

IR-XIV.432.7.144.2021

**DECYZJA Nr 97/21**  
**Zarządu Województwa Świętokrzyskiego**  
**z dnia 9 czerwca 2021 r.**  
**w sprawie zwrotu dofinansowania**

**podjęta przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020:**

w składzie:

- 1) Andrzej Bętkowski – Marszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 2) Renata Janik – Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 3) Marek Bogusławski – Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 4) Marek Jońca – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego
- 5) Tomasz Jamka – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

Na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2, art. 207 ust. 9 pkt 1 i art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 305 z późn. zm.), w związku z art. 104 oraz art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.), art. 6, art. 9 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 8 i 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 poz. 818 z późn. zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r. poz. 1668, z późn. zm.),

w sprawie wszczętej z urzędu, dotyczącej:

określenia Gminie Chmielnik, z siedzibą Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik, przypadającej do zwrotu kwoty dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-00, terminu od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków,

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu: 9 czerwca 2021 r.

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego orzeka, co następuje:

- 1) Określa Gminie Chmielnik, z siedzibą Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik, przypadającą do zwrotu kwotę środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (zwany dalej „EFRR”) w łącznej wysokości: **240 725,45 zł (słownie: dwieście czterdzieści tysięcy siedemset dwadzieścia pięć zł, 45/100)** z tytułu zwrotu części dofinansowania przekazanego na podstawie umowy nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.07.03.00-26-0015/16 wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych;
- 2) Ustala, iż odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych nalicza się:
  - a) co do kwoty przekazanej z EFRR w wysokości: 82 619,96 zł (słownie: osiemdziesiąt dwa tysiące sześćset dziewiętnaście złotych, 96/100) od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. **od dnia 09.12.2019 r.**, 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: 82 031,95 zł (słownie: osiemdziesiąt dwa tysiące trzydzieści jeden złotych, 95/100), od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. **od dnia 24.03.2020 r.**, 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: 76 073,54 zł (słownie: siedemdziesiąt sześć tysięcy siedemdziesiąt trzy złote, 54/100), od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. **od dnia 05.05.2020 r.**, 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;
- 3) Nakazuje Gminie Chmielnik, z siedzibą Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik dokonanie wpłaty należności o której mowa w pkt „1” decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, 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 2014-2020, zwana dalej „Instytucją

Zarządzającą” lub „Organem”, ogłosił w dniu 16 maja 2016 r. dwuetapowy konkurs zamknięty nr RPSW.07.03.00-IZ.00-26-045/16 naboru wniosków o dofinansowanie projektów w ramach Działania 7.3 pn. „Infrastruktura zdrowotna i społeczna dla projektów realizowanych w zakresie infrastruktury usług społecznych” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020. Nabór wniosków o dofinansowanie ustalono na okres od 16 czerwca 2016 r. do 29 lipca 2016 r.

W treści ogłoszenia o ww. konkursie zawarto informację, iż szczegółowe zasady składania wniosków zostały zamieszczone w Regulaminie konkursu zamkniętego nr RPSW.07.03.00-IZ.00-26-045/16, dostępnym na stronie internetowej Instytucji Zarządzającej tj. [www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl](http://www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl) oraz na portalu Funduszy Europejskich [www.funduszeuropejskie.gov.pl](http://www.funduszeuropejskie.gov.pl).

Przedmiotowy regulamin, będący załącznikiem do Uchwały nr 1421/16 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 11 maja 2016 r. stanowił uszczegółowienie informacji zawartych w ww. ogłoszeniu konkursowym.

Przed sporządzeniem wniosku o dofinansowanie każdy wnioskodawca był zobowiązany do zapoznania się z załączonymi do Regulaminu konkursu dokumentami, zamieszczonymi na stronie internetowej [www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl](http://www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl), w skład których wchodziły m.in.:

- „Wzór wniosku o dofinansowanie realizacji projektu dla Działania 7.3, „*Infrastruktura zdrowotna i społeczna*”,
- „Wzór Umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014 – 2020”, stanowiący załącznik do ww. Regulaminu konkursu zamkniętego i przyjęty Uchwałą Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr 1318/16 z dnia 6 kwietnia 2016 r.

Ponadto, każdy wnioskodawca zgodnie z niniejszym Regulaminem zobowiązany był również do zapoznania się z dokumentem pn. „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020”, opracowanym przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju, zamieszczonym na stronie internetowej [www.funduszeuropejskie.gov.pl](http://www.funduszeuropejskie.gov.pl).

Jednocześnie w wykazie obowiązujących aktów prawnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwany dalej: „RPOWŚ 2014-2020”) we wzorze Umowy o dofinansowanie, zamieszczonym na stronie internetowej [www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl](http://www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl), wskazano, iż obowiązują zapisy Ustawy z dnia 11 lipca 2014r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, zwanej dalej: „ustawą wdrożeniową”.

Ponadto, w wykazie obowiązujących aktów prawnych znajdującym się w ww. wzorze Umowy o dofinansowanie wskazano, iż obowiązują zapisy Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz

Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347/320 z 20 grudnia 2013 r.), zwanego dalej: „rozporządzeniem ogólnym”.

Ponadto, w ww. wzorze umowy o dofinansowanie projektu w § 1 ust. 4 zamieszczono definicję pojęcia wytycznych tj. „Wytycznych” – należy przez to rozumieć instrumenty prawne stanowiące ujednolicone warunki i procedury wdrażania funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności stosowane przez Beneficjenta na podstawie Umowy o dofinansowanie projektu.”

Ponadto, w § 1 ust. 10 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję wydatków kwalifikowalnych, zgodnie z którą za wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z rozporządzeniem ogólnym, jak również w rozumieniu ustawy wdrożeniowej i przepisów rozporządzeń wydanych do tej ustawy oraz zgodnie z wytycznymi wskazanymi w § 1 ust. 5 lit. e).

Jednocześnie w § 1 ust. 13 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję umowy, zgodnie z którą przez „umowę” należy rozumieć niniejszą umowę o dofinansowanie Projektu, której integralny załącznik stanowi wniosek o dofinansowanie, określającą obowiązki stron umowy oraz warunki przekazywania i wykorzystywania dofinansowania.

Następnie w § 1 ust. 40 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono następującą definicję nieprawidłowości: „nieprawidłowość - należy rozumieć nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego, tj. każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy polityki spójności, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”.

Ponadto, w § 1 ust. 41 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono następującą definicję korekty finansowej: „Korekcie finansowej – należy przez to rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy wdrożeniowej, kwotę, o jaką pomniejsza się współfinansowanie UE dla Projektu w związku z nieprawidłowością indywidualną.”

Następnie w § 1 ust. 42 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono następującą definicję zamówienia publicznego: „Zamówieniu publicznym” – należy rozumieć pisemną umowę odpłatną, zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane przewidziane w Projekcie, przy czym dotyczy to zarówno umów o udzielenie zamówień zgodnie z Pzp jak i umów dotyczących zamówień udzielanych zgodnie z zasadą konkurencyjności, opisaną w wytycznych, o których mowa w pkt 5 lit. e.

Ponadto, w § 3 ust. 1 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu 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 unijnego i krajowego, w szczególności w oparciu o ustawę o finansach publicznych w zakresie dotyczącym wydatkowania środków publicznych, a także procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie celów, w tym wskaźników produktu i rezultatu, o których mowa w § 7 Umowy w trakcie realizacji Projektu oraz w okresie jego trwałości”.*

W dalszej części ww. wzoru umowy wskazano w § 10, że *„Jeżeli zostanie stwierdzone, że Beneficjent wykorzystał całość lub część dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem, bez zachowania obowiązujących procedur, lub pobrał całość lub część dofinansowania w sposób nienależny albo 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 na rachunek Beneficjenta, na zasadach określonych w ufp.”*, 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 (vide § 10 ust. 5 wzoru umowy).

Ponadto, w § 12 ust. 1 wzoru umowy wskazano, że przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu Beneficjent stosuje Pzp oraz zapisy wytycznych, o których mowa w § 1 ust. 5 lit. e. Następnie w § 12 ust. 3 wzoru umowy wskazano, iż: *„Beneficjent zobowiązany jest w szczególności do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Projektu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.”* W dalszej części wzoru umowy o dofinansowanie tj. § 12 ust. 5 wskazano Beneficjentowi, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta zasad określonych w ust. 1 Instytucja Zarządzająca uznaje taki wydatek za niekwalifikowalny w Projekcie i może zastosować korekty finansowe zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r., poz. 971 z późn. zm.).

Do przedmiotowego konkursu zamkniętego przystąpiła Gmina Chmielnik, Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik zwana dalej „Beneficjentem” lub „Stroną”, składając w dniu 28 lipca 2016 r. wniosek o dofinansowanie projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku” na wnioskowaną kwotę dofinansowania w wysokości: 1 510 110,00 zł.

W wyniku przeprowadzonej oceny formalnej i merytorycznej, przedmiotowy wniosek o dofinansowanie, zwany również „Projektem”, na podstawie Uchwały Nr 2286/17 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 8 lutego 2017 został zakwalifikowany do wsparcia w ramach Działania 7.3 w kwocie dofinansowania w wysokości: 1 510 110,00 zł, uzyskując 50 punkty i 10 miejsce na liście rankingowej projektów złożonych i wybranych do wsparcia w ramach przedmiotowego konkursu.

W wyniku ww. pozytywnej oceny formalnej i merytorycznej projektu, Instytucja Zarządzająca zawarła w dniu 19 października 2018 r. z Gminą Chmielnik, Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik, jako Beneficjentem tego Programu, Umowę nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.07.03.00-26-0015/16 pn.: „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku” (zwaną dalej „Umową o dofinansowanie”) na kwotę dofinansowania ze środków EFRR w łącznej wysokości: 1 510 110,00 zł.

Umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem w dniu 19 października 2018 r. w porównaniu do ww. wzoru umowy obowiązującego na moment złożenia wniosku o dofinansowanie, zawierała zaktualizowane postanowienia, zgodnie z obowiązującym na dzień jej podpisania wzorem umowy o dofinansowanie. Beneficjent zobowiązany był do zapoznania się z warunkami i postanowieniami zawartymi w przedmiotowej Umowie o dofinansowanie przed jej podpisaniem. W niniejszej Umowie o dofinansowanie znalazły się wszystkie wyżej omówione postanowienia zawarte w jej wzorze, stanowiącym załącznik do ww. Regulaminu konkursu zamkniętego.

W związku z czym, Beneficjent podpisując ww. umowę o dofinansowanie został poinformowany, że zobowiązany jest do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie zobowiązującymi przepisami prawa unijnego i krajowego, w szczególności w oparciu o zapisy wytycznych horyzontalnych oraz zgodnie z procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie.

W trakcie realizacji projektu Beneficjent zwrócił się pisemnie do Instytucji Zarządzającej z prośbą o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu realizacji Projektu. Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na ww. wnioskowane wydłużenie terminu zakończenia realizacji Projektu. Ponadto, w trakcie realizacji projektu Gmina Chmielnik pismem znak: IPS.041.9.2016 z dnia 20.11.2019 r.) poinformowała Instytucję Zarządzającą, że po przeprowadzonych postępowaniach przetargowych na wybór wykonawcy robót oraz inspektora nadzoru inwestorskiego uzyskała oszczędności kosztów całkowitych w wysokości 174 376,26 zł., w związku z czym prosi o wyrażenie zgody na dodanie nowej kategorii kosztów w ramach projektu tj. Roboty budowlane – zamówienia dodatkowe przewidziane w SIWZ i ujęcie w tej kategorii kosztów powstałych oszczędności w wysokości 174 376,26 zł. Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na wnioskowaną zmianę, wskazując, żeby Beneficjent nie wyodrębniał nowej kategorii kosztów, lecz powstałe oszczędności ujął w kategorii „Roboty budowlane”. Wobec powyższego, w dniu 17 stycznia 2020 r. został podpisany stosowny Aneks nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-01.

