



R-XIV.432.3.174.2022

DECYZJA nr 186/22
Zarządu Województwa Świętokrzyskiego
z dnia 31 sierpnia 2022 r.

podjęta przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020:

w składzie:

- 1) Marek Bogusławski - Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego,
- 2) Renata Janik - Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego,
- 3) Tomasz Jamka – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego,
- 4) Marek Jońca – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 1, art. 104 oraz art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735, z późn. zm.) oraz art. 207 ust. 1 pkt 2, art. 207 ust. 12a pkt 1 i art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1634) art. 6 i 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 r. poz. 818, z późn. zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 547, z późn. zm.),

po rozpatrzeniu wniosku Gminy Obrazów z siedzibą Obrazów 84, 27-641 Obrazów NIP: 8641751916, REGON: 830409761, w sprawie:

ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej decyzją z dnia 25 maja 2022 r. nr 163/22 wydaną przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego określającą Gminie Obrazów przypadającą do zwrotu kwotę 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.03.01.00-26-0030/17-00 wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych,

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu: 31 sierpnia 2022 r.

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego, jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 orzeka:

utrzymać w mocy decyzję Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr 163/22 z dnia 25 maja 2022 r.

UZASADNIENIE

Przedmiotem wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wniesionego przez Gminę Obrazów, jest podjęta w dniu 25 maja 2022 r. przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwana dalej „Instytucją Zarządzającą”, „IZ” lub „Organem”), decyzja administracyjna nr 163/22 (zwana dalej „decyzją”) orzekająca o zwrocie przez Gminę Obrazów dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (zwany dalej „EFRR”) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwany dalej: „RPOWŚ 2014-2020”) na podstawie umowy nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-00 zawartej w dniu 13 kwietnia 2018 r. o dofinansowanie projektu pn.: „Ekoenergia w Gminach Obrazów, Wilczyce, Sadowie, Wojciechowice, Waśniów” (zwana dalej „umową o dofinansowanie”).

W przedmiotowej decyzji zgodnie z art. 207 ust. 12a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1634), zwanej dalej „u.f.p.”, zawarto pouczenie o możliwości zwrócenia się do Instytucji Zarządzającej z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia lub wnieść do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach skargę na decyzję w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia.

Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy sporządzony przez Gminę Obrazów zwaną dalej „Stroną” lub „Beneficjentem”, wpłynął do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego Departament Inwestycji i Rozwoju w dniu 13 czerwca 2022 r. tj. w przewidzianym prawem terminie. W przedmiotowym wniosku Beneficjent zawniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 25 maja 2022 r. nr 163/22 doręczoną w dniu 30 maja 2022 r.

Właściwość Zarządu Województwa Świętokrzyskiego wykonującego zadania Instytucji Zarządzającej do rozpatrzenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wynika z art. 207 ust. 12a

pkt 1 u.f.p. Zgodnie z art. 67 ust.1 w zw. z art. 60 pkt 6 u.f.p. do spraw dotyczących należności z tytułu zwrotu płatności dokonanych w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich stosuje się przepisy ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego, zwany dalej „k.p.a.” i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2021 r., poz. 1540, z późn. zm.). W związku z powyższym, na podstawie art. 127 § 3 k.p.a. wniosek Strony o ponowne rozpatrzenie sprawy dotyczący zwrotu środków przekazanych w ramach dofinansowania podlega rozpoznaniu przy odpowiednim zastosowaniu przepisów k.p.a. dotyczących odwołań od decyzji.

Instytucja Zarządzająca rozpoznając wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy posiada uprawnienia organu odwoławczego, o których mowa w art. 138 § 1 k.p.a., a zatem jest uprawniona do kontroli wydanej uprzednio decyzji oraz do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy.

