie Trybunał uznał, że kwestionowana kara stanowiła specyficzny instrument administracyjny, stanowiący integralną część systemu pomocowego, który został ustanowiony w celu zapewnienia należytego zarządzania finansami Wspólnoty (Unii).

Dopiero w takim kontekście należy rozpatrywać definicję „nieprawidłowości” uwzględniającej rozmiar szkody w budżecie UE, gdyż, w ocenie Instytucji Zarządzającej, nie można tego dokonywać w ten sposób, iż z Rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006 Beneficjenci odnoszą się tylko do „szkody”, przenosząc to pojęcie na grunt prawa krajowego, pomijając utrwaloną linię orzeczniczą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odnoszącego się do tego problemu. Ponadto wskazać należy, iż ww. rozporządzenie skierowane jest przede wszystkim do państw członkowskich, którym zarazem umożliwiono stworzenie na szczeblu krajowym odpowiedniego ustawodawstwa i systemów realizacji pozwalających na wywiązanie się z nałożonych na nich obowiązków jako dysponentów środków unijnych. W świetle powyższego, w ocenie Instytucji Zarządzającej, zasadne jest twierdzenie, iż naruszenie procedur wydatkowania środków, które mogło spowodować poniesienie przez budżet UE szkody, której jednak rozmiaru ustalić się nie da, powodować musi nałożenie korekty finansowej w oparciu o uśrednione i abstrakcyjne wskaźniki zawarte w Taryfikatorze. Dokument ten stanowi część systemu realizacji programu operacyjnego, a jego reżimowi Strona dobrowolnie się poddała podpisując Umowę o dofinansowanie.

W przypadku wykrycia nieprawidłowości w wykorzystaniu środków pochodzących z funduszu UE państwa członkowskie zobowiązane są do dokonania korekt finansowych. Wynika to z art. 39 ust. 1 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1260/1999 (dotyczy perspektywy finansowej 2004/2006) oraz art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

Zgodnie z przepisem art. 60 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za: a) zapewnienie, że operacje są wybierane do finansowania zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu operacyjnego oraz że spełniają one mające zastosowanie zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres ich realizacji, b) weryfikację, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. Na podstawie już wyżej przywołanego art. 70 ust. 1 lit. b i ust. 2 Rozporządzenia Rady nr 1083/2006 państwa członkowskie są odpowiedzialne za zarządzanie programami operacyjnymi i ich kontrolę, w szczególności za pomocą zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości oraz odzyskiwania kwot nienależnie wypłaconych wraz z odsetkami z tytułu zaległych płatności w stosownych przypadkach.

Powyższe rozporządzenie reguluje także procedury odzyskiwania środków wypłaconych z funduszy unijnych, a także korekty finansowe, do których dokonywania zobowiązane są państwa członkowskie. Zgodnie z art. 98 ust. 1 rozporządzenia Rady nr 1083/2006, państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. W myśl ust. 2 ww. przepisu państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez

państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

Zgodnie z art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 dla jego celów przez termin "nieprawidłowość" rozumieć należy: jakiekolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Jak już powyżej wskazano Komisja Europejska jak również TSUE (ETS) przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, obejmującą zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Oznacza to, iż do popełnienia nieprawidłowości, w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 dochodzi również wtedy, gdy naruszony został przepis krajowy ustanawiający wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych z budżetu Unii, przyjęty w obszarach nieuregulowanych prawem unijnym lub ustanawiający wymogi bardziej rygorystyczne od tych, które wynikają z przepisów prawa Unii.

Analiza przepisów prawa Unii prowadzi do jednoznacznej konstatacji, iż wykrycie naruszenia czy to tego prawa, czy też prawa krajowego i uznanie go za nieprawidłowość, w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, prowadzi do powstania obowiązków ustanowionych prawem unijnym, a wiążących się z wykryciem nieprawidłowości, w tym obowiązku nałożenia korekty finansowej i odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo.

Podstawowy akt prawa krajowego, który określa zasady prowadzenia polityki rozwoju, podmioty prowadzące tę politykę oraz tryb współpracy między nimi, stanowi ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Zgodnie z art. 25 pkt 1 w zw. z art. 5 pkt 2 ww. ustawy za przygotowanie i prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada instytucja zarządzająca, którą w przypadku programu regionalnego jest zarząd województwa. Do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi (art. 26 ust. 1):

- zawieranie z beneficjentami umów o dofinansowanie projektu lub podejmowanie decyzji, o której mowa w art. 28 ust. 2;
- określenie kryteriów kwalifikowalności wydatków objętych dofinansowaniem w ramach programu operacyjnego;
- określenie poziomu dofinansowania projektu, jako procentu wydatków objętych dofinansowaniem;
- określenie systemu realizacji programu operacyjnego;
- zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych;
- dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjentów;

- prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów;
- 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;
- ustalanie i nakładanie korekt finansowych, o których mowa w art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

Strona w piśmie znak: BOŚ.041.12.2012r. z dnia 07.07.2015r. wnosi o weryfikację naliczonej korekty finansowej zawartej w Zaleceniach Pokontrolnych do Informacji Pokontrolnej Nr 15/IV/RPO/2015 z dnia 23.06.2015r., która została wymierzona Beneficjentowi zgodnie z Taryfikatorem. Zdaniem Strony Taryfikator nie jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa, a w latach kolejnych ulegał zmianom. Strona wyjaśnia, iż biorąc pod uwagę datę zawarcia umowy na dofinansowanie obowiązująca wersja Taryfikatora była wprowadzona pismem Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 07.04.2010r. nr DKF-IV-8121-GB-10, w którym nie wymienia się nieprawidłowości polegającej na zmianie warunków umowy poprzez zmianę terminu wykonania robót jako naruszenie art. 144 ustawy PZP. W związku z powyższym w opinii Strony nie ma podstaw do nałożenia korekty finansowej w wysokości 901 518,46 zł. W powyższym opracowaniu Ministerstwa Rozwoju Regionalnego zdaniem Strony zaakcentowane zostało, iż posługiwanie się metodą wskaźnikową ma charakter subsydiarny i jest uzasadnione tylko w sytuacji gdy nie ma zastosowania metoda dyferencyjna. W ocenie Strony korekta finansowa w wysokości **905 988,46 zł** została naliczona w oparciu o obecnie obowiązujący Taryfikator, w którym wymiar wskaźnika dotyczący nieprawidłowości tego typu dla Strony powoduje największe restrykcje.

Co do stosowania danej wersji Taryfikatora, to stosowano Taryfikator w wersji z dnia, w którym dokonano danego naruszenia, chyba że wersja późniejsza okazała się dla Beneficjenta bardziej korzystna. Zgodnie z tym, co zostało opisane w Taryfikatorze: „Jeżeli nie ma możliwości ustalenia wysokości korekty finansowej za określoną nieprawidłowość za pomocą metody dyferencyjnej, a nieprawidłowość ta nie została uwzględniona w tabelach, należy przyjąć wskaźnik procentowy odpowiadający najbliższej rodzajowo kategorii naruszenia”, a zapisy zawarte w Taryfikatorze nie stanowią katalogu zamkniętego, o czym świadczy również zamieszczony tam zapis – „Zawarte w załączniku tabele zawierające kategorie nieprawidłowości oraz odpowiadające im wskaźniki procentowe służące obliczaniu wartości korekty finansowej są, na tyle na ile jest to możliwe, wyczerpujące. Jeżeli jednak stwierdzona nieprawidłowość nie została uwzględniona w tabeli właściwej dla danego zamówienia, należy przyjąć wskaźnik procentowy odpowiadający najbliższej rodzajowo kategorii naruszenia zawartej w tej tabeli.”

I tak w przedmiotowej sprawie odnośnie naruszenia art. 144 PZP zastosowano najbardziej korzystną wersję Taryfikatora. Na wagę danej nieprawidłowości i stopień

zagrożenia dla finansów UE przez nią spowodowanych rzutuje również powszechność jej występowania, co skutkować może nałożeniem korekty systemowej. Tym samym kazuistyczne opisanie danej nieprawidłowości w późniejszej wersji Taryfikatora nie świadczy o braku możliwości spowodowania przez nią szkody potencjalnej w budżecie UE w okresie wcześniejszym, wręcz przeciwnie – na skutek powszechności jej występowania ocena tego ryzyka jest równa lub wyższa niż uprzednio. I tak odnośnie przedmiotowego naruszenia w chwili podpisania umowy tj. w dniu 3 sierpnia 2011 roku opierając się o Taryfikator z dnia 1 kwietnia 2011 r. Instytucja Zarządzająca mogłaby nałożyć na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 100% uznając, iż taka nieprawidłowość nie występuje w Taryfikatorze i uznać taki wydatek za niekwalifikowalny w całości. Prawdopodobnie takiego postępowania potwierdza również uzasadnienie do *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień*, gdzie wskazano, że w przypadku gdy nie ma zastosowania taryfikator – w przypadku braku możliwości stosowania go „odpowiednio”, to jedynym akceptowalnym rozwiązaniem jest zwrot całości dofinansowania związanego z danym wydatkiem. W późniejszym Taryfikatorze, obowiązującym w czasie przeprowadzenia przedmiotowego przetargu określono, iż za takie naruszenie opisane jako „*Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy*” – Tabela 4 poz. 17, wskaźnik korekty wynosi 10 %. Najnowsza wersja Taryfikatora za to naruszenie wskazane w Tabeli 2 poz. 26 określa wskaźnik korekty w wysokości 25%. Z tego też względu IZ wymierzając przedmiotową korektę posłużyła się najkorzystniejszą dla Beneficjenta wersją Taryfikatora określającą stawkę wskaźnikową za to naruszenie na poziomie 10% wkładu dofinansowania unijnego.