W dniu 1 czerwca 2020 r. Beneficjent zwrócił się pisemnie do Instytucji Zarządzającej z prośbą o wyrażenie zgody na przeznaczenie powstałych oszczędności i kosztów całkowitych w wysokości 174 376,26 zł. na prace remontowe i modernizacyjne budynku mieszkań socjalnych mieszczącego się naprzeciw budynku socjalnego objętego projektem o dofinansowanie, wskazując że budynki mieszczą się na tej samej działce o nr 983/7 w odległości około 4 metrów, posiadają wspólne podwórko, a w związku z modernizacją budynku objętego projektem powstał bardzo duży kontrast pomiędzy sąsiadującymi budynkami. Modernizacja polegałaby m.in. na dociepleniu ścian,

remontu dachu, wymianie drzwi zewnętrznych, wymianie okien, wymianie podłóg, przyłączeniu czterech mieszkań do sieci gazowej. Mając powyższe na uwadze, Gmina Chmielnik zwróciła się z zapytaniem, czy w przypadku uzyskania zgody na powyższe istnieje możliwość zwiększenia kwoty dofinansowania i wydłużenia terminu realizacji projektu do dnia 30 października 2021 r.

Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na wykorzystanie oszczędności w ramach projektu na remont i modernizację sąsiedniego, nie ujętego w projekcie budynku socjalnego, położonego na tej samej działce naprzeciw wielorodzinnego budynku socjalnego, który stanowi przedmiot projektu. W przypadku pojawienia się jednak dodatkowych nakładów, Beneficjent winien sfinansować je poprzez zwiększenie wydatków niekwalifikowalnych. Instytucja Zarządzająca wyraziła również zgodę na przesunięcie terminu zakończenia realizacji projektu do dnia 31 października 2021 r.

Wobec powyższego, w dniu 7 września 2020 r. został podpisany stosowny Aneks nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-02.

W oparciu o zatwierdzony w dniu 28 listopada 2019 r. wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-007 Instytucja Zarządzająca w dniu 09 grudnia 2019 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR: 331 608,96 zł. W dniu 17 stycznia 2020 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynął wniosek o płatność nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-008 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: 331 608,96 zł, rozliczonej płatności zaliczkowej w wysokości 100% przekazanej transzy tj. 331 608,96 zł.

W oparciu o zatwierdzony w dniu 30 stycznia 2020 r. wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-006 Instytucja Zarządzająca w dniu 12 lutego 2020 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność refundacyjną w kwocie środków EFRR: 37 638,00 zł.

W oparciu o zatwierdzony w dniu 13 marca 2020 r. wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-009 Instytucja Zarządzająca w dniu 24 marca 2020 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR: 330 386,08 zł. W dniu 7 kwietnia 2020 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynął wniosek o płatność nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-010 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: 330 386,08 zł, rozliczonej płatności zaliczkowej w wysokości 100% przekazanej transzy tj. 330 386,08 zł.

W oparciu o zatwierdzony w dniu 21 kwietnia 2020 r. wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-011 Instytucja Zarządzająca w dniu 5 maja 2020 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR: 305 423,30 zł. W dniu 14 maja 2020 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynął wniosek o płatność nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-012 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: 305 423,30 zł, rozliczonej płatności zaliczkowej w wysokości 100% przekazanej transzy tj. 305 423,30 zł.

W związku z powyższym oraz koniecznością dokonania kontroli prawidłowości poniesienia wydatków w ramach ww. wniosków o płatność oraz zgodnie z postanowieniami § 12 Umowy

o dofinansowanie, Instytucja Zarządzająca dokonała kontroli realizacji projektu w dniach od 13 do 17 stycznia 2020 r. oraz w dniach od 17 do 21 lutego 2020 r. Niniejsze kontrole przeprowadzono na podstawie art. 23 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz.U. z 2018 r., poz. 1431 z późn. zm).

W wyniku dokonanej w dniach od 13 do 17 stycznia 2020 r. weryfikacji dokumentów dotyczących zamówień publicznych udzielonych w ramach projektu nr RPSW.07.03.00-26-0015/16 kontroli poddane zostało zamówienie publiczne na Opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy, rozbudowy, remontu (modernizacji) budynku parterowego przy ul Mielczarskiego w Chmielniku wraz ze zmianą sposobu użytkowania z przeznaczeniem na mieszkania socjalne realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020. Kontrola w przedmiotowym postępowaniu nie stwierdziła błędów i nieprawidłowości.

W wyniku dokonanej w dniach od 17 do 21 lutego 2020 r weryfikacji dokumentów dotyczących zamówień publicznych udzielonych w ramach projektu nr RPSW.07.03.00-26-0015/16 kontroli poddane zostały następujące zamówienie publiczne:

- na wybór wykonawcy usługi pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad projektami inwestycyjnymi realizowanymi w ramach projektu. Kontrola w przedmiotowym postępowaniu nie stwierdziła błędów i nieprawidłowości,
- na wybór wykonawcy robót budowlanych w ramach zadania pn. Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku, które zostało wszczęte w dniu 1 października 2019 r. poprzez ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień pod nr 604277-N-2019. Efektem rozstrzygnięcia postępowania było podpisanie w dniu 7 listopada 2019 r. umowy nr 104/IPS/2019 pomiędzy Zamawiającym a Panem Pawłem Kmiecikiem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Remontowo-Budowlane Paweł Kmiecik, Fałki 9, 28-114 Gnojno. Wynagrodzenie wykonawcy zostało ustalone na kwotę 1 549 087,74 zł brutto. Termin zakończenia przedmiotu umowy został ustalony na dzień 29 maj 2020 r. Kontrola w przedmiotowym postępowaniu nie stwierdziła błędów i nieprawidłowości.

Następnie, w dniu 2 czerwca 2020 r. Beneficjentowi przekazano wnioskiem o płatność pośrednią nr RPSW.02.05.00-26-0015/16-013 kolejną płatność zaliczkową na kwotę w wysokości: 216 109,67 zł. W związku z powyższym oraz koniecznością dokonania kontroli prawidłowości poniesienia wydatków w ramach ww. wniosków o płatność oraz zgodnie z postanowieniami § 12 umowy o dofinansowanie, Instytucja Zarządzająca dokonała kontroli realizacji projektu w dniach od 16 do 23 września 2020 r. oraz na dodatkowo zamieszczonych w systemie SL 2014 dokumentach do dnia 3 listopada 2020 r. Niniejszą kontrolę przeprowadzono na podstawie art. 23 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz.U. z 2020 r., poz. 818 z późn. zm). W wyniku ww. kontroli sporządzono w dniu 10 listopada 2020 r. Informację Pokontrolną Nr KC-I.432.62.4.2020/WF-3, tj. pismo znak: KC-I.432.62.4.2020.



W wyniku dokonanej weryfikacji dokumentów dotyczących zamówień udzielonych w ramach projektu nr RPSW.07.03.00-26-0015/16, przesłanych do Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014 – 2020 przez Beneficjenta za pośrednictwem Centralnego systemu teleinformatycznego SL 2014, Zespół Kontrolny ustalił, że postępowanie o udzielenie zamówienia, przeprowadzonego w trybie określonym w art. 39 ustawy Pzp, którego przedmiotem był wybór wykonawcy robót budowlanych w ramach zadania Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku i które zostało wszczęte w dniu 1 października 2019 r. poprzez ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 604277-N-2019 zostało przeprowadzone zgodnie z zapisami ustawy Pzp. Efektem rozstrzygnięcia postępowania było podpisanie w dniu 7 listopada 2019 r. umowy nr 104/IPS/2019 pomiędzy Zamawiającym a Panem Pawłem Kmiecikiem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Remontowo-Budowlane Paweł Kmiecik, Fałki 9, 28-114 Gnojno. Wynagrodzenie wykonawcy zostało ustalone na kwotę 1 549 087,74 zł brutto. Termin zakończenia przedmiotu umowy został ustalony na dzień 29 maj 2019 r.

Ponadto, Zespół Kontrolny stwierdził, że do umowy nr 104/IPS/2019 strony zawarły w dniu 20 kwietnia 2020 r. Aneks nr 1, którym zmieniono brzmienie § 2 ust. 3 ww. umowy, przedłużając termin jej realizacji do dnia 31 lipca 2020 r. Przedłużenie terminu realizacji umowy było następstwem wprowadzenia stanu epidemiologicznego i wystąpieniem Covid – 19 w wyniku czego nastąpiły znaczne ograniczenia w produkcji elementów związanych z wykonaniem zadania. Kontrola w zawartym aneksie nie stwierdziła błędów i nieprawidłowości.

Zespół kontrolny dodatkowo ustalił że do umowy nr 104/IPS/2019 strony zawarły w dniu 1 lipca 2020 r. Aneks nr 2, którym na podstawie art 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zakresie wprowadzania zmian do umowy, wprowadzono do umowy dodatkowy przedmiot zamówienia co skutkowało zmianą terminu realizacji umowy do dnia 31 października 2020 r. oraz wysokości wynagrodzenia wykonawcy z kwoty 1 549 087,74 zł brutto do kwoty 1 703 980,42 zł brutto. W związku ze wzrostem wynagrodzenia zostało zwiększone również zabezpieczenie należytego wykonania umowy do wysokości 85 199,02 zł.