W wyniku analizy materiałów zgromadzonych w sprawie Instytucja Zarządzająca stwierdza, że wydana w dniu 25 maja 2022 r. Decyzja Instytucji Zarządzającej nr 163/22 określająca Gminie Obrazów kwotę dofinansowania do zwrotu 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.03.01.00-26-0030/17-00, termin od którego nalicza się odsetki oraz sposób zwrotu środków, została wydana w sposób prawidłowy i tym samym utrzymuje ją w mocy.

Instytucja Zarządzająca rozpatrując wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przeprowadziła analizę i ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie oraz dokonała następujących ustaleń faktycznych:

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, ogłosił w dniu 17 marca 2017 r. jednoetapowy konkurs zamknięty nr RPSW.03.01.00-IZ.00-26-105/17 naboru wniosków o dofinansowanie projektów w ramach Działania 3.1 „Wytwarzanie i dystrybucja energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 – PROJEKTY PARASOŁOWE. Nabór wniosków o dofinansowanie ustalono na okres od 20.04.2017 r. do 17.11.2017 r.

W treści ogłoszenia o ww. konkursie zawarto informację, iż szczegółowe zasady składania wniosków zostały zamieszczone w Regulaminie konkursu zamkniętego nr RPSW.03.01.00-IZ.00-

26-105/17, dostępnym na stronie internetowej Instytucji Zarządzającej tj. www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl oraz na portalu Funduszy Europejskich www.funduszeuropejskie.gov.pl.

Przedmiotowy regulamin, będący załącznikiem do Uchwały nr 3119/2017 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 17 października 2017 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 stanowiącego załącznik do uchwały Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr 3119/17 z dnia 17 października 2017 r. dokumentami, zamieszczonymi na stronie internetowej www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl, w skład których wchodziły m.in.:

- „wzór wniosku o dofinansowanie realizacji projektu w ramach Osi Priorytetowych 1-7 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (załącznik nr 2)
- „wzór umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014 – 2020 wraz z załącznikami”, (załącznik nr 11).

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.

Jednocześnie w wykazie obowiązujących aktów prawnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwany dalej: „RPOWS 2014-2020”) we wzorze umowy o dofinansowanie, zamieszczonym na stronie internetowej www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl, wskazano, iż obowiązują zapisy 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.”

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 i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347/320 z 20.12.2013 r.), zwanego dalej: „rozporządzeniem nr 1303/2013.”

W zamieszczonym na ww. stronie internetowej Instytucji Zarządzającej wzorze umowy o dofinansowanie projektu w § 1 ust. 4 zamieszczono definicję pojęcia wytycznych.

Następnie, w § 1 ust. 8 wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję „projektu.

W treści § 1 ust. 32 wzoru umowy o dofinansowanie projektu wskazano definicję rozliczenia płatności zaliczkowej.

Następnie, w § 1 ust. 36 wzoru umowy o dofinansowanie projektu wskazano, że zakończenie realizacji projektu należy rozumieć w kontekście sytuacji, w której spełnione są dwa kryteria kumulatywnie:

- a) wszystkie działania związane z realizacją Projektu zostały faktycznie wykonane (żadna dalsza czynność nie jest wymagana do zakończenia Projektu);
- b) wszystkie wydatki założone w Projekcie zostały poniesione przez Beneficjenta/Partnera (żadne dalsze płatności nie będą już ponoszone).

Jednocześnie w § 1 ust. 40 wzoru umowy o dofinansowanie projektu zawarto definicję pojęcia nieprawidłowości.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 2 wzoru umowy o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązany był do realizacji projektu zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie.