Należy także pamiętać o charakterze i funkcji Taryfikatora, który stosuje się pomocniczo w przypadku stwierdzenia naruszeń PZP, gdzie jak wskazano w Tabeli nie mają charakteru zamkniętego i jeśli dane naruszenie PZP zostało stwierdzone, to do określenia abstrakcyjnego i uśrednionego stopnia szkodliwości danego naruszenia należy stosować najbardziej zbliżoną rodzajowo kategorię. Nie można zasadnie twierdzić, iż niewątpliwe naruszenie PZP skutkujące potencjalnym ograniczeniem kręgu wykonawców przy tym samym brzmieniu przepisów PZP regulujących tę kwestię raz stanowi naruszenie skutkujące nałożeniem korekty finansowej, a raz nie jedynie z powodu braku wskazania tego naruszenia wprost w danej wersji Taryfikatora. Podobnie w przetargu, którym stwierdzono naruszenie Pzp poprzez żądanie (Rozdział 9 *Informację o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczać Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*, pkt 6 SIWZ) by Wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty. W chwili podpisania umowy tj. w dniu 3 sierpnia 2011 roku opierając się o Taryfikator z 1 kwietnia 2011 roku Tabela 2 poz. 16 „*Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców*” Instytucja Zarządzająca nałożyłaby na Beneficjenta korektę finansową w wysokości 5%. W późniejszym Taryfikatorze, obowiązującym w czasie przeprowadzenia przedmiotowego przetargu za naruszenie opisane jako „*Określenie dyskryminujących warunków udziału*

w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert” – Tabela nr 2 poz. 12 Instytucja Zarządzająca również przyjęła 5% wskaźnik procentowy W% stosowany dla obliczenia wysokości korekty finansowej dla zamówień publicznych. Najnowsza wersja Taryfikatora za to naruszenie wskazane w Tabeli nr 4 po. 17 pod nazwą „Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców” również określa wskaźnik korekty w wysokości 5%. W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca wymierzając przedmiotową korektę posłużyła się najkorzystniejszą dla Beneficjenta wersją Taryfikatora określającą stawkę wskaźnikową za to naruszenie na poziomie 5% wkładu dofinansowania unijnego.

Pamiętać również trzeba, iż IZ jako dysponent środków unijnych, orzeka w przedmiotowej sprawie o zwrocie środków pochodzących z budżetu UE z powodu poniesienia ich z naruszeniem procedur wydatkowania skutkującym niemożnością uznania ich za wydatki kwalifikowalne w projekcie i jedynie ze względu na zasadę proporcjonalności, stosowaną gdy naruszenie nie miało wielkiego wpływu na wynik postępowania, a tylko naraziło budżet UE na poniesienie wydatku w zawyżonej wysokości, której to straty nie sposób oszacować. IZ zobowiązana jest do anulowania wkładu finansowego w oparciu o uśrednione i abstrakcyjne wskaźniki szkodliwości danego naruszenia posiłkując się przy tym zapisami Taryfikatora. Dokument ten opracowany przez Komisję Europejską, a później przekazany przez MRR stanowi instrument mający zapewnić równość traktowania Beneficjentów przy uwzględnieniu oceny stopnia ryzyka na jakie budżet europejski został narażony w wyniku popełniania danego naruszenia, stąd jego kolejne wersje, opracowywane przez MRR z uwzględnieniem wyników audytów Komisji Europejskiej i biorąc pod uwagę również powszechność występowania danego naruszenia, są coraz bardziej kazuistyczne. Zmieniają się też wskaźniki procentowe niektórych z naruszeń, jeśli w ocenie KE i MRR, stają się one na tyle częste, iż w wyższym stopniu zagrażają budżetowi UE. Raz jeszcze podkreślić należy, iż przy ocenie czy należy anulować wkład pochodzący z UE w pierwszej kolejności oceniane jest czy dany wydatek spełnia kryteria kwalifikowalności, czyli czy nie doszło do m.in. naruszenia procedur wydatkowania tych środków np. prawa zamówień publicznych i jeśli analiza pokazuje, że doszło do takiego naruszenia, to uznać należy, iż wydatek nie spełnia kryteriów kwalifikowalności. W następnej kolejności należy zbadać czy dane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania i w jakim zakresie. Jeśli wpływ był i naruszył podstawowe zasady prawa zamówień w stopniu znacznym, to IZ jest uprawniona, a zarazem zobowiązana do rozwiązania umowy o dofinansowanie (§ 10 ust. 3 Umowy o dofinansowanie), a w przypadku naruszeń mniejszej wagi powinna ocenić ryzyko na jakie budżet UE został narażony w wyniku danego naruszenia posiłkując się przy tym Taryfikatorem i wskaźnikami tam podanymi przyjmując najbardziej zbliżoną kategorię nieprawidłowości. Pamiętać należy jednak, że kluczowe jest stwierdzenie, iż doszło do naruszenia procedur wydatkowania przekazanych środków i uznanie, że takie naruszenie naraziło budżet UE na finansowanie wydatków w zawyżonej wysokości. Bez znaczenia jest tutaj czy dana nieprawidłowość została w Taryfikatorze opisana dokładnie w takim kształcie jak nieprawidłowość, której dopuścił się dany Beneficjent, gdyż jak już podniesiono, kategorie nieprawidłowości nie mają charakteru zamkniętego i w przypadku braku opisu konkretnego naruszenia należy przyjąć kategorię najbardziej do

niej zbliżoną. Podkreślić należy także, iż nie tylko IZ kontroluje prawidłowość przeprowadzonych postępowań (także np.: UKS, audyty KE), a korekty, przy uwzględnieniu najbardziej aktualnej wersji Taryfikatora, nakładane są również na IZ.

I tak, w przypadku gdy w projektach w ramach danego działania zostanie stwierdzona (nie przez IZ) dana nieprawidłowość, a poziom takich nieprawidłowości niewykrytych przez kontrolę IZ przekroczy w ramach danego działania pułap 3%, to na całe działanie nakładana jest systemowa korekta finansowa zgodnie z najbardziej aktualną wersją Taryfikatora, którą pokryć musi dany dysponent środków pochodzących z UE.

Minister Rozwoju Regionalnego pismem z dnia 14 marca 2008 r., znak: DPW-IV-079-32-GB/08 przekazał instytucjom zarządzającym oraz pośredniczącym dokument pt. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” tj. Taryfikator wraz z załącznikiem „Wskaźniki procentowe do obliczania wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych współfinansowanych ze środków funduszy UE”. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, opracowując Taryfikator zastosowało liberalne podejście do problemu nakładania korekt finansowych w przypadku wykrycia naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych. Mając za punkt odniesienia Wytyczne Komisji Europejskiej przewidziano bowiem, we wszystkich możliwych przypadkach, nakładanie korekt w wysokości odpowiadającej najniższemu poziomowi korekty przewidzianemu w Taryfikatorze COCOF. Komisja Europejska stoi na stanowisku, iż obniżenie wskaźnika korekty finansowej wskazanej w Taryfikatorze może zaistnieć jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które nie budzą wątpliwości i zostaną należycie uzasadnione (tak, np.: w stanowisku przekazanym przez MRR pismem z dnia 13 października 2011 roku, sygn. DKF-IV-8121-230-GB/11). Z tego też powodu w Taryfikatorze znalazł się zapis mówiący o tym, iż „Przedstawione w załączonych tabelach wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Obniżenie zalecanej stawki maksymalnej nie może jednak przekroczyć 50% wartości wskaźnika wyjściowego i jest dopuszczalne jedynie w odniesieniu do tych kategorii nieprawidłowości, którym nie zostały przypisane stawki korekt wyrażone w postaci przedziałów. W ich przypadku minimalny poziom korekty został bowiem wskazany wprost jako dolna granica przewidzianego przedziału. Do wspomnianych wcześniej okoliczności uzasadniających obniżenie zalecanego poziomu korekty zaliczyć należy m.in. poziomy korekt, które w analogicznych jak rozpatrywane przypadkach naruszeń zaproponowane zostały w raportach z przeprowadzonych audytów Komisji Europejskiej. Ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do Instytucji Zarządzającej właściwym programem operacyjnym.” Taryfikator, pomimo iż nie mieści się w katalogu aktów prawa powszechnie obowiązującego, zyskał moc obowiązującą na skutek włączenia go do umów o dofinansowanie podpisanych z beneficjentami, którzy to podpisując umowę wyrażają zgodę na zastosowanie przez Instytucję Zarządzającą zaleceń określonych w ww. dokumencie. Ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi, a jedną z tych

zasad jest obowiązek przestrzegania przepisów ustawy Prawo o zamówieniach publicznych i poddania się procedurze nakładania korekt finansowych za stwierdzone naruszenia ustawy PZP (§ 10 ust. 4 Umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-...../09-00 o dofinansowanie projektu).