Zamawiający w uzasadnieniu do zawarcia aneksu nr 2 wskazał, iż zmiany umowy są zgodne z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej w pierwotnej umowie. Zaistniałe zmiany pierwotnej umowy związane były także z uzyskaną przez Gminę Chmielnik od Instytucji Zarządzającej RPOWŚ na lata 2014-2020 zgodą na zagospodarowanie oszczędności powstałych w związku z realizacją projektu RPSW.07.03.00-26-0015/16 pn. „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku” i włączeniem do niniejszego projektu remontu drugiego budynku mieszkań socjalnych mieszczącego się na tej samej działce nr 983/7 przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku. W ocenie Zespołu Kontrolnego, w przypadku aneksu nr 2 do umowy nr 104/IPS/2019, nie zaszły przesłanki z art. 144 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp do powierzenia remontu drugiego budynku socjalnego znajdującego się na działce 983/7 dotychczasowemu Wykonawcy zadania „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego

w Chmielniku”. Przedmiotem podpisanej w dniu 7 listopada 2019 r. umowy nr 104/IPS/2019 był remont i modernizacja jednego budynku socjalnego znajdującego się na działce nr 983/7. Zespół kontrolny wskazał, że aneks nr 2 w rzeczywistości dotyczył wprowadzenia do umowy dodatkowego przedmiotu zamówienia, poprzez zlecenie dotychczasowemu Wykonawcy zadania remont i modernizację budynku nr 2 znajdującego się na tej samej działce. Zdaniem Zespołu Kontrolnego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie można zwiększyć zakresu robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy podstawowej, o roboty, które nie są związane funkcjonalnie z robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia podstawowego, ponieważ roboty budowlane jakie należało wykonać w ramach aneksu nr 2 były związane z obiektem nr 2, jako odrębnym obiektem budowlanym w rozumieniu art. 2 pkt 5d ustawy Pzp. Prace modernizacyjne i remontowe na budynku nr 2 nie miały żadnego wpływu na wykonanie pierwotnego przedmiotu zamówienia jakim był remont i modernizacja budynku nr 1. Są to dwa osobne obiekty budowlane nie powiązane ze sobą, w związku z powyższym również, zmiana terminu realizacji zadania pierwotnego nie powinna ulec zmianie na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6, ponieważ prace na obiekcie nr 1 nie były w żaden sposób uzależnione od prac realizowanych na obiekcie nr 2. Zdaniem Zespołu Kontrolnego art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mógł być zastosowany, w celu uniknięcia przeprowadzenia odrębnego postępowania w trybie konkurencyjnym. Uzyskanie przez Gminę Chmielnik od IZ RPOWŚ zgody na zagospodarowanie oszczędności powstałych w związku z realizacją projektu i włączeniem do realizowanego projektu remontu drugiego budynku mieszkań socjalnych, znajdującego się na tej samej działce nie stanowiło podstawy do zmiany zakresu rzeczowego umowy nr 104/IPS/2019, którą Beneficjent podisał z Wykonawcą a także do zmiany terminu realizacji tejże umowy. Zespół Kontrolny stwierdził, że podpisanie Aneksu nr 2 do umowy nr 104/IPS/2019 naruszyło przepis wynikający art. 144 ust. 1b ustawy Pzp. Ponadto, w ocenie Zespołu Kontrolnego wydłużenie terminu realizacji pierwotnego przedmiotu zamówienia miało charakter istotny i jest naruszeniem powodującym potencjalną szkodę w budżecie Unii Europejskiej. Jest prawdopodobne, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wzięli udziału przedsiębiorcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia nie mogli się podjąć wykonania zamówienia do 29 maja 2020 r. (zmiana aneksem nr 1 do dnia 31 lipca 2020 r.), ale mogli to uczynić w terminie do 31 października 2020 r., co w następstwie mogłoby się przełożyć na niższą cenę. Ponadto ogłoszenie przez Gminę Chmielnik nowego postępowanie przetargowego na remont budynku nr 2 mogło spowodować uzyskanie bardziej konkurencyjnej oferty cenowej od potencjalnych wykonawców, niż oferta zaproponowana przez wykonawcę zamówienia podstawowego.

W związku z powyższym IZ RPOWŚ 2014 – 2020 na podstawie art. 143 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r., art. 9 ust. 2 pkt 8 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2020 poz. 818 z późn. zm ) oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r., poz. 971 z późn. zm ) ustaliła wartość korekty finansowej w następujący sposób:

$$W_p = W\% \times W_{kw} = 25\% \times 1\,385\,743,90 \text{ zł} = 346\,435,98 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

$W_p$  – wartość korekty finansowej,

$W_{kw}$  – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek rozliczający zaliczkę wydatek rozliczający zaliczkę we wnioskach nr: RPSW.07.03.00-26-0015/16-014, RPSW.07.03.00-26-0015/16-012, RPSW.07.03.00-26-0015/16-010, RPSW.07.03.00-26-0015/16-008),

$W\%$  – stawka procentowa wskazana w pkt 28 załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 971 z późn. zm) pn. stawki procentowe przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych, z tytułu naruszenia art. 144 ust. 1b ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający zwiększył zakres robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy na roboty budowlane, o roboty, które nie były związane funkcjonalnie z robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia podstawowego, a tym samym zmienił termin realizacji zadania - w wysokości 25 % ostatecznego zakresu świadczenia.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 85,00 % poziom dofinansowania, korekty finansowej wydatków kwalifikowalnych ujętych we wnioskach nr: RPSW.07.03.00-26-0015/16-014, RPSW.07.03.00-26-0015/16-012, RPSW.07.03.00-26-0015/16-010, RPSW.07.03.00-26-0015/16-008 wynosi  $346\,435,98 \text{ zł} * 85\% = 294\,470,58 \text{ zł}$ .

Ponadto Zespół kontrolny zalecił stosowne pomniejszenie kosztów kwalifikowalnych dla tego zamówienia w każdym kolejnym wniosku o płatność.

Dodatkowo, Zespół kontrolny wskazał, że w momencie rozliczania faktur związanych z Aneksem nr 2, wydatki związane z remontem budynku nr 2 znajdującym się na działce nr 983/7 na ulicy Mielczarskiego w Chmielniku będą uznane w całości za wydatki niekwalifikowalne (wartość prac do wykonania w ramach Aneksu nr 2 określono na 154 892,68 zł) w związku z naruszeniem przez Beneficjenta przepisu wynikającego art. 144 ust.1b ustawy Pzp.

Przedmiotowa Informacja Pokontrolna Nr KC-I.432.62.4.2020/WF-3, tj. pismo znak: KC-I.432.62.4.2020 z dnia 10 listopada 2020, została Beneficjentowi przekazana z prośbą o jej podpisanie i odesłanie do Instytucji Zarządzającej egzemplarz oznaczony terminem „do zwrotu” w terminie 14 dni od dnia otrzymania tego dokumentu. Ponadto, Beneficjent został pouczony o możliwości odmowy podpisania ww. Informacji Pokontrolnej oraz możliwości złożenia pisemnych zastrzeżeń w terminie 14 dni od dnia otrzymania Informacji Pokontrolnej.

W dniu 4 grudnia 2020 r. do siedziby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego wpłynęło pismo Beneficjenta z dnia 4 grudnia 2020 r. informujące Instytucję Zarządzającą o odmowie podpisania Informacji Pokontrolnej Nr KC-I.432.62.4.2020/WF-3 oraz z prośbą o ponowne przeanalizowanie okoliczności, które miały wpływ na działanie Gminy Chmielnik przy przeprowadzaniu procedury wyboru wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego

w Chmielniku”. Gmina wskazała, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zespołu Kontrolnego, że poprzez podpisanie Aneksu nr 2 zwiększyła zakres robót o roboty, które nie były funkcjonalnie związane z robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia podstawowego, jak również, że doszło do istotnej zmiany postanowień umowy nr 104/IPS/2019 i nieuzasadnionej zmiany terminu realizacji zamówienia. Gmina wskazała, że w myśl art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp. Według art. 144 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp dokonanie zmian w umowie jest możliwe w sytuacji, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i zarazem jest mniejsza od 10 % wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo - w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Brzmienie ww. przepisu nie wskazuje na dodatkowe obowiązki związane z zamieszczeniem w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu klauzul dotyczących możliwości wprowadzenia ww. zmian w umowie.

Według Beneficjenta dokonana przez niego zmiana umowy spełniała warunek wskazany w art. 144 ust. 1 pkt 6, roboty, o które została zwiększona wartość umowy były związane funkcjonalnie z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia podstawowego. Wprowadzone zmiany polegały na zwiększeniu wartości umowy o wprowadzone dodatkowe prace budowlane będące powtórzeniem robót z zamówienia podstawowego i w oparciu o ceny z oferty wykonawcy. Wszystkie te roboty były przedmiotem zamówienia podstawowego, w związku z czym nie dokonano zmiany przedmiotu czy rodzaju pierwotnego zamówienia, zwiększono zakres robót powtórzonych z zamówienia podstawowego o budynek socjalny usytuowany w jednym podwórku o odległości około 5 metrów naprzeciw budynku głównego. Zakres zwiększono na podstawie cen z oferty najkorzystniejszego wykonawcy. Gmina zwróciła również uwagę na brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z którego nie wynika dodatkowy warunek, że zwiększenie wartości zamówienia ma być powiązane funkcjonalnie z zamówieniem podstawowym oraz zaznaczyła, że art 144 ust. 1 pkt 6 stanowi wdrożenie do ustawy Pzp przepisu art. 72 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zamówienia można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenia zamówienia. Zdaniem Gminy modyfikacja umowy nie zmieniła ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu zmiany terminu realizacji zadania pierwotnego Gmina wskazała, że wydłużenie realizacji umowy dotyczyło jedynie okresu 3 miesięcy niezbędnych do realizacji robót, o które rozszerzono zakres umowy pierwotnej i za które zwiększono wynagrodzenie wykonawcy i nie miało na celu wydłużenia terminu realizacji zamówienia podstawowego. Roboty w obrębie budynku podstawowego objętego umową nr 104/IPS/2019 zostały zrealizowane z dniem 31 lipca 2020 r. co zostało potwierdzone protokołem zaangażowania robót z dnia 20 lipca 2020 r. oraz raportem Inspektora Nadzoru Inwestorskiego za miesiąc lipiec 2020 r. W okresie od sierpnia do października wykonawca realizował roboty o jakie został zwiększony zakres zamówienia podstawowego. Roboty z umowy podstawowej zrealizowane zostały w 98,04 % w terminie, jedynie 1,96% dotyczące zagospodarowania terenu zakończono po zamknięciu wszystkich robót budowlanych, co stanowiło kwotę 30 328,88 zł.

W odniesieniu do zarzutu, że art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mógł zostać zastosowany w celu uniknięcia przeprowadzenia odrębnego postępowania w trybie konkurencyjnym, Gmina wskazała na treść Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., motyw 107, akapit drugi w sprawie zamówień publicznych, który stanowi, że modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią motywu 107 Dyrektywy pomiędzy modyfikacją umowy a koniecznością zmiany jej wartości zachodzi związek przyczynowo – skutkowy a zatem zmiana wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości wynikającą ze zwiększenia zakresu zamówienia, co miało miejsce z przypadku zmiany umowy. Ponadto, Gmina zwróciła uwagę, że przed dokonaniem zmiany umowy przeprowadziła rozeznanie cenowe i zwróciła się do 3 wykonawców biorących udział w postępowaniu o wycenę robót dodatkowych na drugim budynku. Oferty przedstawiały ceny znacznie wyższe, niż cena z oferty wykonawcy zamówienia podstawowego. Dodatkowo, Gmina stwierdziła, że działanie Zamawiającego nie było wymierzone w kierunku utrudnienia realizacji przez potencjalnych wykonawców i nie miało na celu utrudnienia uczciwej konkurencji. Ponadto, Gmina wskazała, że spełnia warunek zastosowania zmiany umowy stawiany przez Dyrektywę 2014/24/UE i ustawę Pzp bowiem zmiana umowy nie spowodowała zmiany ogólnego charakteru umowy – zamawiający nie zastąpił realizowanych robót budowlanych innym przedmiotem zamówienia i nie dokonał zmiany rodzaju zamówienia lecz dokonał jedynie poszerzenia zakresu przedmiotowego pierwotnego zamówienia. Zmiany polegały na zwiększeniu wartości umowy o wprowadzone dodatkowe prace budowlane będące powtórzeniem robót z zamówienia podstawowego i w oparciu o ceny z oferty podstawowej dotyczące budynku socjalnego usytuowanego w jednym podwórku w odległości około 5m naprzeciw budynku głównego, które były związane funkcjonalnie z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia podstawowego.

Wobec powyższego Instytucja Zarządzająca zwróciła się pisemnie do Gminy Chmielnik (pismo znak: KC-I.432.62.4.2020 z dnia 15.12.2020 r.) o doręczenie dodatkowych dokumentów dotyczących zakończenia prac na budynku nr 1, ponieważ dokumenty załączone do pisma wcześniejszego nie były wystarczające do stwierdzenia, że budynek nr 1 został wykonany w terminie zgodnym z umową nr 104/IPS/2019 z dnia 7 listopada 2019 r, oraz z Aneksem nr 1 do umowy z dnia 20 kwietnia 2020 r.