Następnie w § 3 ust. 1 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, wytycznymi horyzontalnymi, 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 wzoru umowy o dofinansowanie 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 do dnia zwrotu tych środków”, 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, każdy wnioskodawca zgodnie z ww. regulaminem konkursu 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 Rozwoju i Finansów i zamieszczonym na stronie internetowej www.funduszeuropejskie.gov.pl

Do przedmiotowego konkursu zamkniętego przystąpiła Gmina Obrazów, składając w dniu 16 listopada 2017 r. wniosek o dofinansowanie projektu pn.: „Ekoenergia w Gminach Obrazów, Wilczyce, Sadowie, Wojciechowice, Waśniów” na wnioskowaną kwotę dofinansowania w wysokości: 2 999 580,00 zł. W przedmiotowym wniosku o dofinansowanie w pkt. XVI-*Oświadczenia Wnioskodawcy* Beneficjent złożył m.in. następujące oświadczenie: „Oświadczam, iż jestem świadom praw i obowiązków związanych z realizacją projektu finansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach RPOWŚ na lata 2014-2020”.

W wyniku przeprowadzonej oceny formalnej i merytorycznej, przedmiotowy wniosek o dofinansowanie, zwany również „Projektem”, na podstawie Uchwały Nr 4030/18 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 27 czerwca 2018 r. został zakwalifikowany do wsparcia w ramach Działania 3.1 w kwocie dofinansowania w wysokości: 2 999 580,00 zł, uzyskując 71 punkty i 15 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 13 kwietnia 2018 r. z Gminą Obrazów jako Beneficjentem tego Programu, Umowę nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.03.01.00-26-0030/17 pn.: „Ekoenergia w Gminach Obrazów, Wilczyce, Sadowie, Wojciechowice, Waśniów” na kwotę dofinansowania ze środków EFRR w łącznej wysokości: 2 999 580,00 zł.

Umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem w dniu 13 kwietnia 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 zwracał się pisemnie do Instytucji Zarządzającej z prośbą o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu realizacji Projektu. Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na powyższe, w wyniku czego w dniach: 4 stycznia 2019 r. został podpisany Aneks nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-01, 24 września 2019 r. Aneks nr RPSW. RPSW.03.01.00-26-0030/17-02, 16 listopada 2020 r. Aneks nr RPSW. RPSW.03.01.00-26-0030/17-03 oraz 14 grudnia 2020 r. Aneks nr RPSW. RPSW.03.01.00-26-0030/17-04 do umowy o dofinansowanie.

W oparciu o zatwierdzony w dniu 14 kwietnia 2020 r. wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-003 Instytucja Zarządzająca w dniu 27 kwietnia 2020 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR: 2 476 112,00 zł. W dniu 24 lipca 2020 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynął wniosek o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: 2 196 829,05 zł oraz wpłynął zwrot na konto IZ w wysokości 279 282,95 zł stanowiące rozliczenie płatności zaliczkowej w wysokości 100% przekazanej transzy.

W związku z powyższym oraz koniecznością dokonania kontroli prawidłowości poniesienia wydatków w ramach wniosku o płatność oraz zgodnie z postanowieniami § 14 Umowy o dofinansowanie, Instytucja Zarządzająca dokonała kontroli realizacji projektu polegającej na weryfikacji dokumentów w zakresie prawidłowości przeprowadzenia właściwych procedur dotyczących udzielania zamówień publicznych, przeprowadzonej na dokumentach w siedzibie Instytucji Zarządzającej w dniach od 23 do 27 listopada 2020 roku oraz zamieszczonych w centralnym Systemie Teleinformatycznym SL2014 do dnia 15.02.2021 r. Niniejszą kontrolę przeprowadzono na podstawie art. 23 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy wdrożeniowej.

W wyniku ww. kontroli sporządzono w dniu 12 maja 2021 r. ostateczną Informację Pokontrolną Nr KC-I.432.596.1.2020/IO-1/P (tj. pismo znak: KC-I.432.596.1.2020) z kontroli w trakcie realizacji projektu. W wyniku dokonanej w dniach od 23.11.2020 r. do 15.02.2021 r. weryfikacji dokumentów dotyczących zamówienia udzielonego w ramach projektu nr RPSW.03.01.00-26-0030/17, Zespół Kontrolny ustalił, co następuje:

Beneficjent w trybie określonym w art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 1843 ze zm.), dalej Pzp., przeprowadził jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego oznaczone numerem referencyjnym: ZP.271.3.2019, które zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 07.02.2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 029-064396 dnia 11.02.2019 r., którego przedmiotem była dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gmin: Obrazów, Wilczyce, Sadowie, Wojciechowice, Waśniów w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 5 zadań (części):

Zadanie 1 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Obrazów w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (154 zestawy kolektorów słonecznych o łącznej mocy 665 kW oraz 115 instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 438,35 kWp);

Zadanie 2 – Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Wilczyce w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (12 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 52,5 kW oraz 4 instalacje fotowoltaiczne o łącznej mocy 14,3 kWp);

Zadanie 3 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Sadowie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (10 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 10,5 kW oraz 18 instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 61,05 kWp);

Zadanie 4 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Wojciechowice w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (8 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 7,5 kW oraz 9 instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 31,9 kWp);

Zadanie 5 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Waśniów w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (4 zestawy kolektorów słonecznych o łącznej mocy 3,75 kW oraz 26 instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 88 kWp).

Oferty można było składać w odniesieniu do wszystkich części. Termin wykonania dokumentacji projektowej określono do 60 dni od dnia zawarcia umowy, natomiast zakończenia robót budowlanych do dnia 31.08.2019 r.

W przewidzianym terminie w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. do dnia 05.04.2019 r. godz. 10:00 wpłynęły dla części nr 1, 2, 3, 4, 5 dwie oferty, firmy:

- EkoEnergia Polska Spółka z o.o., ul. Olszewskiego 6, 25-633 Kielce,
- Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157.

W wyniku badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 29.05.2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na zadania od 1 do 2 Wykonawcy - Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157 oraz na zadania od 3 do 5 Wykonawcy - EkoEnergia Polska Spółka z o.o., ul. Olszewskiego 6, 25-633 Kielce.

W związku z dokonywaniem oceny dokumentów złożonych przed zawarciem umowy oraz upływem przedłużonego terminu związania z ofertą Zamawiający uchylił wybór oferty Wykonawcy na zadanie od 3 do 5 EkoEnergia Polska Spółka z o.o., ul. Olszewskiego 6, 25-633 Kielce z dnia 29.05.2019 r. Z uwagi na fakt, że Wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, Zamawiający na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7a PZP dokonał odrzucenia oferty EkoEnergia Polska Spółka z o.o., ul. Olszewskiego 6, 25-633 Kielce.

Po dokonaniu ponownej oceny ofert Zamawiający w dniu 09.09.2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na zadania od 3 do 5 Wykonawcy - Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157.

Efektom rozstrzygnięcia postępowania było podpisanie w dniu 25.09.2019 r. dla:

• Zadania 1 - umowy nr 109 pomiędzy Zamawiającym - Gminą Obrazów, Obrazów 84, 27-641 Obrazów reprezentowaną przez Pana Krzysztofa Tworek – Wójta Gminy Obrazów a Wykonawcą - firmą Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157, reprezentowaną przez Pana Bartosza Krawczyka – Pełnomocnika, na kwotę 3 890 494,85 zł brutto. W § 3 tejże umowy Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia do zatwierdzenia w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy harmonogramu finansowo-rzeczowego dostawy z montażem poszczególnych instalacji wymienionych w PFU oraz zakończenia robót do dnia 31.08.2019 r.

Do w/w umowy Strony zawarły:

- w dniu 25.09.2019 r. Aneks nr 1 zmieniający termin zakończenia robót z dnia 31.08.2019 r. na dzień 02.01.2020 r.;
- w dniu 02.01.2020 r. Aneks nr 2 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.03.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 3 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.07.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 4 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 2 783 608,34 zł brutto w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych ze 154 szt. o łącznej mocy 665 kW na 122 szt. o łącznej mocy 511 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych ze 115 szt. o łącznej mocy 438,35 kWp na 71 szt. o łącznej mocy 293,97 kWp;
- w dniu 31.07.2020 r. Aneks nr 5 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 28.08.2020 r.;
- w dniu 24.08.2020 r. Aneks nr 6 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 2 454 374,75 zł brutto (wartość zmiany wynosi 1 436 120,01 zł, tj. zmniejszenie o 36,91 % w stosunku do wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie) w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych na 39 szt. o łącznej mocy 162,75 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych na 92 szt. o łącznej mocy 383,625 kWp.