Ustalanie wysokości korekty zgodnie z ww. dokumentem może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Zastosowanie wskaźników procentowych wskazanych w Taryfikatorze uzależniono od braku możliwości zastosowania metody dyferencyjnej, natomiast użycie właściwej tabeli uzależniono od wartości oraz przedmiotu danego zamówienia. Metoda dyferencyjna mająca pierwszeństwo stosowania polega na porównaniu wysokości rzeczywiście wydatkowanych środków na sfinansowanie zamówienia po zaistnieniu naruszenia ze stanem, jaki by istniał, gdyby nie nastąpiło rozpatrywane naruszenie. Przykładowo w sytuacji, w której zamawiający bezzasadnie odrzuca najtańszą ofertę i dopuszczając się naruszenia przepisów w zakresie prawa zamówień publicznych, dokonuje wyboru oferty droższej, wysokość korekty finansowej oblicza się metodą dyferencyjną poprzez różnicę pomiędzy ceną wybranej oferty a ceną oferty odrzuconej. Przy braku możliwości ustalenia szkody metodą dyferencyjną ze względu na brak rzeczywistej straty, co powoduje, że jej obliczenie dla konkretnego naruszenia ustawy Pzp jest trudne czy wręcz niemożliwe, dla ustalenia wysokości korekty posłużyć się należy metodą wskaźnikową. Stosując tę metodę, wysokość korekty oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia według wzoru:

$$W_k = W\% \times W_{kw} \times W_s,$$

gdzie:

$W_k$  – wysokość korekty finansowej;

$W_{kw}$  – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia;

$W_s$  – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE;

$W\%$  – wskaźnik procentowy nałożonej korekty.

Wskaźnik procentowy nałożonej korekty wyraża abstrakcyjny i uśredniony stopień „szkodliwości” określonego typu naruszenia. Przyjmuje się go w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do analizowanego dokumentu.

Postępowanie kontrolne Instytucji Zarządzającej miało na celu nie tylko wykazanie, iż takie naruszenie miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, ale również, że takie naruszenie mogło mieć potencjalnie wpływ na wynik postępowania. Szkada w budżecie ogólnym Unii Europejskiej jest określona, zgodnie z definicją nieprawidłowości z art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006, na dwa sposoby, jako szkoda rzeczywista lub szkoda



potencjalna. Na gruncie tej definicji, wykraczającej poza ramy szkody zdefiniowane w prawie cywilnym (gdyż tu definicja szkody wykracza poza szkodę realną i utracone korzyści, obejmując niejako „utracone korzyści”, które tylko potencjalnie mogły zostać utracone i w konsekwencji których rozmiaru oszacować się nie da), faktyczne wystąpienie szkody nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania naruszenia jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem sama możliwość jej wystąpienia. Zgodnie z ww. rozporządzeniem nieprawidłowością jest jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. W konsekwencji, do nałożenia korekty nie jest wymagane wystąpienie konkretnej szkody finansowej i udowodnienie jej wysokości. Wystarczającym jest wykazanie naruszenia prawa, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych, i z taką też sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. W przedmiotowej sprawie Taryfikator został wykorzystany jako część systemu realizacji Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013, z którym to systemem Beneficjent miał obowiązek się zapoznać i którego reżimowi dobrowolnie poddał się składając wniosek o dofinansowanie projektu, a następnie podpisując umowę o dofinansowanie. Wytyczne, co do zasady nie stanowią źródła prawa, lecz w stosunkach między stronami umowy, stają się warunkami umowy poprzez stosowne zapis w umowach (tak też wyroku NSA z dnia 8 maja 2014 roku, sygn. akt: II GSK 249/13).

Instytucja Zarządzająca nie podzieliła stanowiska Strony odnoszącego się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: BOŚ.271.1.2013 dotyczącego wyboru Wykonawcy dla zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” gdzie wynikiem rozstrzygnięcia postępowania było podpisanie w dniu 14.03.2013 r., pomiędzy Gminą ....., a konsorcjum wykonawców:....., umowy nr 1/R/BOŚ/2013 na realizację przedmiotowego zadania.

W wyniku weryfikacji przedmiotowego zamówienia Instytucja Zarządzająca uznała iż doszło do naruszenia art. 144 ustawy PZP poprzez podpisanie w dniu 19.12.2013 r. aneksu nr 2/R/BOŚ/2013, dokonującego zmiany umowy w § 2 pkt.1, tj. został zmieniony termin wykonania robót z dnia 30.09.2014 r. na dzień 31.01.2015 r. W związku ze zmianą terminu robót powyższym aneksem zostały również dokonane zmiany umowy w § 10 pkt. 2. tj. zostały zmienione terminy płatności oraz wysokość wypłaconych kwot.

Strona uzasadniając swoje działanie utrzymuje, iż Zamawiający nie naruszył art. 144 ustawy PZP poprzez podpisanie w/w aneksu, ponieważ dokonał zmiany umowy na podstawie przewidzianych w SIWZ zapisów w rozdziale XVI, pkt. 1., którego zapis brzmi: „Dopuszcza się możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia w następujących przypadkach: - wstrzymania robót lub przerw w pracach powstałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub osób trzecich.

Konsekwencją przesunięcia terminu zakończenia robót była zmiana w § 10 pkt. 2 umowy z Wykonawcą w zakresie terminu płatności faktur, ponieważ Zamawiający nie mógł wcześniej dokonać płatności, jeśli Wykonawca nie wykonał całego przedmiotu zamówienia

oraz nie uzyskał w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający dokonał płatności zgodnie z zapisami w § 10 pkt. 2 wzoru umowy tj. *Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty należności Wykonawcy na podstawie wystawianych dwóch faktur.*

Strona jako przyczynę zawarcia aneksu w dniu 19.12.2013 r. dokonującego zmiany terminu wykonania robót z dnia 30.09.2014r. na dzień 31.01.2015r. wskazuje w piśmie znak: BOŚ.041.12.2012r. z dnia 07.07.2015r., iż wystąpiło zagrożenie płynności finansowej Gminy z powodu braku wpływów planowanych dochodów własnych, co według Strony spowodowało przekroczenie dopuszczalnych wskaźników zadłużenia wynikających z ustawy o finansach publicznych. Niemniej jednak Strona składając dokumentację konkursową do dwuetapowego konkursu zamkniętego nr 3/09, w ramach Działania 4.1 pn. „*Rozwój regionalnej infrastruktury ochrony środowiska i energetycznej*” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013 musiała złożyć szereg Załączników umożliwiających możliwość udziału ww. konkursie. Jednym z takich załączników było Oświadczenie Beneficjenta i instytucji partycypujących finansowo w kosztach o posiadaniu środków niezbędnych do realizowania Projektu. Gmina .....oświadczyła w „*Oświadczeniu o zabezpieczeniu środków na realizację inwestycji*”, iż zabezpieczyła środki finansowe zapewniające minimum: pokrycie kosztów wkładu własnego do projektu pn. „*Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w .....*” w wysokości 3 595 087,55 zł. W celu potwierdzenia zabezpieczenia finansowego projektu Gmina .....dołączyła dokumenty potwierdzające zabezpieczenie wkładu własnego tj. wyciąg z Uchwały Budżetowej podjętej przez stosowny organ uchwałodawczy, Wieloletni Plan Inwestycyjny (WPI) w przypadku realizacji inwestycji poprzez kolejne lata po roku budżetowym oraz wieloletnia prognozę finansową Gminy .....na lata 2011-2022. Gmina .....oświadczyła również, że minimum 5% wkładu własnego do kosztów całkowitych projektu stanowią środki własne pochodzące z dochodów własnych Gminy lub z pożyczek /kredytów.

W związku z powyższym, Instytucja Zarządzająca nie zgodziła się z argumentami Strony wyjaśniając, że nie można uznać, iż nowymi okolicznościami, których nie można przewidzieć w momencie zawierania umowy z Wykonawcą są zmiany związane z montażem finansowym projektu w zakresie wysokości środków własnych z pożyczki z WFOŚ i GW w Kielcach. Strona sama określiła w w/w oświadczeniu, że zabezpieczyła środki na realizację projektu, które wynikały również z dochodów własnych gminy. W związku z wyjaśnieniami Strony dotyczącymi braku możliwości przewidzenia w momencie zawierania umowy z wykonawcą Instytucja Zarządzająca uważa, iż mogło dojść do naruszenia dyscypliny finansów publicznych w związku z niezabezpieczeniem środków finansowych w wystarczającej wysokości na realizację zadania przed podpisaniem umowy z Wykonawcą realizacji dochodów własnych Gminy w I półroczu 2013r.