W odpowiedzi na powyższe pismo, Gmina Chmielnik w dniu 5 stycznia 2021 r. (pismo z dnia 4 stycznia 2021 r.) przekazała dokumenty, które jej zdaniem potwierdzają zrealizowanie wszystkich robót budowlanych i koniecznych instalacji wewnętrznych i zewnętrznych do dnia 30.07.2020 r. tj, dziennik budowy, protokoły odbiorów technicznych budynku, inwentaryzację geodezyjną powykonawczą, oświadczenie Burmistrza Miasta i Gminy Chęciny o zawiadomieniu Komendy Miejskiej PSP w Kielcach o zamiarze przystąpienia do użytkowania obiektu a także oświadczenie złożone z Państwowym Powiatowym Inspektoracie Sanitarnym w Kielcach o zamiarze

przystąpienia do użytkowania obiektu, protokół zaawansowania robót na budynku socjalnym objętym projektem z dnia 30 lipca 2020 r., raport miesięczny Inspektora Nadzoru za lipiec 2020 r., protokół odbioru końcowego budynku sporządzony po zakończeniu przebudowy i modernizacji obydwóch budynków oraz zaświadczenie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Kielcach o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu wobec złożonego zawiadomienia o zakończeniu przebudowy nadbudowy i remontu istniejącego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku.

Dodatkowo Gmina wyjaśniła, że wykonawca nie mógł zgłosić zakończenia budowy w miesiącu lipcu 2020 r. bez wykonanego zagospodarowania terenu bowiem warunkiem koniecznym do uzyskania pozwolenia na użytkowanie jest wykonanie zagospodarowania terenu z dojazdem do posesji włącznie. Ponadto, Gmina wyjaśniła, że w miesiącu sierpniu 2020 r. (do 15 sierpnia 2020 r.) wykonawca dokonywał poprawek wskazanych przez Inspektora Nadzoru związanych z malowaniem ścian i montażem wyposażenia sanitarnego i przystąpił do realizacji robót na drugim budynku. Zgodnie z art 55 ust. 1 pkt 1 prawa budowlanego od dnia 18 kwietnia 2020 r. uzyskanie pozwolenia na użytkowanie odbywa się według procedury zgłoszenia zakończenia budowy. Zawiadomienie o zakończeniu budowy obiektu budowlanego zostało złożone w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego po zakończeniu robót na obydwóch budynkach socjalnych i wykonaniu utwardzenia terenu działki.

Po ponownej weryfikacji dokumentacji związanej z postępowaniem na wybór wykonawcy robót budowlanych w ramach zadania pn. Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku oraz po przeprowadzonej analizie argumentów Beneficjenta wskazanych w powyższych pismach, Instytucja Zarządzająca podtrzymała zarzut naruszenia art. 144 ust. 1b ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający zwiększył zakres robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy na roboty budowlane, o roboty, które nie były funkcjonalnie związane z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia podstawowego, zmieniając jednocześnie termin realizacji zadania. W ocenie zespołu kontrolnego aneks nr 2 zawarty do umowy nr 104/IPS/2019 powodował istotną zmianę charakteru tejże umowy. Przedmiotem pierwotnej umowy był remont i modernizacja jednego budynku socjalnego znajdującego się na działce nr 983/7. Aneks nr 2 dotyczył wprowadzenia do umowy istotnej zmiany polegającej na zleceniu dotychczasowemu wykonawcy remontu i modernizacji drugiego budynku znajdującego się na tej samej działce. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp nie można zwiększyć zakresu robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy podstawowej, o roboty, które nie są związane funkcjonalnie z robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia, znajduje to potwierdzenie w art. 144 ust. 2 pkt 2, gdzie ustawodawca założył, że dodatkowe roboty można wykonać pod warunkiem, że są one niezbędne a także spełnione zostały dodatkowe warunki wymienione w lit. a, b i c art. 144 ust. 2 pkt 2. Skoro art. 144 ust. 2 pkt 2 nie dopuszcza wprost wykonania robót nie będących niezbędnymi do realizacji zamówienia, tym bardziej nie mogą być one wykonane na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6. Wobec powyższego, Beneficjent udzielając dotychczasowemu wykonawcy realizację dodatkowych robót budowlanych naruszył art. 144 ust. 1 pkt 2 ponieważ zakres robót jaki został wprowadzony aneksem nr 2 nie był niezbędny do zakończenia pierwotnego przedmiotu zamówienia i nie miał wpływu na jego realizację.

Budynek nr 2 znajdujący się na działce nr 983/7 jest odrębnym budynkiem w rozumieniu art. 2 pkt 5d Pzp, w związku z tym rzeczony budynek znajdujące się na ww. działce stanowią dwa osobne obiekty budowlane nie powiązane ze sobą.

Odnosząc się do stwierdzenia Beneficjenta, że budynek socjalny będący pierwotnym przedmiotem umowy nr 104/IPS/2019 został oddany w terminie, zespół kontrolny stwierdził, że termin realizacji zadania podstawowego, zgodnie z aneksem nr 1 został wydłużony do dnia 31 lipca 2020 r. a z dostarczonej przez Beneficjenta dokumentacji wynika, że prace na obiekcie nr 1 zakończone zostały w dniu 17 sierpnia 2020 r. natomiast zgłoszenie inwestycji do Państwowego Inspektora Sanitarnego celem kontroli i wydania pozwolenia na użytkowanie nastąpiło w dniu 17 września 2020 r. Ponadto, protokół końcowy odbioru został spisany 10 listopada 2020 r., zaświadczenie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Kielcach o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu wobec złożonego w dniu 26 października 2020 r. zawiadomienia o zakończeniu przebudowy, rozbudowy, nadbudowy i remontu istniejącego budynku na działce nr 983/7 jest z dnia 4 grudnia 2020 r.

Odnosząc się do stwierdzenia Beneficjenta, że na dzień 31 lipca 2020 r. roboty budowlane dotyczące umowy podstawowej zostały zrealizowane w 98,04 %, zespół kontrolny wskazał, że termin realizacji zadania przypadają na dzień 31 lipca 2020 r., a zatem Wykonawca nie dotrzymał realizacji przedmiotowego zadania. Dodatkowo, zespół kontrolny zauważył, że zmiana terminu realizacji zadania pierwotnego nie powinna ulec zmianie na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ponieważ czytając literalnie zapisy art. 144 ust 1 pkt 6 należy przyjąć, że wszelkie zmiany umowy dokonane w związku z tą regulacją muszą się odnosić wyłącznie do wartości umowy, a zatem przepis nie daje podstaw do dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia.

Wobec powyższego zespół kontrolny wskazał, że zlecenie dodatkowych robót budowlanych nie związanych z zamówieniem podstawowym a tym samym niebędących niezbędnymi do zrealizowania zamówienia podstawowego oraz wydłużenie terminu realizacji pierwotnego przedmiotu zamówienia stanowi istotną zmianę postanowień umowy co jest naruszeniem o istotnym charakterze mogącym spowodować potencjalną szkodę w budżecie Unii Europejskiej. Dokonane przez Beneficjenta zmiany wprowadziły warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni potencjalni wykonawcy lub zostałyby przyjęte oferty innej treści.

Do przedmiotowego pisma została załączona ostateczna Informacja Pokontrolna nr KC-I.432.62.4.2020/WF-3/P tj. pismo znak: KC-I.432.62.4.2020 z dnia 20 stycznia 2021 r., gdzie podtrzymano wcześniejsze ustalenia dotyczące nałożenia na Beneficjenta korekty finansowej.

W odpowiedzi na pismo znak: Nr KC-I.432.62.4.2020 Gmina Chmielnik poinformowała Instytucję Zarządzającą, że w dalszym ciągu nie zgadza się z ustaleniami zespołu kontrolnego i odmawia podpisania informacji pokontrolnej.

W związku z ww. wynikami kontroli doraźnej projektu Instytucja Zarządzająca dokonała pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych ujętych przez Beneficjenta we wniosku o płatność pośrednią nr RPSW.07.03.00-26-0015/16-014 a następnie dokonała zatwierdzenia przedmiotowego

wniosku o płatność. Kwota wydatków niekwalifikowalnych w ramach wniosku o płatność wynosi 63 229,57 zł, w tym dofinansowanie z EFRR 53 745,13 zł.

W związku z powyższym oraz faktem, że Beneficjent pisemnie poinformował Instytucję Zarządzającą, że w dalszym ciągu kwestionuje ustalenia zespołu kontrolnego zawarte w Informacji Pokontrolnej nr KC-432.62.4.2020/WF-3/P oraz, że będzie dochodzić swoich praw, w związku z czym odmawia zwrotu dofinansowania wraz z odsetkami, Instytucja Zarządzająca pismem znak: IR-XIV.432.7.144.2021 z dnia 18 marca 2021 r. w oparciu o art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 305, z późn. zm.) zwanej dalej „Kpa” oraz zgodnie z art. 207 ust. 9 ufp zawiadomiła Beneficjenta jako Stronę w przedmiotowej sprawie, że zostało wszczęte z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie określenia kwoty przypadającej do zwrotu i terminu, od którego nalicza się odsetki, oraz sposobu zwrotu środków w formie decyzji w sprawie zwrotu przez Beneficjenta części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W przedmiotowym zawiadomieniu Instytucja Zarządzająca wyznaczyła Stronie 7 dniowy termin na wniesienie uwag oraz zapoznanie się z materiałami dotyczącymi sprawy.

Przedmiotowe zawiadomienie zostało doręczone Stronie poprzez elektroniczną Platformę Usług Administracji Publicznej tj. ePUAP w dniu 23 marca 2021 r.

Następnie w dniu 19 kwietnia 2021 r. Instytucja Zarządzająca stosownie do postanowień art. 10 § 1 ustawy Kpa sporządziła zawiadomienie Strony o przygotowaniu materiału dowodowego do wydania decyzji w sprawie zwrotu części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. 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 Inwestycji i Rozwoju. Jednocześnie, zgodnie z art. 36 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2014-2020 zawiadomiła Stronę, że ze względu na konieczność doręczenia niniejszego pisma oraz umożliwienia Stronie wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, sprawa nie może być rozpatrzona w ustawowym terminie. W związku z tym zostanie ona załatwiona do dnia 4 czerwca 2021 r.

Przedmiotowe zawiadomienie zostało doręczone Stronie poprzez ePUAP w dniu 19 kwietnia 2021 r. Strona nie zapoznawała się z dokumentami sprawy, nie wniosła żadnych uwag oraz nie dokonała zwrotu środków dofinansowania.

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

Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, zwanej dalej „ustawą wdrożeniową”, system realizacji programu operacyjnego zawiera warunki i procedury obowiązujące instytucje uczestniczące w realizacji programów operacyjnych, obejmujące w szczególności zarządzanie, monitorowanie, sprawozdawczość, kontrolę i ewaluację oraz sposób



koordynacji działań podejmowanych przez instytucje. Podstawę systemu realizacji programu operacyjnego mogą stanowić w szczególności przepisy prawa powszechnie obowiązującego, wytyczne, szczegółowy opis osi priorytetowych programu operacyjnego, opis systemu zarządzania i kontroli oraz instrukcje wykonawcze zawierające procedury działania właściwych instytucji.