W związku z powyższym w ramach przedmiotowego zadania nastąpiło zmniejszenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 138 szt., tj. 51,30 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zmniejszenie ilości wykonanych zestawów kolektorów słonecznych o 115 szt., tj. 74,68 % oraz ich mocy o 502,25 kW, tj. 75,53%, jak również zmniejszenie ilości instalacji fotowoltaicznych o 23 szt., tj. 20% oraz ich mocy o 54,725 kWp, tj. 12,48 %).

Zgodnie z Protokołem odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji instalacji wykonanych w ramach umowy nr 109 z dnia 25.09.2019 r. wykonano 39 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 164,424 kW (zgodnie z ww. Aneks nr 6 łączna moc zainstalowanych zestawów została określona na poziomie 162,75 kW) oraz 92 instalacje fotowoltaiczne o łącznej mocy 383,625 kW.

- Zadania 2 - umowy nr 29/2019 pomiędzy Zamawiającym - Gminą Wilczyce, Wilczyce 174, 27-612 Wilczyce reprezentowaną przez Pana Roberta Palucha – Wójta Gminy Wilczyce a Wykonawcą - firmą Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157 reprezentowaną przez Pana Bartosza Krawczyka – Pełnomocnika, na kwotę 196 328,15 zł brutto. W § 3 tejże umowy Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia do zatwierdzenia w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy harmonogramu finansowo-rzeczowego dostawy z montażem poszczególnych instalacji wymienionych w PFU oraz zakończenia robót do dnia 31.08.2019 r.

Do w/w umowy Strony zawarły:

- w dniu 25.09.2019 r. Aneks nr 1 zmieniający termin zakończenia robót z dnia 31.08.2019 r. na dzień 02.01.2020 r.;
- w dniu 02.01.2020 r. Aneks nr 2 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.03.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 3 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.07.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 4 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 185 836,53 zł brutto w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych z 12 szt. o łącznej mocy 52,5 kW na 3 szt. o łącznej mocy 15,75 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych z 4 szt. o łącznej mocy 14,3 kWp na 8 szt. o łącznej mocy 28,6 kWp;
- w dniu 31.07.2020 r. Aneks nr 5 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 28.08.2020 r.;
- w dniu 24.08.2020 r. Aneks nr 6 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 294 476,32 zł brutto (wartość zmiany wynosi 98 148,17 zł, tj. zwiększenie o 49,99% w stosunku do wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie) w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych na 6 szt. o łącznej mocy 31,5 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych na 12 szt. o łącznej mocy 42,9 kWp.

W związku z powyższym w ramach przedmiotowego zadania nastąpiło zwiększenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 2 szt., tj. 12,2 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zmniejszenie ilości wykonanych zestawów kolektorów słonecznych o 6 szt., tj. 50% oraz ich mocy o 21 kW, tj. 40 %, oraz zwiększenie ilości instalacji fotowoltaicznych o 8 szt., tj. 200% oraz ich mocy o 28,6 kWp, tj. 200%).

Zgodnie z Protokołem odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji instalacji wykonanych w ramach umowy nr 29/2019 z dnia 25.09.2019 r. wykonano 6 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 31,824 kW (zgodnie z ww. Aneks nr 6 łączna moc zainstalowanych zestawów została określona na poziomie 31,5 kW) oraz 12 instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 42,9 kW.