Strona wniosła pismem znak: BOŚ 041.12.2012 z dnia 15.05.2015r., iż nowe okoliczności dotyczyły również montażu finansowego projektu w zakresie wysokości środków własnych z pożyczki z WFOŚ I GW w Kielcach. Strona wyjaśnia, iż montaż finansowy przedmiotowego projektu opierał się na częściowym finansowaniu z pożyczki środków własnych w wysokości 2 290 000,00 zł, aby zachować płynność finansową dla zadania realizowanego z udziałem środków zagranicznych. W dniu 25 września 2013 roku

Zamawiający uzyskał informację, iż dla umów zawartych w 2014 roku zmieniają się zasady udzielania pożyczek, w tym zmniejszenie oprocentowania o 1% w stosunku do 2013 roku. W związku z powyższym zdanem Strony zasadnym było podpisanie umowy pożyczki w roku 2014 na oprocentowanie 3%, a tym samym sporządzenie Aneksu Nr 2/BOŚ/2013 do umowy z wykonawcą robót budowlanych w zakresie terminu zakończenia robót budowlanych oraz przyszłych płatności.

Strona dodatkowo wskazała, iż zgodnie z Analizą Finansową z dnia 03.10.2013r. w skutek zmiany oprocentowania pożyczki z WFOŚ i GW w Kielcach koszty obsługi planowanej do zaciągnięcia pożyczki obniżą się o 47 000,00 zł. Jednocześnie, Strona we wzorze umowy stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i w konsekwencji w zawartej umowie jako przypadek dopuszczalności opóźnienia terminu zakończenia przedmiotu umowy określiła wstrzymanie robót lub przerw w pracach powstałych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub osób trzecich wskazując to zdarzenie jako nadzwyczajne, występujące po zawarciu umowy, a którego nie można było przewidzieć momencie jej zawierania i których zaistnienie lub skutki uniemożliwiają wykonanie umowy zgodnie z jej treścią.

Instytucja Zarządzająca wyjaśnia, iż nie można uznać, że nowymi okolicznościami, których nie można było przewidzieć w momencie zawierania umowy są zmiany związane z montażem finansowym projektu w zakresie wysokości środków własnych z pożyczki z WFOŚ I GW w Kielcach. Instytucja Zarządzająca wskazuje iż podpisanie przez Stronę umowy pożyczki z WFOŚ I GW w Kielcach miało miejsce w dniu 09.04.2014r., a zgodnie z zapisami w SIWZ zakończenie realizacji zadania określono na 30.09.2014r. W związku z powyższym podpisanie umowy pożyczki z WFOŚ I GW nie mogło mieć żadnego wpływu na zmianę terminu realizacji zadania, a tym bardziej na zmianę terminu płatności i wysokości transz.

Należy zauważyć, iż w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znak: BOŚ.271.1.2013 dotyczącego wyboru Wykonawcy dla zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” wpływały do Zamawiającego pytania od uczestników postępowania, czy możliwa jest zmiana terminu zakończenia robót oraz czy Zamawiający dopuszcza możliwość wystawienia płatności częściej niż raz w roku na podstawie protokołów i faktur. Strona udzielając odpowiedzi na powyższe pytania nie przewidywała zmiany terminu zakończenia realizacji zadania ani też nie dopuszczała płatności częściowych innych niż w projekcie umowy. W ramach postępowania w trybie przetargu nieograniczonego dot. zadania pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....” do Strony jako Zamawiającego zostało skierowane zapytanie: „W załączniku nr 8 tj. we wzorze umowy § 3 pkt 2 wprowadzony jest sztywny termin zakończenia robót, prosimy o jego zmianę i wprowadzenie zapisu realizacji robót w miesiącach od dnia podpisania umowy, z uwagi na trudny do przewidzenia czas zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.” Strona w odpowiedzi na ww. postulat wskazała, że: „Zamawiający nie przewiduje zmiany terminu zakończenia przedmiotu zamówienia, ponieważ projekt jest współfinansowany z Unii Europejskiej w ramach RPOWŚ na lata 2007-2013 i zobligowany do rozliczenia środków pomocowych do końca 2014 r.”

Ponadto, zostały również w ramach niniejszego postępowania skierowane do Strony następujące zapytania:

- I. Prosimy o potwierdzenie w załączniku nr 8 tj. we wzorze umowy § 7 pkt. 1 i pkt. 2, iż płatność będzie w dwóch transzach – pierwsza do 100 000,00 w 2013r., zaś pozostała kwota w 2014r.
- II. Zgodnie ze wzorem umowy „Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty należności Wykonawcy na podstawie wystawionych dwóch faktur:
  - a) Pierwsza płatność w 2013 roku – częściowa po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót na kwotę nie większa niż 100 000,00 zł,
  - b) Druga płatność w 2014 roku – końcowa po zakończeniu całego zakresu rzeczowego robót” Wnosimy o zmianę tego zapisu na płatności częściowe w okresach miesięcznych.
- III. Czy Zamawiający dopuszcza możliwość wystawienia płatności częściej niż raz w roku na podstawie protokołów i faktur częściowych?

Strona w odpowiedzi na ww. zapytania wskazała, że: *„Zamawiający nie dopuszcza płatności częściowych, innych niż w projekcie umowy i potwierdza że zapłata należności Wykonawcy nastąpi na podstawie dwóch faktur tj.:*

*- pierwsza płatność w 2013 roku – częściowa po wykonaniu odpowiedniego zakresu robót na kwotę nie większą niż 100 000,00 zł (słownie: sto tysięcy).*

*- druga płatność w 2014 roku – końcowa po zakończeniu całego zakresu rzeczowego robót. Prawo Wykonawcy do żądania zmiany treści tej specyfikacji. Wniosek wykonawcy jest w istocie wnioskiem zmierzającym do zmiany warunków na jakich Zamawiający chce zawrzeć umowę”.*

Powyższe zmiany mogły prowadzić do naruszenia zasady konkurencyjności i stawiać niektórych z wykonawców w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a tym samym do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Gdyby bowiem inni wykonawcy wcześniej posiadali wiedzę o tym, że przy realizacji zamówienia będą możliwe zmiany terminu realizacji zadania i formy płatności co mogłoby się przyczynić do obniżenia kosztów wykonania zamówienia, być może zaproponowaliby w ofercie niższą cenę niż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe czynniki w konsekwencji mogłyby doprowadzić do zmiany wyniku postępowania. W związku z czym, Instytucja Zarządzająca uznaje za bezzasadny argument Strony, iż w sposób równy traktowała wszystkich Wykonawców.

Mając na uwadze powyższe argumenty, Instytucja Zarządzająca uważa, iż wprowadzenie istotnych zmian przy zawieraniu umowy wymaga odpowiedniego sformułowania postanowień SIWZ. Umowa może zostać zmieniona jedynie wówczas, gdy możliwość wprowadzenia takiej zmiany została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub

SIWZ. Dodatkowym wymogiem uprawniającym do zmiany umowy jest także określenie w ogłoszeniu lub SIWZ warunków wprowadzania zmian umowy.

Ustawa Zamówień Publicznych bardzo rygorystycznie reguluje zasady wprowadzania zmian do treści umów. Ograniczenie możliwości wprowadzania zmian wynika z charakteru uprzednio prowadzonego postępowania, którego zasadniczym celem jest wybór wykonawcy, który na warunkach określonych przez organizatora postępowania złożył najkorzystniejszą ofertę. Późniejsze zmiany umowy mogą doprowadzić do sytuacji, w której ostateczny kształt umowy będzie odbiegał od wzoru załączonego do specyfikacji. Obwarowania związane ze zmianą umowy mają na celu wskazanie już na etapie prowadzenia postępowania, dopuszczalnych granic zmian wprowadzanych do umowy, po to, by każdy z uczestników postępowania został dokładnie poinformowany w jakim zakresie przewiduje się zmiany przyszłej umowy.