Następnie, zgodnie z treścią art. 9 ust.1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej instytucją zarządzającą jest zarząd województwa w przypadku regionalnego programu operacyjnego.

Ponadto, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 8 i 9 lit. a ustawy wdrożeniowej, do zadań instytucji zarządzającej należy nakładanie korekt finansowych oraz odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp 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 ufp,

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

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 o finansach publicznych (odpowiednio: art. 184 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. Podstawą zobowiązania beneficjenta do wydatkowania otrzymanych środków (europejskich i innych środków pochodzących ze źródeł zagranicznych, niepodlegających zwrotowi) w określony sposób są wyłącznie: powszechnie obowiązujące przepisy prawa, umowa o dofinansowanie i wszelkie akty oraz dokumenty, które wiążą beneficjenta z mocy postanowień umowy o dofinansowanie. Złamanie przez beneficjenta procedur wydatkowania środków (europejskich i innych środków pochodzących ze źródeł zagranicznych, niepodlegających zwrotowi), wynikających z ratyfikowanych oraz nieratyfikowanych umów międzynarodowych regulujących rozdział określonych funduszy, z których przyznane zostało temu beneficjentowi dofinansowanie, stanowi przesłankę zwrotu środków w rozumieniu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp. Na skutek wyboru projektu z danym beneficjentem zawierana jest umowa o dofinansowanie określająca wzajemne prawa i obowiązki stron tej umowy, a więc beneficjenta i organu udzielającego. Potencjalny beneficjent 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. Umowa o dofinansowanie zgodnie z przyjętym przez właściwą instytucję wzorem reguluje m.in. procedurę

*realizacji projektu.* 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, należało uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 208 ust. 1 ustawy o finansach publicznych (odpowiednio: art. 184 ufp) o "innych procedurach" obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię.

Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami przewidzianymi umową o dofinansowanie, na które poprzez przystąpienie do umowy beneficjent wyraził zgodę.

Na podstawie art. 207 ust. 9 ustawy o finansach publicznych po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej w rozumieniu ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

W związku z regulacją prawną art. 67 ust.1 ustawy o finansach publicznych do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych niniejszą ustawą stosuje się przepisy ustawy Kpa i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2019 r. poz. 900 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 2020 r., poz. 1668 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 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.

Podstawowy akt prawa krajowego, który określa zasady prowadzenia polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, podmioty prowadzące tę politykę oraz tryb współpracy między nimi, stanowi ustawa wdrożeniowa.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej 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 (vide: art. 9 ust. 2):

- zawieranie z wnioskodawcami umów o dofinansowanie projektu lub podejmowanie decyzji o dofinansowaniu projektu;
- dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjentów;
- prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów - w przypadku regionalnego programu operacyjnego;
- nakładanie korekt finansowych;
- odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, na zasadach określonych w ustawie o finansach publicznych albo w umowie o dofinansowanie projektu, lub w decyzji o dofinansowaniu projektu.

W związku z czym, Instytucja Zarządzająca w przypadku stwierdzenia, iż Projekt jest realizowany niezgodnie z jego założeniami i w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami, nie ma możliwości uznania za kwalifikowalne wydatków, które są niezgodne z zapisami zawartymi w Umowie o dofinansowanie tj. zgodnie z § 1 ust. 10 Umowy o dofinansowanie: *„za wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z rozporządzeniem ogólnym, jak również w rozumieniu ustawy wdrożeniowej i przepisów rozporządzeń wydanych do tej ustawy oraz zgodnie z wytycznymi wskazanymi w § 1 ust. 5 lit. e*

Obowiązki państw członkowskich i Komisji w zakresie wydatkowania środków finansowych budżetu Unii doprecyzowano w odpowiednich przepisach Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U. UE.L.2013.347.320 z dnia 20 grudnia 2013), zwanego dalej „Rozporządzeniem nr 1303/2013”.

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, prowadzić 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 (poz. 65 Rozporządzenia nr 1303/2013).

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia nr 1303/2013 *„nieprawidłowość - oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we*

wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem".

Mając na uwadze omówioną powyżej definicję nieprawidłowości, obowiązującą w prawie wspólnotowym, należy więc wskazać, iż skutki finansowe wynikające z danego naruszenia, na jakie mógł być narażony budżet Wspólnoty mają wymiar nie tylko rzeczywisty (udowodniony), ale również i wymiar potencjalny (trudny do oszacowania).

Taki sposób rozumienia definicji nieprawidłowości ugruntował się już w utrwalonej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w Wyroku TSUE w sprawie C-406/14 z dnia 14 lipca 2016 r. oraz w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 w sprawie C-408/16 stwierdził, że: „naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych.” Dalej w tym samym Wyroku TSUE wskazano również, że: „uchybiecie zasodom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość..., o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu.” Analogiczne stanowisko zostało również zawarte w Wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre, C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 47.

Zgodnie z sekcją 6.2 pkt 3 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020:

„(...) Wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający łącznie następujące warunki:

- a) został faktycznie poniesiony w okresie wskazanym w umowie o dofinansowanie projektu, z zachowaniem warunków określonych w podrozdziale 6.1,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, w tym przepisami regulującymi udzielanie pomocy publicznej, jeśli mają zastosowanie,
- c) jest zgodny z PO i SZOOP,
- d) został uwzględniony w budżecie projektu współfinansowanego ze środków EFS, z zastrzeżeniem pkt 10 i 11 podrozdziału 8.3, a w przypadku projektów zawartym we wniosku o dofinansowanie projektu,
- e) został poniesiony zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie projektu,
- f) jest niezbędny do realizacji celów projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- g) został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- h) został należycie udokumentowany, zgodnie z wymogami w tym zakresie określonymi w Wytycznych, Wytycznych PT, o których mowa w rozdziale 4 pkt 2, lub ze szczegółowymi zasadami określonymi przez IZ PO,
- i) został wykazany we wniosku o płatność zgodnie z Wytycznymi w zakresie warunków gromadzenia i przekazywania danych w postaci elektronicznej,

- j) dotyczy towarów dostarczonych lub usług wykonanych lub robót zrealizowanych, w tym zaliczek dla wykonawców 9, z zastrzeżeniem pkt 4 podrozdziału 6.4,
- k) jest zgodny z innymi warunkami uznania go za wydatek kwalifikowalny określonymi w *Wytycznych*, *Wytycznych PT*, o których mowa w rozdziale 4 pkt 2, lub określonymi przez IZ PO w SZOOP, regulaminie konkursu lub dokumentacji dotyczącej projektów zgłaszanych w trybie pozakonkursowym.

Zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 20 *Wytycznych* w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020:

„(...) Nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że:

- a) zmiany zostały przewidziane w zapytaniu ofertowym w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian,
- b) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
  - i. zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
  - ii. zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
  - iii. wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie,
- c) zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
  - i. konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
  - ii. wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie (...),
- e) zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy a łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej 30 i jednocześnie jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości zamówienia

W dniu 7 listopada 2019 r. Zamawiający zawarł z Panem Pawłem Kmiecikiem umowę nr 104/IPS/2019, której przedmiotem była „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku. Termin zakończenia przedmiotu umowy został

ustalony na dzień 29 maja 2020 r. Strony umowy ustaliły, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie ryczałtowe za całe zamówienie w kwocie 1 549 087,74 zł brutto. Zabezpieczenie należytego wykonania ustalone zostało w wysokości 77 454,39 zł co stanowiło 5 % wartości umowy.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotem zamówienia była przebudowa, rozbudowa, nadbudowa i remont istniejącego parterowego budynku mieszkań socjalnych przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku, na działce nr 983/7 obejmująca swym zakresem m.in.

- roboty rozbiórkowe części budynku,
- roboty budowlane związane z przebudową, rozbudową i nadbudową budynku parterowego o wymiarach 9,83 x 43,3 m i wysokości 6,13 m przebudowa którego miała spowodować powstanie 10 lokali socjalnych. Roboty budowlane obejmowały również m.in. budowę schodów zewnętrznych wraz z podjazdami dla niepełnosprawnych, budowę ścian przedmiotowego budynku, jego docieplenie, pokrycie dach,
- budowę instalacji sanitarnych,
- budowę instalacji elektrycznych,
- budowę instalacji gazowej zewnętrznej i wewnętrznej,
- budowę przyłącza wodociągowego,
- budowę kanalizacji sanitarnej,
- zagospodarowanie terenu.

W dniu 20 kwietnia 2020 r., strony umowy podpisały aneks nr 1 ustalający nowy termin zakończenia przedmiotu umowy na dzień 31.07.2020 r. Przedłużenie terminu realizacji umowy było następstwem wprowadzenia stanu epidemiologicznego i wystąpieniem Covid – 19 w wyniku czego nastąpiły znaczne ograniczenia w produkcji elementów związanych z wykonaniem zadania. Zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia została dokonana zgodnie z warunkami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z Działem XVI pkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający przewidział zmianę terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy w sytuacji:

- 4.1. pisemnego żądania wstrzymania prac skierowanych do Wykonawcy przez Zamawiającego, o ile żądanie lub wydanie zakazów nie nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności,
- 4.2. jeżeli przyczyny z powodu których będzie dotrzymane zagrożenie terminów będą następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności będą następstwem nieterminowego przekazania terenu budowy, czy wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej na żądanie Zamawiającego, w zakresie, w jakim ww. okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie ww. terminów,
- 4.3. wystąpienia udokumentowanych niekorzystnych warunków atmosferycznych (...),
- 4.4. wystąpienia okoliczności siły wyższej (...),
- 4.5. gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy ze względu na zasady wiedzy technicznej, wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z planowanymi lub równoległe prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji,

4.6 wystąpią opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność

4.7 gdy wystąpią opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, art., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,

4.8. jeżeli wystąpi brak możliwości wykonania robót z powodu nie dopuszczenia do ich wykonania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,

4.9 skrócenia terminu realizacji zakresów częściowych oraz terminu końcowego.

Następnie w dniu 1 lipca 2020 r., strony umowy podpisały aneks nr 2, w którym na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zakresie wprowadzania zmian do zawartej umowy na realizację zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku”. Aneksem tym wprowadzono zmianę do umowy polegającą na zwiększeniu zakresu świadczenia umowy, dodając do przedmiotu zamówienia rozbudowę i modernizację drugiego budynku, w związku z czym zmieniono również terminu zakończenia przedmiotu umowy do dnia 31 października 2020 r. oraz wysokość wynagrodzenia Wykonawcy. Wynagrodzenie wykonawcy zostało ustalone w wysokości 1 703 980,42 zł. Kwota w wysokości 154 892,68 zł o jaką zwiększono wynagrodzenie dotyczyła remontu drugiego budynku mieszkań socjalnych przy ul. Mielczarskiego usytuowanego na działce nr 983/7 w Chmielniku.

Zaistniałe okoliczności jak wskazano m.in. w uzasadnieniu do aneksu związane były z uzyskaną przez Gminę Chmielnik zgodą Instytucji Zarządzającej na zagospodarowanie oszczędności powstałych po przetargach, w związku z realizacją projektu pn. „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku i włączeniem do niniejszego projektu remontu drugiego budynku mieszkań socjalnych mieszczącego się na tej samej działce nr 983/7 przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku, po przeciwnej stronie budynku objętego projektem.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że niniejsza decyzja dotyczy żądania zwrotu części dofinansowania z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych za naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 6 w zw. z ust. 1b, w związku z niedozwoloną zmianą umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy ponieważ Beneficjent zwiększając zakres umowy pierwotnej poprzez wprowadzenie dodatkowego przedmiotu zamówienia do umowy zmienił termin jej realizacji.