- Zadania 3 - umowy nr ZP.271.3.2019.GS pomiędzy Zamawiającym - Gminą Sadowie, Sadowie 86, 27-580 Sadowie reprezentowaną przez Panią Marzenę Urban-Żelazowską – Wójta Gminy Sadowie a Wykonawcą - firmą Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157 reprezentowaną przez Pana Bartosza Krawczyka – Pełnomocnika, na kwotę 434 953,53 zł brutto. W § 3 tejże umowy Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia do zatwierdzenia w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy harmonogramu finansowo-rzeczowego dostawy z montażem poszczególnych instalacji wymienionych w PFU oraz zakończenia robót do dnia 31.08.2019 r.

Do w/w umowy Strony zawarły:

- w dniu 25.09.2019 r. Aneks nr 1 zmieniający termin zakończenia robót z dnia 31.08.2019 r. na dzień 02.01.2020 r.;
- w dniu 02.01.2020 r. Aneks nr 2 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.03.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 3 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.07.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 4 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 861 655,07 zł brutto w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych z 10 szt. o łącznej mocy 10,5 kW na 22 szt. o łącznej mocy 71,5 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych z 18 szt. o łącznej mocy 61,05 kWp na 32 szt. o łącznej mocy 32,73 kWp;
- w dniu 31.07.2020 r. Aneks nr 5 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 28.08.2020 r.;

- w dniu 24.08.2020 r. Aneks nr 6 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 998 332,84 zł brutto (wartość zmiany wynosi 563 379,31 zł, tj. zwiększenie o 129,53% w stosunku do wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie) w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych na 32 szt. o łącznej mocy 118,75 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych na 34 szt. o łącznej mocy 124,85 kWp.

W związku z powyższym w ramach przedmiotowego zadania nastąpiło zwiększenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 38 szt., tj. 135,71 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwiększenie ilości wykonanych zestawów kolektorów słonecznych o 22 szt., tj. 220% oraz ich mocy o 108,25 kW, tj. 1030%, jak również zwiększenie ilości instalacji fotowoltaicznych o 16 szt., tj. 88,89% oraz ich mocy o 63,8 kWp, tj. 104,50%).

Zgodnie z Protokołem odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji instalacji wykonanych w ramach umowy nr ZP.271.3.2019 z dnia 25.09.2019 r. wykonano 32 zestawy kolektorów słonecznych o łącznej mocy 133,487 kW (zgodnie z ww. Aneksem nr 6 łączna moc zainstalowanych zestawów została określona na poziomie 118,75 kW) oraz 34 instalacje fotowoltaiczne o łącznej mocy 124,85 kW.

- Zadania 4 - umowy nr 21/RGR/2019 pomiędzy Zamawiającym - Gminą Wojciechowice, Wojciechowice 50, 27-532 Wojciechowice reprezentowaną przez Pana Szymona Sidor – Wójta Gminy Wojciechowice a Wykonawcą - firmą Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157 reprezentowaną przez Pana Bartosza Krawczyka – Pełnomocnika, na kwotę 253 986,30 zł brutto. W § 3 tejże umowy Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia do zatwierdzenia w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy harmonogramu finansowo-rzeczowego dostawy z montażem poszczególnych instalacji wymienionych w PFU oraz zakończenia robót do dnia 31.08.2019 r.

Do w/w umowy Strony zawarły:

- w dniu 25.09.2019 r. Aneks nr 1 zmieniający termin zakończenia robót z dnia 31.08.2019 r. na dzień 02.01.2020 r.;
- w dniu 31.12.2019 r. Aneks nr 2 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.03.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 3 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.07.2020 r.;

- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 4 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 247 806,43 zł brutto w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych z 8 szt. o łącznej mocy 7,5 kW na 4 szt. o łącznej mocy 14,75 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych z 9 szt. o łącznej mocy 31,9 kWp na 10 szt. o łącznej mocy 38,5 kWp;

- w dniu 31.07.2020 r. Aneks nr 5 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 28.08.2020 r.;

- w dniu 24.08.2020 r. Aneks nr 6 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 276 071,65 zł brutto (wartość zmiany wynosi 22 085,35 zł, tj. o 8,70% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie) w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych na 5 szt. o łącznej mocy 20 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych na 11 szt. o łącznej mocy 41,8 kWp.