Z uwagi na to, że umowa w sprawie zamówienia publicznego posiada „publiczny” status swoboda umów, która wyposaża strony umowy cywilnoprawnej w możliwość jej zmiany, doznaje istotnych ograniczeń na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych. Z orzecznictwa Sądu Najwyższego można wysnuć wniosek, że z naruszeniem zasad współżycia społecznego będziemy mieli do czynienia m.in., gdy postanowienia umowne są obiektywnie niekorzystne dla jednej ze stron (sam brak ekwiwalentności świadczeń nie skutkuje automatycznie naruszeniem zasad współżycia społecznego), a do takiego ukształtowania stosunków umownych doszłoby przy, świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Powyższe ma istotne znaczenie w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego gdzie Zamawiający jest stroną o znacznie silniejszej pozycji. Jednakże wskazać należy, iż Zamawiający przy kształtowaniu istotnych postanowień umownych, winien tak je kształtować, aby uwzględniały nie tylko jego potrzeby tudzież wymagania, ale również interes drugiej strony umowy jaką jest Wykonawca. Powyższe potwierdza Sąd Najwyższy w następujących wyrokach: Wyroki SN z dnia 18 marca 2008 r., sygn. IV CSK 478/07 z dnia 11 września 2003 r., sygn. III CKN 579/01, z dnia 8 października 2004 r., sygn. V CK 670/03 czy z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. II CK 739/04) wskazując, że za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego uznać należy także umowy sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności oraz kształtujące wzajemne prawa i obowiązki w sposób rażąco nierównoważny.

Możliwość wnoszenia zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego ustawodawca uregulował w art. 144 ustawy PZP. Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy PZP zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W ust. 2 omawianego przepisu ustawodawca wskazał, że zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust.1 podlega unieważnieniu.

Prawodawca nie przewidział możliwości dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu

o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Wobec powyższego, ustawodawca uzależnił możliwość dokonania istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego od przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z określeniem warunków takiej zmiany. W przepisie powyższym mowa o zmianie istotnej. Natomiast powyższa regulacja nie określa jakim zmianom można przypisać charakter zmian istotnych. W uzasadnieniu do projektu opierając się o komentarz M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Warszawa 2014 wskazano, że należy rozumieć, iż wiedza o wprowadzeniu zmian nieistotnych do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Powyższe znalazło potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. W wyroku ETS z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 Komisja WE przeciwko CAS Succhi di Frutta (Druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI kadencji) wskazano, że jeżeli modyfikacja umowy jest tego typu, że gdyby była ona znana Wykonawcom w postępowaniu przetargowym poprzedzającym udzielenie danego zamówienia, mogliby oni złożyć istotnie odmienne oferty, zmiana musi być uznana za tożsamą z udzieleniem nowego zamówienia. Wykazanie w każdym indywidualnym przypadku, że taka sytuacja nie ma miejsca, należy do Zamawiającego, który chce dokonać takiej zmiany. Nadto w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur przeciwko Austrii* Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielenia zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia. Skonstatować należy, iż ww. wyroki Trybunału wskazują, że zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiana istotna winna być rozpatrywana z punktu widzenia społeczno – gospodarczego celu zobowiązania (Komentarz M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych., Warszawa 2014).

Instytucja Zarządzająca pragnie również podkreślić, iż nie stawia zarzutu Stronie, że nie przewidziała w SIWZ możliwości dokonania ww. zmian w umowie z Wykonawcą. Zarzut stawiany Stronie polega na tym, iż dokonane przez Stronę zmiany w umowie z Wykonawcą nie można uznać za „zdarzenia o charakterze nadzwyczajnym, występujące po zawarciu umowy, a których strony nie były w stanie przewidzieć w momencie zawierania i których zaistnienie lub skutki uniemożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią umowy” (vide: Rozdział XVI pkt 1 SIWZ zamówienia: Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....). Zmiana oprocentowania kredytów/pożyczek nie powinna stanowić czynnika uniemożliwiającego realizację przedmiotu zamówienia, ponieważ jak już wyżej omówiono Strona zobowiązana była przed rozpoczęciem realizacji inwestycji do zabezpieczenia środków finansowych na ten cel, a przedmiotowa zmiana powodowała obniżenie kosztów obsługi niniejszej pożyczki, a nie zwiększenie kwoty tej

pożyczki. Nie bez znaczenia jest również fakt, że kwota dofinansowania przyznanego w Umowie o dofinansowanie nie uległa zwiększeniu w trakcie realizacji Projektu, a co za tym idzie i wkład własny Gminy również nie został zwiększony.

Należy wskazać, iż warunek „z winy” Zamawiającego jest w istocie zbyt ogólny i służy w zasadzie obejściu zasady wyrażonej w art. 144 w szczególności gdy jest rozumiany w ten sposób jak zrobiła to Strona – nie odniosła się do okoliczności o obiektywnym charakterze, której nie można było przewidzieć, a Zamawiający w sposób dowolny dokonuje zmiany umowy z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców powołując się na taką okoliczność. Takie zrozumienie tych zapisów powodowałoby, iż zakaz zmiany umowy mógłby być obchodzony przez Zamawiających poprzez dodanie warunku, że zmiany są dozwolone jeśli, wynikają z winy Zamawiającego i każdorazowo branie Zamawiającego odpowiedzialności za dokonanie zmiany w umowie, dokonywanej w sposób dowolny z powołaniem się na okoliczność winy po stronie Zamawiającego. Jest to szczególnie widoczne w przedmiotowej sprawie, gdzie Zamawiający dokonał zmian Umowy w stosunku co do treści oferty z powołaniem się na okoliczność zawinioną przez siebie, której przewidzieć nie było można, co obiektywnie nie miało miejsca – w pierwotnej umowie o dofinansowanie przewidziana była zaliczka w kwocie 300 000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych 00/100), która następnie została zmniejszona na wniosek Beneficjenta do kwoty 50 000,00 (słownie: pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100), kwota ta z powodzeniem mogła służyć do zapłaty I raty przewidzianej w umowie z wykonawcą- „do 100 000,00 tys w 2013 roku” i nie było potrzeby jej aneksowania. Tym samym okoliczność zmiany oprocentowania pożyczki w 2014r. w żaden sposób nie mogła rzutować na aneksowanie tej Umowy, gdzie przewidziano przecież zapłatę za wykonanie jej przedmiotu po odbiorze końcowym – 30.09.2014r. O fakcie, iż w opinii IZ nie była to okoliczność której przewidzieć nie można było świadczy również to, że Beneficjent pismem z dnia 18.09.2012r. wnioskował już do Instytucji Zarządzającej o zmiany w harmonogramie wydatków kwalifikowalnych w kategorii prace budowlane – wskazując II kwartał 2015r. jako ukończenie tych prac.

Przedmiotowe zmiany umowy dokonano w sposób naruszający przepisy PZP, gdyż była to zmiana istotna. O istotności tej zmiany świadczy okoliczność, iż potencjalni Wykonawcy dopytywali się Zamawiającego, czy możliwa jest zmiana terminu realizacji zamówienia i sposobu rozliczania. Należy podkreślić doniosłość dokonanej zmiany Umowy w zakresie sposobu rozliczania z potencjalnym wykonawcą – przewidziany przez Zamawiającego sposób: dwie raty – jedna płatna w 2013r. – odpowiadająca wysokości wykonywanych prac, jednak nie więcej niż 100 000,00 (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) oraz kolejna płatna w 2014r. już po odbiorze końcowym prac powodują, iż potencjalni Wykonawcy musieli się liczyć w zasadzie z wykonaniem całości przedmiotu umowy na własny koszt, gdyż nie zostały przewidziane odbiory częściowe. Stąd też pytanie potencjalnych wykonawców, czy jest możliwa zmiana w tym zakresie. Kategoryczna odpowiedź Zamawiającego o niedopuszczalności takiej zmiany, a następnie już po podpisaniu Umowy, dokonanie takiej zmiany w sposób oczywisty naruszały zasadę konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców, co mógł zawęzić krąg Wykonawców i rzutować na cenę ofert, a to mogło potencjalnie prowadzić do powstania szkody w budżecie UE.

Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie (*Rozdział 9 Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczać Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, pkt 6 SIWZ*) by Wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył oświadczenie, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty w postępowaniu przetargowym dotyczącym wyboru Wykonawcy dla zadania pn. „*wykonanie projektu budowlano – wykonawczego na przebudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w.....*” które zostało wszczęte w dniu 31.10.2007 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w BZP pod numerem 209506 – 2007 Instytucja Zarządzająca stoi na stanowisku, iż dokument ten nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, a żądanie go stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy PZP, który mówi: „**W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.** Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

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

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

**2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane,** mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną.”

Strona zgodnie z treścią art. 7 ust.1 ustawy PZP zobowiązana była do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Do naczelnych zasad udzielenia zamówień publicznych należą zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Zasady te obejmują wszelkie czynności Zamawiającego i dotyczą wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także zapisów SIWZ. Ustalone przez Zamawiającego warunki określone w SIWZ powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji oferentów. Za oczywiste zatem należy uznać, że kryteria oraz warunki zamówienia, które muszą spełniać



oferenci, określone przez Zamawiającego w SIWZ, muszą być obiektywne, nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji oraz muszą być bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia i być określone w sposób nie budzący wątpliwości. Prawidłowy opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zawsze obowiązkiem zamawiającego, który winien zostać wykonany z poszanowaniem zasad udzielania zamówień, a w szczególności dyrektyw art. 7 ust.1 PZP.