Gmina Chmielnik w ramach realizowanego projektu rozliczyła wydatki związane z umową nr 104/IPS/2019 w wysokości 1 385 743,90 zł, w tym dofinansowanie z EFR 1 177 882,31 zł.

Wartość korekty finansowej została ustalona w następujący sposób:

$$W_p = W\% \times W_{kw} = 25\% \times 1\,385\,743,90 \text{ zł} = 346\,435,98 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wp – wartość korekty finansowej,

Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek rozliczający zaliczkę wydatek rozliczający zaliczkę we wnioskach nr: RPSW.07.03.00-26-0015/16-014, RPSW.07.03.00-26-0015/16-012, RPSW.07.03.00-26-0015/16-010, RPSW.07.03.00-26-0015/16-008),

W% – stawka procentowa wskazana w pkt 28 załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 971 z późn. zm) pn. stawki procentowe przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych.

**Zaznaczyć należy, że roboty budowlane w wysokości 154 892,68 zł związane z remontem budynku nr 2, poniesione z naruszeniem art. 144 ust.1b ustawy Pzp oraz uznane przez Instytucję Zarządzającą w całości za wydatki niekwalifikowalne nie zostały jeszcze przedstawione do rozliczenia przez Beneficjenta w ramach projektu, jednak nie sposób odnieść się do nałożonej korekty finansowej nie odnosząc się jednocześnie do przedmiotowego naruszenia, stanowiącego przesłankę zmiany terminu realizacji zamówienia w ramach umowy nr 104/IPS/2019.**

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm), zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;
- 6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Zgodnie z art. 144 ust 1b ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

W ocenie Instytucji Zarządzającej w przypadku aneksu nr 2 do umowy nr 104/IPS/2019, powierzenie remontu drugiego budynku socjalnego znajdującego się na działce 983/7 dotychczasowemu Wykonawcy zadania pn. „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku” na podstawie art. 144 ust.1 pkt 6 Pzp stoi w sprzeczności z art. 144 ust. 1b tejże ustawy, zgodnie z którym zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy. O zmianie charakteru umowy można mówić



również w sytuacji, gdy rodzaj umowy pozostaje ten sam (dalej mamy do czynienia z robotami budowlanymi), ale zmienił się przedmiot świadczenia wykonawcy (w tym przypadku remont konkretnego budynku). Zwiększenie zakresu umowy poprzez wprowadzenie dodatkowego przedmiotu zamówienia do zamówienia pierwotnego niewątpliwie zmieniło charakter tego zamówienia. Naczelną zasadą prawa zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz zasada wyboru najkorzystniejszej oferty. Mając na uwadze powyższe, Gmina Chmielnik nieuprawniona była do zmiany terminu realizacji tejże umowy.

Należy zaznaczyć, że przy zleceniu realizacji zadań w ramach systemu zamówień publicznych zamawiający musi stworzyć jednoznaczny, wyczerpujący, dokładny, zrozumiały i pełny opis przedmiotu zamówienia, który uwzględni wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wykonuje się, co do zasady, za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Gdy dla zamówienia na roboty budowlane nie jest wymagane pozwolenie na budowę, opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane składa się w szczególności z planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych, ich lokalizacje i inne istotne uwarunkowania. Stanowią one podstawę do opracowania kosztorysów inwestorskich, które są, co do zasady obowiązkowymi opracowaniami, jakie musi mieć zamawiający publiczny przed ogłoszeniem zamówienia na roboty budowlane, zamawiający dysponuje przedmiarami i najczęściej załącza je do przetargu co jest jak najbardziej zasadne, gdyż ułatwia potencjalnym wykonawcom przygotowanie oferty.

W związku z podpisaniem w dniu 1 lipca 2020 r. aneksu nr 2 do umowy nr 104/IPS/2019 treść § 1 ust. 1 otrzymała następujące brzmienie „Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do wykonania zadanie pod nazwą: „Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku”, obejmującego swym zakresem również remont drugiego budynku mieszkań socjalnych usytuowanego na działce nr 983/7 w Chmielniku.” Zakres robót budowlanych na budynku pierwszym wynikał z opisu przedmiotu zamówienia, projektu budowlanego i wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Dodatkowo zamawiający załączył do SIWZ przedmiary robót. Dokumentacja projektowa nie obejmowała swym zakresem budynku drugiego, który Beneficjent włączył do umowy o zamówienie podpisując przedmiotowy aneks. Zakres prac remontowych na budynku drugim został uzgodniony z Wykonawcą poza treścią aneksu poprzez opracowanie kosztorysu na roboty dodatkowe. W ocenie Instytucji Zarządzającej zmodernizowane w ramach umowy 104/IPS/2019 budynki stanowiły odrębne obiekty budowlane i powinny być przedmiotem odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia a ich wartość winna być ustalona odpowiednio do ich przedmiotu.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi wdrożenie do ustawy Pzp przepisu art. 72 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym umowy można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w art. 72 ust. 4 lit. a–d dyrektywy 2014/24/UE zostały

spełnione. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

W przypadku zmian umowy dokonywanych na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający nie musi sprawdzać, czy zmiana ma charakter istotny, czy nieistotny, wystarczy, że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone dla robót budowlanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji UE i jednocześnie mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. W kontekście możliwości zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy mieć na względzie treść motywu 107 akapit drugi, który stanowi, że modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Z treści motywu 107 dyrektywy wynika zatem, iż pomiędzy modyfikacją umowy a koniecznością zmiany jej wartości musi zachodzić związek przyczynowo – skutkowy. Innymi słowy, modyfikacje umowy w oparciu o przywołaną podstawę muszą skutkować zmianą (nieznaczną) wartości umowy.

Dyspozycja art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a także odpowiadająca jej regulacja dyrektywy 2014/24/UE, nie określają w sposób bezpośredni konkretnych przypadków, w których dopuszczalnym jest wprowadzenie zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, warunkując możliwość wprowadzenia określonych modyfikacji, przewidzeniem ich w dokumentacji postępowania lub ziszczeniem się w odniesieniu do określonej umowy przesłanek nieprzewidywalnych okoliczności oraz spowodowanej nimi konieczności zmiany umowy. Takie brzmienie przepisów, nie może być jednak utożsamiane z przyznaniem stronom umowy nieograniczonego prawa do jej zmiany, o ile tylko ziszczą się przesłanki określone w przepisach ustawy. Jak wynika z treści art. 72 ust. 1 lit a dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 109 klauzule dotyczące zmiany umowy, a także zmiana umowy dokonywana z uwagi na nieprzewidziane okoliczności nie może prowadzić do zmiany ogólnego charakteru tej umowy. Analogiczne zastrzeżenie w tym zakresie poczynione zostało również w treści art. 144 ust. 1b ustawy Pzp. W świetle motywu 109 do dyrektywy 2014/24/UE, modyfikację powodującą zmianę ogólnego charakteru umowy można utożsamiać ze zmianą przedmiotu lub rodzaju pierwotnego zamówienia. A zatem strony postępowania mogą wprowadzać zmiany w szczególności o charakterze przedmiotowym, ekonomicznym lub finansowym, o ile zmiana taka nie spowoduje zmiany ogólnego charakteru zobowiązania. Przepis art. 144 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp co prawda nie precyzuje, czy wprowadzona zmiana ma być związana z zamówieniem podstawowym i jeśli tak to jak bardzo, nie mniej jednak, należy pamiętać, że chodzi o zmianę umowy, czyli, że strony poruszają się w ramach konkretnego określonego zamówienia. Zakładając, że zmiana nie musi być związana z zamówieniem podstawowym mogłoby się okazać, że wprowadzona zmiana nie jest w ogóle związana z umową główną, co jest sprzeczne z celem przepisu, który miał ułatwić elastyczne zarządzanie umową, a nie swobodne rozszerzenie zakresu umowy w dowolny sposób.

Należy zauważyć, że Zamawiający nie może po podpisaniu umowy doprecyzowywać wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym w opisie przedmiotu zamówienia, które by wskazywały na żądanie nowych wymagań dla opisanych robót. Pomiedzy

przedmiotem zamówienia, przedmiotem oferty i przedmiotem umowy musi istnieć znak równości. Z art. 140 ustawy Pzp wynika, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istotą tych przepisów jest eliminowanie możliwości obchodzenia wyników postępowania ofertowego. Wszystkie zamówienia objęte nowym zamówieniem, udzielane są przez zawarcie nowej umowy (nowy przetarg), a nie przez rozszerzenie poprzednio zawartego kontraktu. Do tego wymagana jest przepisami ustawy Pzp decyzja zamawiającego o uznaniu robót nie objętych specyfikacją istotnych warunków zamówienia jako zamówienia dodatkowego, czy zamówienia uzupełniającego, albo ogłoszenie nowego przetargu na wykonanie tych robót. Ustawa Pzp ogranicza swobodę zamawiającego w dokonywaniu zmian w umowie. Generalną zasadą Prawa zamówień publicznych jest niezmiennosc zawartych umów, co wyraża się w przepisie określającym, że treść umowy musi odpowiadać treści oferty oraz, że umowa w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ podlega unieważnieniu z mocy prawa – art. 140 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę zapisy art. 140 ustawy Pzp roboty budowlane, które zostały zrealizowane w związku z podpisanymi w dniu 1 lipca 2020 r. aneksem nr 2 polegające na remoncie i modernizacji budynku nieobjętego pierwotnym zamówieniem nie stanowiły zamówienia dodatkowego ani zamówienia zamiennego w ramach umowy.

Przedmiotem umowy nr 104/IPS/2019 była Rozbudowa i modernizacja wielorodzinnego budynku socjalnego przy ul. Mielczarskiego w Chmielniku. Umowa nr 104/IPS/2019 nie obejmowała swym zakresem remontu drugiego budynku znajdującego się naprzeciwko budynku, który był objęty przedmiotową umową. Oba zadania dotyczyły innych, niezależnych od siebie budynków. Niewątpliwie nie stanowiły one jednego obiektu budowlanego i były realizowane na podstawie odrębnych projektów budowlanych. Remont i modernizacja budynku drugiego nie był objęty dokumentacją stworzoną na potrzeby remontu i modernizacji budynku nr 1, nie występował SIWZ ani w dokumentacji projektowej. A zatem nie można ich uznać za powiązane funkcjonalnie.

Gmina Chmielnik w swojej korespondencji wskazała, że z treści art. 67 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp nie wynika dodatkowy warunek, że zwiększenie wartości zamówienia ma być powiązane funkcjonalnie z zamówieniem podstawowym.