W związku z powyższym w ramach przedmiotowego zadania nastąpiło zmniejszenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 1 szt., tj. 5,88 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zmniejszenie ilości wykonanych zestawów kolektorów słonecznych o 3 szt., tj. 37,5% oraz zwiększenie ich mocy o 12,5 kW, tj. 166,67%, jak również zwiększenie ilości instalacji fotowoltaicznych o 2 szt., tj. 22,22% oraz ich mocy o 9,9 kWp, tj. 31,03%).

Zgodnie z Protokołem odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji instalacji wykonanych w ramach umowy nr 21/RGR/2019 z dnia 25.09.2019 r. wykonano 5 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 22,171 kW (zgodnie z ww. Aneksem nr 6 łączna moc zainstalowanych zestawów została określona na poziomie 20 kW) oraz 11 instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 41,8 kW.

- Zadania 5 - umowy nr 32/2019 pomiędzy Zamawiającym - Gminą Waśniów, ul. Rynek 24, 27-425 Waśniów reprezentowaną przez Pana Krzysztofa Gajewskiego – Wójta Gminy Waśniów a Wykonawcą - firmą Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. 95-054 Wola Zaradzyńska ul. Majora Hubala 157 reprezentowaną przez Pana Bartosza Krawczyka – Pełnomocnika, na kwotę 515 674,08 zł brutto. W § 3 tejże umowy Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia do zatwierdzenia w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy harmonogramu finansowo-rzeczowego dostawy z montażem poszczególnych instalacji wymienionych w PFU oraz zakończenia robót do dnia 31.08.2019 r.

Do w/w umowy Strony zawarły:

- w dniu 25.09.2019 r. Aneks nr 1 zmieniający termin zakończenia robót z dnia 31.08.2019 r. na dzień 02.01.2020 r.;
- w dniu 31.12.2019 r. Aneks nr 2 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.03.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 3 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 31.07.2020 r.;
- w dniu 31.03.2020 r. Aneks nr 4 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 1 165 121,95 zł brutto w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych z 4 szt. o łącznej mocy 3,75 kW na 27 szt. o łącznej mocy 120 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych z 26 szt. o łącznej mocy 88 kWp na 43 szt. o łącznej mocy 163,625 kWp;
- w dniu 31.07.2020 r. Aneks nr 5 zmieniający termin zakończenia robót do dnia 28.08.2020 r.;
- w dniu 24.08.2020 r. Aneks nr 6 zmieniający wysokość wynagrodzenia Wykonawcy na kwotę 1 371 018,59 zł brutto (wartość zmiany wynosi 855 344,51 zł, tj. o 165,87% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie) w zw. ze zmianą ilości zestawów kolektorów słonecznych na 35 szt. o łącznej mocy 152,75 kW oraz ilości instalacji fotowoltaicznych na 50 szt. o łącznej mocy 188,1 kWp.

W związku z powyższym w ramach przedmiotowego zadania nastąpiło zwiększenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 55 szt., tj. 183,33 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwiększenie ilości wykonanych zestawów kolektorów słonecznych o 31 szt., tj. 775% oraz ich mocy o 149 kW, tj. 3973%, jak również zwiększenie ilości instalacji fotowoltaicznych o 24 szt., tj. 92,31% oraz ich mocy o 100,1 kWp, tj. 113,75%).

Zgodnie z Protokołem odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji instalacji wykonanych w ramach umowy nr 32/2019 z dnia 25.09.2019 r. wykonano 35 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 160,217 kW (zgodnie z ww. Aneksem nr 6 łączna moc zainstalowanych zestawów została określona na poziomie 152,75 kW) oraz 50 instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 188,1 kW.