Określenie świadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców jest kompetencją Zamawiającego, który to określa te warunki przy uwzględnieniu zakresu oraz charakteru zamówienia z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Sposób sformułowania jakie oświadczenia i dokumenty wymagane są od wykonawców powinien umożliwić jak najszerszej grupie wykonawców ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też dokonywanie przez Zamawiającego jakichkolwiek ograniczeń czy zawężeń w opisie oświadczeń i dokumentów wymaganych dla wykonawców może skutkować zarzutem naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W celu zapewnienia równego traktowania wszystkich wykonawców Zamawiający jest zobowiązany umożliwić złożenie na tych samych warunkach oferty przez każdego z wykonawców.

Przepisy art. 11 i 12 ustawy Prawo zamówień publicznych dość drobiazgowo regulują zagadnienia związane z trybem publikacji ogłoszeń o zamówieniach, nakładając w tym zakresie na Zamawiającego szereg obowiązków. Nie ulega wątpliwości, że ma to na celu zapewnienie jak najszerszej i przede wszystkim jednolitej wiedzy wszystkim potencjalnym wykonawcom. Wiedza ta (informacje wynikające z treści ogłoszenia), jak i samo ogłoszenie, służy zachowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz jawności postępowania. To właśnie dzięki publikowaniu ogłoszeń wszystkie podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia mogą w tym samym czasie i na jednakowych warunkach (wynikających z treści ogłoszenia) uzyskać dostęp do kluczowych informacji o zamówieniu. Zdaniem Instytucji Zarządzającej postępowanie musi być dostępne na równych zasadach dla każdego potencjalnego wykonawcy, który w związku z zakresem prowadzonej działalności może być choćby potencjalnie zainteresowany udziałem w nim.

Strona w piśmie znak: BOŚ 041.12.2012 z dnia 15.05.2015 r. wyjaśnia, iż na potwierdzenie warunków Zamówienia zażądała jedynie dokumentów których podstawą sformułowania był przedmiot zamówienia. Zamawiający zgodnie z tą regułą w Rozdziale 8 SIWZ przedstawił opis warunków udziału w postępowaniu tj.

- 1) posiadają uprawnienia do wykonania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
- 2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wykonali przynajmniej jedno zamówienie w zakresie projektowania budowy, przebudowy, modernizacji lub rozbudowy oczyszczalni o przepustowości minimum 1600m<sup>3</sup>/d,

- 3) znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia,
- 4) nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, uszczegóławiając powyższe warunki w pkt. 2 iż „... wykonali przynajmniej jedno zamówienie w zakresie projektowania budowy, przebudowy, modernizacji lub rozbudowy oczyszczalni o przepustowości 1600 m<sup>3</sup>/d”.

W dalszej części pisma Strona wyjaśnia, iż jak wynika z powyższego opisu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie wskazał ani też nie zażądał obejrzenia oczyszczalni ścieków terenu w celu potwierdzenia któregoś z warunków.

Instytucja Zarządzająca nie podziela stanowiska Strony i wskazuje, że powyższy warunek był zawarty w Rozdziale 9 SIWZ pkt. 6 i brzmiał: „Zamawiający wymaga złożenia w ofercie następujących dokumentów/oświadczeń, zaświadczeń, informacji: Oświadczenie wykonawcy, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty.”

Potencjalni wykonawcy mogliby złożyć oferty w danym postępowaniu, ale mieli utrudnioną możliwość by obejrzeć oczyszczalnię ścieków przed przystąpieniem do przetargu z uwagi na fakt, iż posiadali swoje siedziby w innych województwach lub na terenie innych krajów UE. Tym samym nie byli traktowani na równych warunkach z wykonawcami posiadającymi możliwość obejrzenia przedmiotu przetargu z uwagi na fakt posiadania siedziby swojej firmy w województwie świętokrzyskim. Ponadto, Instytucja Zarządzająca pragnie zauważyć, iż konieczność obejrzenia przez potencjalnego wykonawcę oczyszczalni ścieków przed złożeniem oferty dla kręgu wykonawców, posiadających siedziby w znacznej odległości od miejsca inwestycji rodziłaby większe koszty przygotowania oferty, a co za tym idzie w rezultacie mogłaby skutkować zaniemieniem kręgu zainteresowanych odbiorców poprzez ich rezygnację z udziału w zamówieniu.

Ustalenie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma na celu weryfikację potencjału wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w taki sposób, by Zamawiający uzyskał racjonalną pewność, że wykonawca spełniający postawione przez niego warunki wykona opisany w danym postępowaniu przedmiot zamówienia z należytą starannością. Z tych względów warunki udziału w postępowaniu mają być adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Blankietowy charakter art. 22 ustawy PZP nie oznacza, że Zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz żądaniu dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W art. 7 ustawy PZP, zawarta została bowiem zasada, która nakłada na zamawiających obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zatem dyrektyw tego przepisu zamawiający jest zobowiązany przestrzegać na wszystkich etapach

postępowania. W konsekwencji oznacza to, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi mieć na względzie przeciwstawne interesy: wykonawców przez brak dyskryminacji i poszanowanie uczciwej konkurencji oraz własny, w postaci dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy posiadają potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie może jednak żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców.

Stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne, adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich. Proporcjonalność ta przejawiać się powinna w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia.

W ocenie Instytucji Zarządzającej nie zasługuje na uwzględnienie również argument, w którym Strona tłumaczy, iż żądanie powyższego Oświadczenia zostało wpisane przez Stronę poprzez niedopatrzenie w niewłaściwy Rozdział 9 SIWZ. Strona zamieszczenie powyższego oświadczenia tłumaczy tym, iż jej intencją było jedynie zwrócenie uwagi wszystkim wykonawcom na specyficzny charakter przedmiotu zamówienia, trudny do wyceny bez zapoznania się ze stanem technicznym funkcjonującej oczyszczalni. Niemniej jednak Beneficjent sam dokonał zapisu w SIWZ dla Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie projektu budowlano-wykonawczego na budowę i modernizację oczyszczalni ścieków w .....w Rozdziale IX pn. *Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udział w postępowaniu* wymagając tym samym złożenia Oświadczenia wynikającego z pkt. 6 tj. „Oświadczenia wykonawcy, że obejrzał oczyszczalnię ścieków przed złożeniem oferty”. Zamawiający żądając ww. oświadczenia postawił w sytuacji uprzywilejowanej wykonawców z danego terenu, np. takich którzy mają siedziby blisko miejsca, w którym ma być wykonana wizja lokalna. Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP postępowanie musi być dostępne na równych zasadach dla każdego potencjalnego wykonawcy, który w związku z zakresem prowadzonej działalności może być choćby tylko potencjalnie zainteresowany udziałem.

Jednocześnie Instytucja Zarządzająca pragnie wskazać, iż takie określenie w SIWZ warunków udziału w postępowaniu mogło powodować ograniczenie wolnej konkurencji wśród potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie i skutkować zawężeniem kręgu potencjalnych oferentów. Nie bez znaczenia jest tu fakt, iż w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....”) również pierwotnie w SIWZ istniały takie warunki udziału w postępowaniu, o

czym świadczy następujące zapytanie jednego z oferentów: „Prosimy o wykreślenie konieczności złożenia oświadczenia o dokonaniu oględzin terenu budowy – rozdział VI pkt 1 ppkt 1.5 SIWZ. Żadne przepisy ustawy PZP nie nakładają na wykonawcę obowiązku dokonania wizji terenu budowy. Poza tym takie postępowanie jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i potwierdza to wyrok z dnia 30 grudnia 2010 r. Sygn. Akt KIO 2710/10: ...Izba stwierdza w ślad za dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie, iż nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciąża bowiem w ten sposób wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej.” Strona jako Zamawiający w odpowiedzi na ww. wniosek wykonawcy wskazała: „Zamawiający nie będzie żądał oświadczenia, że Wykonawca obejrzał teren budowy. Zamawiający w dniu 24.01.2013 dokonał modyfikacji, w której w rozdziale VI, ust.1, ppkt 1.5 został skreślony.” W związku z czym, Instytucja Zarządzająca stwierdza, iż powyższy przykład, mimo że dotyczący innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdza fakt naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Sformułowanie takich warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Stronę powodowało zwiększenie kosztów przygotowania oferty i stawało w uprzywilejowanej sytuacji potencjalnych wykonawców, mających siedziby w niedalekiej odległości od miejsca inwestycji. Nie ma również znaczenia tu fakt, iż w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie projektu budowlano-wykonawczego na budowę i modernizację oczyszczalni ścieków w.....” zaden z potencjalnych wykonawców nie wnosił uwag do treści Rozdziału 9 pkt. 6 SIWZ, ani też nie został odrzucony z uwagi na brak złożenia takiego oświadczenia, ponieważ do stwierdzenia nieprawidłowości, zgodnie z jej unormowaną prawnie definicją wystarczy zaistnienie potencjalnej szkody w ogólnym budżecie Wspólnot lub w budżetach, które są zarządzane przez Wspólnoty. Strona nie może w sposób definitywny wykluczyć, iż mogli istnieć potencjalni wykonawcy, którzy zrezygnowali lub nie przystąpili do udziału w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na tak sformułowane warunki udziału, a co za tym idzie nie może też wykluczyć sytuacji, iż koszt wykonania niniejszej inwestycji również mógłby być niższy. Instytucja Zarządzająca uznaje więc za bezzasadne stanowisko Strony, iż takie określenie warunków udziału w postępowaniu nie ograniczyło zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto, Instytucja Zarządzająca nie podziela również stanowiska Strony, iż takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu było jedynie niedopatrzaniem tj. Strona wymagała takiego oświadczenia od wykonawców, tłumacząc to „specyficznym charakterem przedmiotu zamówienia” i niejako przeniosła na wykonawców dokonanie swojego ustawowego obowiązku prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, Strona w piśmie znak: BOŚ.041.12.2012 z dnia 08.06.2015 r. również zgodziła się z Instytucją Zarządzającą, iż przedmiotowe oświadczenie nie było dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Strona wskazała również w ww. piśmie z dnia 08.06.2015 r., że: „Nie można formułować naruszeń ustawy