Zgodnie z art 67 ust. 1 Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 6) w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości;

Należy zauważyć, że zamówienia polegające na powtórzeniu robót budowlanych charakteryzują się ich przewidywalnością. Obowiązek ten wynika wprost z art. 67 ust 1 pkt 6, art. 41 pkt 15 oraz art. 48 ust 2 pkt 15 ustawy Pzp. Cecha ta odróżnia je od zamówień wynikających z konieczności wykonania dodatkowych robót, które nie zostały objęte zamówieniem podstawowym. A zatem są to zamówienia, co do których zamawiający już na etapie przygotowania postępowania dotyczącego zamówienia podstawowego musi wiedzieć, że kolejny etap prac, polegający na powtórzeniu

podobnych robót budowlanych będzie chciał powierzyć temu samemu wykonawcy, ale ze względu na różne okoliczności nie udziela ich w ramach jednego zamówienia, dopuszczając jednak ich udzielenie w przyszłości. Zamówienia te nie mogą zatem dotyczyć takich robót, których zamawiający nie planował na etapie zamówienia podstawowego i których konieczność pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego. Zamówienie, których podstawą jest art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp muszą być zgodne z zamówieniem podstawowym. Zgodnie z zapisami art. 32 ust 5 dyrektywy 2014/24/UE „Procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do nowych robót budowlanych lub usług polegających na powtórzeniu podobnych robót budowlanych lub usług powierzonych wykonawcy, któremu ta sama instytucja zamawiająca udzieliła pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że takie roboty budowlane lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia na podstawie jednej z procedur zgodnie z art. 26 ust. 1. Podstawowy projekt musi wskazywać zakres ewentualnych dodatkowych robót budowlanych lub usług oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone”. Wobec powyższego nie mogą to być roboty wykraczające poza określone w zamówieniu podstawowym przedsięwzięcie, lub realizowane na podstawie odrębnego projektu, który nie zawierał się w zamówieniu podstawowym, a zatem nie mogą one być rozszerzeniem zamówienia podstawowego o zupełnie odrębne – nieobjęte przedmiotem zamówienia podstawowego i w istocie nowe zamówienia.

Gmina Chmielnik w swojej korespondencji wskazała, że w miejscu realizacji zamówienia brak jest możliwości jednoczesnej realizacji robót przez dwóch wykonawców, bowiem drugi wykonawca ingerowałby w podstawowy przedmiot zamówienia i uniemożliwił jego realizację, poza tym teren budowy został przekazany głównemu wykonawcy. Zakończenie robót na budynku głównym wraz z zagospodarowaniem a następnie realizacja robót na budynku drugim znacznie wydłużyłaby okres realizacji robót a także czas oczekiwania na przydział 10 mieszkań w budynku głównym oraz doprowadziłaby do zniszczenia wykonanego zagospodarowania terenu. Ponadto okres robót na drugim budynku przypadłby na okres zimowy a budynek zamieszkiwany jest przez 4 rodziny z dziećmi.

Powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. W przypadku ogłoszenia nowego przetargu na wybór wykonawcy robót budowlanych dotyczących remontu i modernizacji drugiego budynku nie ma przecież pewności, że obecny Wykonawca nie zostałby wybrany do realizacji zamówienia zwłaszcza, że Gmina dokonała rozeznania rynku i zwróciła się do trzech potencjalnych wykonawców o wycenę robót dodatkowych na drugim budynku i oferta obecnego Wykonawcy okazała się najkorzystniejsza. Nawet jeśli by tak się nie stało, to w interesie zamawiającego jak i wykonawców zasadne byłoby współdziałanie w celu efektywnej realizacji prac na podstawie zawartych umów. Przyczyny organizacji nie stanowią okoliczności wystarczających aby powierzyć dotychczasowemu wykonawcy realizację innych robót niż wynikające z zawartej umowy.

Gmina Chmielnik w swojej korespondencji wskazała, że wydłużenie terminu realizacji umowy dotyczyło tylko 3 miesięcy niezbędnych do realizacji robót, o które rozszerzono zakres umowy pierwotnej i za które zwiększono wynagrodzenie i nie miało na celu wydłużenia terminu realizacji pierwotnego zamówienia. Roboty w obrębie budynku podstawowego pierwotnie objętego umową zostały zrealizowane do dnia 31.07.2020 r., jedynie roboty w zakresie zagospodarowania terenu zakończono po zamknięciu wszystkich robót na zwiększony zakres.

Odnosząc się do samej zmiany terminu realizacji umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6. należy zauważyć, że brzmienie punktu 6 nakazuje przyjąć, że wszelkie zmiany umowy dokonywane w związku z tą regulacją muszą odnosić się wyłącznie do wartości umowy, a co za tym idzie dotyczyć mogą wyłącznie zakresu rzeczowego inwestycji, w sytuacji nieprzewidzianego wzrostu kosztów. A zatem do zmiany samej tylko wartości zamówienia może dojść w trakcie realizacji umowy. Za niezasadne należałoby uznać, aby dopuszczalne było dokonanie zmiany terminu realizacji umowy, gdy termin ten upłynął, a zamówienie zostało przez wykonawcę zrealizowane. Skoro zamówienie zostało zrealizowane i rozliczone, a w trakcie jego realizacji nie wystąpiła konieczność zwiększenia zakresu prac oraz związanej z tym zmianą wynagrodzenia, która nie przekracza 15% wartości zamówienia określonej w umowie pierwotnej to nie ma też podstaw, aby zmiany dokonywane były po zakończeniu realizacji umowy.

Wobec powyższego, należy przyjąć, że przepis ten nie daje podstaw do dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia. Należy zauważyć, że każda z przesłanek wymienionych w art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę do zmiany umowy a biorąc pod uwagę zapis art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dokonanie zmian w umowie jest możliwe w sytuacji, gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty unijne i zarazem jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo - w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Również zmiana wysokości wynagrodzenia na warunkach, określonych treścią art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie generuje automatycznie zmiany terminu wykonania zamówienia. Jeśli zamawiający chciałby zmienić termin realizacji zamówienia powinien był przewidzieć taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zmiany terminu realizacji umowy powinny zostać opisane w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, zawierających okoliczności, w których termin realizacji zamówienia ulegnie zmianie, warunków na jakich ta zmiana nastąpi i informacji o jaki okres zostanie wydłużona realizacja zamówienia to, o ile wystąpiły okoliczności opisane przez zamawiającego, można tę zmianę połączyć ze zmianą wynagrodzenia. Jeśli zamawiający nie wykazał inicjatywy w tym zakresie i nie wspomniał w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ o zmianie terminu wykonania zamówienia, nie może dokonać tej zmiany korzystając z przepisów dotyczących ustawowej możliwości zmiany wynagrodzenia umownego. Należy pamiętać, że zmiana umowy jest wyjątkiem od ogólnie przyjętej w ustawie Pzp zasady, że zmiany umowy są zakazane. Zgodnie zaś z paremią prawną *exceptiones non sunt extendendae*, wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, co równocześnie przemawia za koniecznością literalnej wykładni przepisów przewidujących zmiany umowy Pzp. Przesłanki z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp są przesłankami odrębnymi i niezależnymi od siebie. Stąd też, zamawiający ma możliwość skorzystać z obu. Skoro więc przesłanka z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp traktuje o możliwej zmianie wynagrodzenia, do określonego w ustawie poziomu, to nie można automatycznie połączyć jej z inną zmianą, która nie została opisana w tej lub w innych ustawowych przesłankach zmian umowy.

Należy podkreślić, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawsze będzie mogła być zmieniana, jeżeli dotyczy to postanowień nieistotnych, a gdy ma się odnosić do istotnych to na warunkach określonych w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym lub w SIWZ. W przypadku zamówień publicznych istotność zamówień podlega obiektywizacji, gdyż zmiana musi być

zapowiedziana w dokumentacji przetargowej, ponieważ w ten sposób mogą być zrealizowane zasady Prawa zamówień publicznych, tj. zasada przejrzystości i jawności procedury, zasada równości oraz zachowania uczciwej konkurencji. Z tego powodu ocenę zmiany terminu wykonania inwestycji w analizowanym przypadku należy odnieść do dokumentacji będącej przedmiotem postępowania o zamówienie publiczne. Wobec powyższego, Gmina Chmielnik zmieniając termin realizacji przedmiotu umowy, ze względu na zwiększenie zakresu świadczenia umowy o remont i modernizację dodatkowego budynku w ocenie Instytucji Zarządzającej dokonała zmiany istotnej w stosunku do treści oferty. W analizowanym przypadku nie można wykluczyć, że gdyby nowe okoliczności związane z dokonanymi przez zamawiającego zmianami w umowie były znane wykonawcom przed etapem składania ofert, w postępowaniu mogłaby wziąć udział większa ilość podmiotów i być może wpłynęłaby korzystniejsza cenowo oferta, jednak w tym przypadku nie da się ustalić, czy i ile podmiotów przystąpiłoby do postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych w ramach budynku nr 2 gdyby Beneficjent przeprowadził je w trybie konkurencyjnym oraz, czy złożone przez te podmioty oferty byłyby ofertami konkurencyjnymi cenowo i w efekcie - pozwalającymi na zmniejszenie wydatków poniesionych z budżetu UE. W tej sytuacji trudno jest jednoznacznie wskazać, o ile niższy byłby wówczas wkład UE w finansowanie tych przedsięwzięć.

Nie ulega wątpliwości, że za zmianę istotną należy traktować taką zmianę, która spowodowałaby wzięcie lub możliwość wzięcia udziału innych wykonawcy lub przyjęcia oferty innej treści.

Wobec powyższego Instytucja Zarządzająca podtrzymuje ustalenie zawarte w Informacji Pokontrolnej nr KC-I.432.62.4.2020/WF-3/P z dnia 20.01.2021 r. w sprawie naruszenia przez Gminę Chmielnik art. 144 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione rozszerzenie zakresu świadczenia wynikające z umowy oraz zmianę terminu realizacji umowy, tym samym naruszenie art. 144 ust 1b ustawy Pzp.

Zaznaczyć należy, że celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi.

Minister Rozwoju w Rozporządzeniu z 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971, z późn. zm.), określił warunki obniżania wartości korekt finansowych, wynikających m.in. ze stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej, a także ich stawki procentowe, mając na względzie charakter i wagę nieprawidłowości, w związku ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, określającym możliwość obniżania tych wartości korekty.

Zgodnie z tym dokumentem wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniu UE poniesionych w ramach tego zamówienia. Wartość korekty finansowej może być obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania UE jest niewspółmierne do

charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej a charakter i wagę nieprawidłowości ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszeń zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. Zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 pn. "Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych", dla kategorii nieprawidłowości indywidualnej – „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji” w przypadku naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp polegającego na dokonaniu zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania ustawowych przesłanek (...) stawka korekty wynosi: 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększone o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia, przy czym wskaźnik korekty w wysokości 25% liczony jest od wartości pomniejszonej o wartość dodatkową zamówienia wynikającą z niedozwolonej zmiany umowy.

Zgodnie z definicją nieprawidłowości zawartą w art. 2 punkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 – zwane dalej Rozporządzeniem 1303/2013 „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że na gruncie poprzednio obowiązującego Rozporządzenia, tj. Rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 roku ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 nieprawidłowością było „jakkolwiek 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”. Aktualnie obowiązująca definicja nieprawidłowości doprecyzowała kwestię tego, jakiego systemu porządku prawnego ma dotyczyć naruszenie tj. naruszenie jakich przepisów prawa oceniane będzie w kategoriach nieprawidłowości. Poprzednio definicja wskazywała na naruszenie przepisów prawa wspólnotowego. Obecnie zapis Rozporządzenia 1303/2013 wskazuje na każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego. W treści art. 12 wskazano: „Przedsięwzięcia EFSI oraz operacje, które są wspierane z tych funduszy, powinny być zgodne z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i odpowiednimi przepisami prawa krajowego i, które wdrażają bezpośrednio lub pośrednio niniejsze rozporządzenie i przepisy dotyczące poszczególnych funduszy”.