Prawo zamówień publicznych na podstawie wirtualnych przypuszczeń (co by było gdyby)... Zespół kontrolujący nie może domniemywać po 7 latach od prowadzonego postępowania, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, ponieważ nie ma dowodów potwierdzających ten fakt tj. że potencjalny Wykonawca nie złożył oferty z tego powodu lub złożenie tego oświadczenia stanowiło barierę w przygotowaniu oferty przez wykonawców biorących udział w postępowaniu.” Instytucja Zarządzająca odnosząc się do niniejszego stwierdzenia Strony pragnie ponownie wskazać, że proces wydatkowania środków publicznych, współfinansowanych z udziałem środków europejskich (a o takie środki Strona zawnioskowała na podstawie złożonego wniosku o dofinansowanie) jest określony szeregiem unormowań prawnych uregulowanych na poziomie wspólnotowym i krajowym. Działania Instytucji Zarządzającej nie stanowią więc, jak to określiła Strona „wirtualnych przypuszczeń”, a są realizacją ustawowych obowiązków nałożonych na mocy ustawy o prowadzeniu polityki rozwoju na Instytucję Zarządzającą jako organ odpowiedzialny za zarządzanie i dysponowanie środkami publicznymi. Definicja nieprawidłowości, uregulowana na poziomie wspólnotowym, jak już wyżej omówiono, zawiera element szkody w budżecie Wspólnoty lub w budżetach zarządzanych przez Wspólnotę nie tylko o charakterze realnym ale i również o charakterze potencjalnym. Tak sformułowane przepisy mają zastosowanie w procesie wydatkowania środków europejskich i konieczność ich przestrzegania obowiązuje zarówno Beneficjenta tych środków, jak i dysponenta tych środków – Instytucję Zarządzającą.

Wobec powyższego, Instytucja Zarządzająca w piśmie znak: EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r., stanowiącym Zalecenia pokontrolne do Informacji pokontrolnej NR 15/IV/RPO/2015 na podstawie art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, oraz art. 26 ust. 1 pkt 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014, poz. 1649 z późn. zm.), w związku ze stwierdzonymi, wyżej wymienionymi naruszeniami ustawy PZP, nałożyła na Beneficjenta korektę finansową ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (tj. 5% i 25%), zastosowaną w wysokości określonej w ww. Taryfikatorze i ustaloną tzw. metodą wskaźnikową.

Z uwagi na ponowną analizę dokumentacji związanej z projektem RPSW.04.01.00-26-...../09 pn. „Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w.....”, Instytucja Zarządzająca RPOWS 2007-2013 podjęła decyzję o zmianie wysokości korekty finansowej nałożonej na Beneficjenta w związku ze stwierdzonymi w trakcie kontroli końcowej projektu nieprawidłowościami. Powodem zmiany było zastosowanie Taryfikatora najwzględniejszego dla beneficjenta. W Taryfikatorze obowiązującym w czasie prowadzenia postępowania przetargowego nr BZP 9313-2013 określono, iż za takie naruszenie opisane jako „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy” wskaźnik korekty wynosi 10%. Najnowsza wersja Taryfikatora za to naruszenie wskazane w Tabeli 2 poz. 26 określa wskaźnik korekty w wysokości 25%. Z tego też względu Instytucja Zarządzająca wymierzając przedmiotową korektę posłużyła się najkorzystniejszą dla Beneficjenta wersją Taryfikatora określającą stawkę wskaźnikową za to naruszenie na poziomie 10% wkładu

dofinansowania unijnego. W przypadku powyższego projektu był to Taryfikator w wersji obowiązującej w chwili naruszenia ustawy PZP przez Beneficjenta.

W związku z powyższym, Instytucja Zarządzająca w piśmie znak: EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 03.12.2015r. na podstawie art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 oraz art.226 ust. 1 pkt. 15 a ustawy z dnia 6 grudnia 2006r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju w związku z stwierdzonymi naruszeniami ustawy PZP, nałożyła na Beneficjenta korektę finansową ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (tj. 10%), zastosowaną w wysokości określonej w ww. Taryfikatorze i ustaloną tzw. metodą wskaźnikową.

Ponadto, z uwagi na niezłożenie wniosku rozliczającego przekazaną zaliczkę w wymaganym terminie nastąpiło spełnienie przesłanek określonych w art. 189 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.). Instytucja Zarządzająca zaznacza, iż to na Stronie ciąży obowiązek wykorzystania środków pochodzących z budżetu UE oraz innych bezzwrotnych środków zgodnie z przeznaczeniem lub zgodnie z obowiązującymi procedurami wg ich wykorzystania. Mając powyższy zapis na uwadze oraz treść § 6 ust. 1 Umowy o dofinansowanie Strona zobowiązana była przestrzegać jednolitych procedur obowiązujących przy rozliczaniu zaliczki, tj. *„w przypadku płatności końcowej cała kwota otrzymanej zaliczki powinna być rozliczona wnioskiem o płatność złożonym w terminie 20 dni od dnia przekazania zaliczki, a część nierozliczona powinna być zwrócona w terminie na rachunek bankowy, z którego została przekazana, pod rygorem sankcji odsetkowych”* zatem w przedmiotowej sprawie zaszła konieczność obciążenia Strony odsetkami. Niezłożenie przez Stronę wniosku o płatność rozliczającego zaliczkę w wymaganym ww. zapisami terminie stanowiło naruszenie umownych zasad obowiązujących przy wykorzystaniu środków dofinansowania i musiało skutkować stwierdzeniem nieprawidłowości przez Instytucję Zarządzającą. Instytucja Zarządzająca wskazała w piśmie znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-3-2015/BB z dnia 06.02.2015r. termin rozliczenia przedmiotowej zaliczki i poinformowała o ewentualnych sankcjach odsetkowych w przypadku przekroczenia tego terminu.

Uznanie za niekwalifikowalne ww. wydatków przez Instytucję Zarządzającą, skutkuje obowiązkiem ich zwrotu przez Stronę, z uwagi na poniesienie ich niezgodnie z zapisami prawa krajowego i wspólnotowego tj. niezgodnie z obowiązującymi przy ich wykorzystaniu procedurami. Materialnoprawne przesłanki zwrotu przez Stronę środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich określa art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy ufp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, 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 stwierdzającej ten obowiązek.

Przepis ten stanowi podstawę do konkretyzacji obowiązków beneficjenta w zakresie zwrotu środków w decyzji administracyjnej wydanej przez instytucję zarządzającą. Taka forma orzekania o zwrocie środków jest wynikiem specyfiki trybu przekazywania ich beneficjentom. Tryb przekazywania środków zawiera bowiem elementy cywilnoprawne i administracyjnoprawne.

Na mocy art. 30 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014r., poz. 1649, z późn. zm.) w umowie o dofinansowanie projektu określono wprost lub pośrednio, poprzez odesłanie do odpowiednich regulacji, warunki i zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane, w tym zasady zwrotu otrzymanych środków w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przy ich pobraniu. W przypadku zaistnienia przesłanek skutkujących żądaniem zwrotu środków, instytucja zarządzająca orzeka w formie decyzji (art. 207 ust 9 ustawy ufp, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju).

Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku zaistnienia okoliczności skutkujących żądaniem zwrotu środków, instytucja zarządzająca orzeka w trybie administracyjnym. Ponadto należy podkreślić, że z normy zawartej w art. 207 ustawy ufp wynika, że procedury zwrotu, o których mowa w tym przepisie mają charakter powszechnie obowiązującego przepisu prawa.

W tym stanie rzeczy przesłanki zwrotu środków determinuje treść art. 207 ustawy ufp. Istotą postępowania administracyjnego w sprawie zwrotu środków jest wyłącznie stosunek administracyjny, który wymaga ustalenia jednej z przesłanek o których mowa w art. 207 niniejszej ustawy ufp.

W ocenie Instytucji Zarządzającej w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi przesłanka o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy ufp. Obowiązek zwrotu środków przez Gminę ..... jest następstwem ich wykorzystania z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 ustawy ufp.

Zgodnie z art. 184 niniejszej ustawy o finansach publicznych wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 3 pkt 5 lit. c i d, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Słowem "procedura" określa się zazwyczaj normowany przepisami lub zwyczajami sposób prowadzenia lub załatwienia jakiejś sprawy. Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 208 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) (odpowiednio: art. 184 ustawy ufp) należy w związku z tym rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane

przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego, w rozumieniu art. 26 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Wspomniany wzór umowy składa się także na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. W przypadku zawarcia umowy o dofinansowanie zgodnie z przyjętym przez właściwą instytucję wzorem reguluje również procedurę realizacji projektu. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, w szczególności w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, należało uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 208 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) (odpowiednio: art. 184 ustawy ufp) o "innych procedurach" obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 211 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) (odpowiednio: art. 207 ust.1 ustawy ufp) byłoby wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (vide: Wyrok NSA z dnia 19.06.2012 r., sygn. akt II GSK 732/11).

Z jednej strony, prawa i obowiązki Strony określa Umowa zawarta w dniu 03.08.2011 r. z drugiej, stosunek prawny jest kształtowany postanowieniami dokumentów programowych opracowanych przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego - Instytucję Zarządzającą w tym: „Podręcznika kwalifikowalności wydatków”.

Zasady kwalifikowalności wydatków były znane Stronie, gdyż zarówno na etapie składania wniosku o dofinansowanie, jak i na etapie realizacji projektu miała obowiązek zapoznania się z dokumentami programowymi. Strona korzystając z możliwości, jakie daje regionalny program operacyjny musi się dostosować do jego wymogów. Jeżeli program stawia określone wymagania, należy je spełnić, by skorzystać z możliwości dofinansowania projektu. Ustalone kryteria, jak i wytyczne wiążą w równym stopniu wszystkich beneficjentów (por. wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 23.08.2011 r. sygn. akt II SA/Bd 672/11, wyrok NSA z 18.05.2011 r. sygn. akt II GSK 817/11, wyrok NSA z 16.11.2010 r. sygn. akt II GSK 1234/10).

W obu ww. dokumentach tj. Podręczniku kwalifikowalności wydatków oraz w Umowie o dofinansowanie projektu, stanowiących element składowy systemu realizacji regionalnego programu operacyjnego, Instytucja Zarządzająca zawarła zasadę, iż aby wydatek mógł być uznany za kwalifikowalny musi być poniesiony zgodnie z przepisami powszechnie



obowiązującego prawa wspólnotowego i krajowego, w tym ustawy prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, jakiegokolwiek naruszenie przez Stronę zapisów ustawy prawo zamówień publicznych tj. art. 144 ustawy PZP i art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy PZP, a co za tym idzie i warunków zawartych w umowie o dofinansowanie projektu (tj. § 6 ust. 1) stanowi nieprawidłowość, a co za tym idzie jest naruszeniem obowiązujących procedur i skutkuje uznaniem wydatku za niekwalifikowalny i podlegający zwrotowi.

Mając powyższe na uwadze, Instytucja Zarządzająca stwierdza, że zachodzi podstawa do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w odniesieniu do Gminy..... w łącznej wysokości **174 596,54 zł** (**słownie: sto siedemdziesiąt cztery tysiące pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych 54/00**), jak w pkt 1 osnowy decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Bieg początkowy odsetek w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych ustalono od dnia przekazania każdej z transz środków dofinansowania, jak w pkt 3 osnowy decyzji. Jednocześnie Instytucja Zarządzająca stwierdza, że zachodzi również podstawa do wydania decyzji na podstawie art. 189 ust. 3 i 3b ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.) określającej kwotę odsetek w wysokości **10 706,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy siedemset sześć złotych 00/100)** jak w pkt 2 osnowy decyzji z tytułu nieterminowego rozliczenia zaliczki przekazanej na podstawie Umowy nr UDA-RPSW.04.01.00-26-.../09-00 o dofinansowanie Projektu nr WND-RPSW.04.01.00-26-.../09, od dnia przekazania zaliczki do dnia wpłynięcia wniosku o płatność rozliczającego powyższa płatność zaliczkową (tj. 05.02.2015r. do dnia 25.02.2015r.)

Sposób płatności winien nastąpić w formie przelewu środków na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego nr **91 1560 0013 2536 2450 5776 0050**, prowadzony w GETIN NOBLE BANK S.A, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji.

W świetle powyższego Zarząd Województwa Świętokrzyskiego, jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013 orzeka jak w sentencji.

Wydając decyzję, Zarząd Województwa Świętokrzyskiego oparł się na następujących dokumentach:

- 1) Umowa o dofinansowanie nr: UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-00 z dnia 03.08.2011r. wraz z Aneksami: nr UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-01 z dnia 17.05.2013 r., nr UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-02 z dnia 31.01.2014r., nr UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-03 z dnia 12.06.2014r., nr UDA-RPSW.04.01.00-26-..../09-04 z dnia 22.01.2015r.
- 2) „Instrukcja wypełniania załączników w ramach osi priorytetowych II, III, IV, V, VI Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007 – 2013”
- 3) Podręcznik Kwalifikowalności Wydatków objętych dofinansowaniem w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013,
- 4) Dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” tj. tzw. Taryfikator,
- 5) Regulamin dwuetapowego konkursu zamkniętego nr 3/09 w ramach Działania: 4.1”Rozwój regionalnej infrastruktury ochrony środowiska i energetycznej” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2007-2013”, będący załącznikiem do Uchwały Nr 1702/09 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 08.05.2009r.
- 6) Wniosek o dofinansowanie projektu nr WND-RPSW.04.01.00-26-..../09 wraz z załącznikami,
- 7) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.2.2015.WF z dnia 29.04.2015r., tj. Informacja Pokontrolna nr 15/IV/RPO/2015 wraz z materiałem dowodowym,
- 8) Pismo Beneficjenta znak: BOŚ 041.12.2012 z dnia 15.05.2015r.,
- 9) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.3.2015.WF z dnia 28.05.2015r.,
- 10) Pismo Beneficjenta znak: BOŚ.041.12.2012 z dnia 08.06.2015r.,
- 11) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.4.2015.WF z dnia 23.06.2015r., tj. Zalecenia Pokontrolne do Informacji pokontrolnej Nr 15/IV/RPO/2015r.,
- 12) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-IV.433.4.1.....17.2015.JP z dnia 29.06.2015r.,
- 13) Pismo Beneficjenta znak: BOŚ.041.12.2012 r. z dnia 07.07.2015r.,
- 14) Pismo Beneficjenta znak: FN.3053.02.2015 z dnia 10.07.2015r.,
- 15) Pismo Beneficjenta znak: FN.3053.03.2015 z dnia 16.07.2015r.,
- 16) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 16.07.2015r.,
- 17) Pismo Beneficjenta znak: FN.3053.04.2015 z dnia 23.07.2015r.,
- 18) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.6.2015.WF z dnia 27.07.2015r.,
- 19) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-27-2015.BB z dnia 04.09.2015r.,
- 20) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-29-2015.BB z dnia 30.09.2015r.,
- 21) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-32-2015-BB z dnia 19.10.2015r., tj. zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego,
- 22) Pismo Beneficjenta znak: FN.3053.05.2015 z dnia 27.10.2015r.,
- 23) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR.V-433-RPO-4.1-3-2015/BB z dnia 06.02.2015r.,

- 24) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.5.2015.WF z dnia 03.12.2015r.,
- 25) Pismo Beneficjenta znak: FN.3053.06.2015 z dnia 16.12.2015r.,
- 26) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-IV.433.4.1.....18.2015.JP z dnia 17.12.2015r.,
- 27) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-V.433-RPO-4.1-45-2015-BB z dnia 23.12.2015r.,
- 28) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VII.433.IV.15.6.2016.WF z dnia 12.01.2016r.,
- 29) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-V-433-RPO-4.1-2-2016.BB z dnia 14.01.2016r.,
- 30) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-V-433-RPO-4.1-3-2016.BB z dnia 20.01.2016r.,
- 31) Projekt Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, wraz z uzasadnieniem.

#### POUCZENIE

Decyzja jest nieostateczna w administracyjnym toku instancyjnym. Zgodnie z art. 207 ust. 12a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Strona może złożyć do Zarządu Województwa Świętokrzyskiego wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia doręczenia przedmiotowej decyzji.

**WICEMARSZAŁEK**

**WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO**

**JAN MAĆKOWIAK**

Decyzja została sporządzona w trzech jednobrzmiących egzemplarzach, które otrzymuje:

- 1) Gmina .....z siedzibą....., .....
- 2) a/a – (2 egzemplarze)