Przywołany wyżej przepis wiąże pojęcie nieprawidłowości ze skutkiem w postaci szkody, jednakże poprzez tę szkodę rozumie nie tylko szkodę rzeczywistą, stanowiącą obiektywnie rzecz biorąc uszczerbek w budżecie Unii Europejskiej, o charakterze wymiernym, ale także szkodę potencjalną. Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego. Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej sądów administracyjnych: WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt III SA/Wr 881/14 wskazał, że: "Wystarczy jednak samo tylko wykazanie, że określone nieprawidłowości powstałe wskutek zachowania się beneficjenta mogły jedynie (choć wcale nie musiały) narazić ogólny budżet Unii Europejskiej na uszczerbek, nawet bliżej niewykazany ("potencjalny)". " (...) szkoda o której mowa w tym przepisie nie musi być konkretną stratą finansową, bowiem do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy istnienie ryzyka, czy też zagrożenia, że szkoda ta powstanie. Już językowa wykładnia tego przepisu wskazuje, że szkoda może mieć charakter potencjalny (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 marca 2013 r. sygn. akt II GSK 51/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r. sygn. akt II GSK 159/12, z dnia 21 listopada 2014 r. sygn. akt II GSK 919/13)". "Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad przepisów u.p.z.p. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Ponadto "Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE". (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 2015 r., sygn. akt II GSK 1653/14).

W Rozporządzeniu o korektach na podstawie, którego korekty finansowe zostały naliczone, konkretne naruszenia przepisów Pzp mają przypisany wymiar szkody, a więc już samo ich wystąpienie jest jednoznaczne z wystąpieniem szkody i jej wymiarem. Bez znaczenia pozostaje to, czy szkoda ma charakter rzeczywisty, czy potencjalny, bowiem nieprawidłowością w rozumieniu Rozporządzenia 1303/2013 jest "każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem". Wobec czego nieprawidłowością może być nie tylko naruszenie przepisów Pzp ale również innych przepisów, które to naruszenia wyczerpują znamiona nieprawidłowości wskazane w Rozporządzeniu 1303/2013. W przypadku stwierdzonych naruszeń przepisów Pzp w odniesieniu do kontrolowanych zamówień wystąpiła tzw. szkoda potencjalna, a co się z tym wiąże - naliczenie korekty następuje przy zastosowaniu metody wskaźnikowej, zawartej w rozporządzeniu o korektach. Zgodnie z treścią § 5 ust. 2 tego rozporządzenia, stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości *korekt finansowych*, pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych są określone w załączniku do rozporządzenia.

Skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości w analizowanej sprawie są trudne do oszacowania, bowiem nie można w sposób dokładny i rzeczywisty stwierdzić, ile ofert mogłoby



zostać złożonych, gdyby nie zmieniono zapisu dotyczącego terminu zakończenia przedmiotu zamówienia. Organ pragnie zaznaczyć w tym miejscu, że gdyby skutki finansowe popełnionej przez Stronę nieprawidłowości były możliwe do oszacowania to wtedy wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu byłaby równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia (vide: § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r.)

Obowiązek przeprowadzenia postępowania wyłaniającego wykonawcę w sposób zgodny z prawem wspólnotowym i krajowym poprzez m.in. zapewnienie przestrzegania zasad przejrzystości, jawności i ochrony uczciwej konkurencji oraz równości szans wykonawców na rynku ofert w trakcie tego postępowania, jest jednym z fundamentalnych obowiązków jakie Beneficjent musi spełnić w celu zachowania prawidłowej realizacji Projektu. W związku z czym, aby wydatki ponoszone w trakcie realizacji Projektu mogły być uznane za kwalifikowalne do dofinansowania, Strona była zobowiązana do ścisłego przestrzegania procedur i przepisów obowiązujących przy ich wykorzystaniu. W sytuacji, gdy obowiązki te zostały również określone w umowie o dofinansowanie czy dokumentach stanowiących podstawę systemu realizacji RPOWŚ na lata 2014-2020, Strona zobowiązana była do ich przestrzegania w sposób ścisły i obligatoryjny. 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 sierpnia 2011 r. sygn. akt II SA/Bd 672/11, wyrok NSA z 18 maja 2011 r. sygn. akt II GSK 817/11, wyrok NSA z 16 listopada 2010 r. sygn. akt II GSK 1234/10).

W przedmiotowej sprawie warunki kwalifikowalności wydatków nie zostały spełnione, bowiem nie sposób uznać za kwalifikowalny wydatku, który został zrealizowany niezgodnie z postanowieniami Umowy o dofinansowanie (vide: § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie), a także niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego.

Zgodnie z ugruntowanym już w poprzedniej perspektywie finansowej orzecnictwem sądów administracyjnych takie istotne naruszenie przez Stronę procedury obowiązującej przy wykorzystaniu otrzymanego dofinansowania, określonej w umowie o dofinansowanie, stanowi wystarczającą podstawę do przyjęcia, że zaistniała przesłanka określona w art. 207 ust. 1 pkt 2 upf, uzasadniająca wydanie decyzji określającej kwotę dofinansowania podlegającą zwrotowi (wyrok NSA sygn. akt: II GSK 732/11).

Na tej podstawie stwierdzić można, iż zaszła niezależna podstawa do żądania zwrotu części dofinansowania, gdyż Strona naruszyła procedurę wydatkowania środków z zachowaniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Materialnoprawne przesłanki zwrotu przez Stronę środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich określa art. 207 ust. 1 pkt 2 upf. 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 doręczenia ostatecznej decyzji stwierdzającej ten obowiązek.

W przypadku zaistnienia przesłanek skutkujących żądaniem zwrotu środków, instytucja zarządzająca orzeka w formie decyzji (art. 207 ust 9 ufp i odpowiednio art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy wdrożeniowej).

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 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 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 ufp.

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 Chmielnik, z siedzibą Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik w łącznej wysokości: **240 725,45 zł (słownie: dwieście czterdzieści tysięcy siedemset dwadzieścia pięć zł, 45/100)** z tytułu zwrotu jak w pkt 1 osnowy decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

**Sposób płatności winien nastąpić w formie przelewu środków na następujący rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego:**

- Środki Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, o których mowa w pkt „1” decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, o których mowa w pkt „2” decyzji, należy wpłacić **w terminie 14 dni** od dnia doręczenia ostatecznej decyzji na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach nr **86 1020 2629 0000 9402 0342 7457** prowadzony w PKO Bank Polski S.A.

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego wydając niniejszą decyzję oparł się o stan faktyczny i prawny według chwili jej wydania, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne sprawy.

**W świetle powyższego Zarząd Województwa Świętokrzyskiego, jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 orzeka jak w sentencji.**

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

- 1) Umowa o dofinansowanie nr: RPSW.07.03.00-26-0015/16-00 z dnia 19.10.2018 r. wraz z Aneksami nr: RPSW.07.03.00-26-0015/16-01 z dnia 17.01.2020 r., RPSW.07.03.00-26-0015/16-02 z dnia 07.09.2020 r.,
- 2) Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020,
- 3) Regulamin dwuetapowego konkursu zamkniętego nr RPSW.07.03.00-IZ.00-26-045/16 wraz z załącznikami,
- 4) Wniosek o dofinansowanie projektu nr RPSW.07.03.00-26-0015/16 wraz z załącznikami tj. dokumentacją konkursową,
- 5) Pismo Beneficjenta z dnia 20.11.2019 r., znak IPS.041.9.2016,
- 6) Pismo Instytucji Zarządzającej z dnia 26.11.2019 r., znak: IR-VII.432.04.0006.2019,
- 7) Pismo Beneficjenta z dnia 02.12.2019 r., znak IPS.041.9.2016,
- 8) Pismo Beneficjenta z dnia 28.05.2020 r., znak IPS.041.9.2016,
- 9) Pismo Instytucji Zarządzającej z dnia 04.06.2020 r., znak: IR-VIII.432..4.6.2019
- 10) Wnioski o płatność wraz z załącznikami tj. dokumentacją finansową,
- 11) Dyspozycje wystawienia zlecenia płatności współfinansowania UE na rzecz Beneficjenta w ramach Osi Priorytetowej 7 RPOWŚ na lata 2014-2020, Działanie 7.3,
- 12) Informacja Pokontrolna Nr KC-I.432.62.4.2020/WF-3 (tj. pismo znak: KC-I.432.62.4.2020) z dnia 10.11.2020 r.,
- 13) Pismo Beneficjenta z dnia 04.12.2020 r., znak IPS.041.9.2016,
- 14) Pismo Instytucji Zarządzającej z dnia 15.12.2020 r., znak: KC-I.432.62.4.2020,
- 15) Pismo Beneficjenta z dnia 04.01.2021 r., znak IPS.041.9.2016,
- 16) Informacja Pokontrolna Nr KC-I.432.62.4.2020/WF-3/P (tj. pismo znak: KC-I.432.62.4.2020) z dnia 20.01.2021 r.,
- 17) Pismo Instytucji Zarządzającej z dnia 20.01.2021 r., znak: KC-I.432.62.4.2020,
- 18) Pismo Beneficjenta z dnia 08.02.2021 r., znak IPS.041.9.2016,
- 19) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.7.144.2021 z dnia 23.02.2021,
- 20) Pismo Beneficjenta z dnia 02.03.2021 r. znak: IPS.041.9.2016,
- 21) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.7.144.2021 z dnia 10.03.2021,
- 22) Pismo Beneficjenta z dnia 17.03.2021 r. znak: IPS.041.9.2016,
- 23) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.7.144.2021 z dnia 18.03.2021, tj. zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego,
- 24) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.7.144.2021 z dnia 23.03.2021,
- 25) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.7.144.2021 z dnia 19.04.2021, tj. zawiadomienie o zgromadzeniu materiału dowodowego.

## POUCZENIE

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



Zgodnie z art. 127a § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego Strona w terminie 14 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji może zrzec się prawa do wniesienia do Zarządu Województwa Świętokrzyskiego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Zgodnie z art. 127a § 2 Kpa, z dniem doręczenia Organowi oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Stronę postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Jeżeli Strona nie chce skorzystać z prawa do zwrócenia się z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, może wnieść do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach skargę na decyzję w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia. Skargę wnosi się za pośrednictwem Zarządu Województwa Świętokrzyskiego.

Wpis od skargi w sprawie należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem wynoszącej ponad 100 000,00 zł wynosi 1 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000,00 zł i nie więcej niż 100 000 zł. Strona ma możliwość ubiegania się przed sądem o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Jednocześnie, zgodnie z art. 207 ust.7 ustawy o finansach publicznych przepisu ust. 4 dotyczącego wykluczenia z możliwości ubiegania się o dofinansowanie nie stosuje się do podmiotów, które na podstawie odrębnych przepisów realizują zadania interesu publicznego, jeżeli spowoduje to niemożność wdrożenia działania w ramach programu lub znacznej jego części, do jednostek samorządu terytorialnego i samorządowych osób prawnych, instytutów badawczych prowadzących działalność leczniczą, podmiotów leczniczych utworzonych przez organy administracji rządowej oraz podmiotów leczniczych utworzonych lub prowadzonych przez uczelnie medyczne, a także do beneficjentów, o których mowa w art. 134b ust. 2 pkt 2 ustawy o pomocy społecznej.

**MARSZAŁEK**

**WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO**

**ANDRZEJ BĘTKOWSKI**

Decyzja została sporządzona w trzech jednobrzmiących egzemplarzach, które otrzymują:

- 1) Gminy Chmielnik, z siedzibą Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik
- 2) a/a – (2 egzemplarze).