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia na realizację zadań 1-5 Zamawiający pismem znak: ZP.271.3.2019 z dnia 11.09.2019 r. poinformował Wykonawcę, „iż termin realizacji zamówienia (...) zostanie przedłużony aneksem do zawartej umowy o czas liczony od dnia 04.06.2019 r. (termin upływu związania z ofertą) do dnia zawarcia umowy” (tj. 114 dni).

Zdaniem IZ RPOWŚ 2014-2020, nie wszyscy wykonawcy mogli zakładać, że po podpisaniu umowy będą mieli wydłużony termin na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, który musiał być zakończony w dacie wyznaczonej przez Zamawiającego. Jak wynika z powyższego, w umowach na realizację zadań zawartych w dniu 25.09.2019 r. Strony określiły termin zakończenia robót, taki sam jak termin wynikający z ogłoszenia o zamówieniu czy też SIWZ, tj. do dnia 31.08.2019 r., po czym w tym samym dniu aneksem nr 1 dokonano zmiany powyższego terminu, ustalając go na dzień 02.01.2020 r., a ostatecznie poszczególnymi aneksami został on wydłużony do dnia 28.08.2020 r. (licząc termin realizacji zamówienia od daty zawarcia umów, tj. 25.09.2019 r. do dnia 28.08.2020 r. to wynosi on 339 dni). Zauważyć również należy, że Wykonawca w pismach z dnia 12.10.2019 r., 16.10.2019 r. oraz 24.07.2020 r. zwracał Zamawiającemu uwagę, na brak kompletnych list montażowych dla instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych, jak również niezgodność w zakresie adresów, danych uczestników Projektu, dublowanie się lokalizacji, zamiany zestawów oraz niezgodności list wobec zapisów umowy. Wykonawca zauważył również, że w żaden sposób nie jest w stanie zaplanować odpowiednich dostaw, ilości ekip wymaganych dla dokonania montażu, co skutkuje również brakiem możliwości organizowania kolejnych zobowiązań jakie powziął. Jednocześnie zauważył, że stan zaawansowania prowadzonych prac w którym Wykonawca uzyskuje dane dotyczące rezygnacji lub zmian wynikających z ustaleń technicznych z uczestnikami Projektu od Zamawiającego całkowicie dezorganizuje prowadzenie prac i dalsze planowanie działań. Wykonawca jednocześnie wskazał, że Gminy biorące udział w projekcie wymieniają się instalacjami jednak nie ma wiedzy jak te wymiany i między którymi gminami następują, co całkowicie uniemożliwia dokonanie odpowiednich zamówień u dostawców, planowanie prac montażowych oraz stawia pod znakiem zapytania prawidłowe rozliczenie inwestycji.

Dodatkowo IZ RPOWŚ 2014-2020 zwróciła uwagę, że w SIWZ w pkt 8.1 - Termin zakończenia przedmiotu umowy Zamawiający postawił wymóg dotyczący wykonania dokumentacji projektowej w terminie do 60 dni od dnia zawarcia umowy natomiast w § 3 ust. 1 wzoru umowy, jak również zawartych umowach na realizację poszczególnych zadań zobowiązał Wykonawcę do przedstawienia do zatwierdzenia w terminie 10 dni od daty zawarcia umowy harmonogramu finansowo-rzeczowego dostawy z montażem poszczególnych instalacji wymienionych w PFU. Mając na uwadze, że Wykonawca został zobowiązany w § 1 wzoru umowy do przedstawienia dokumentacji projektowej oraz to, że termin 60 dni od dnia zawarcia umowy na wykonanie dokumentacji projektowej jest jedynie terminem pośrednim, IZ RPOWŚ 2014-2020 uznała, że

powyższa rozbieżność pomiędzy zapisami SIWZ a wzorem umowy nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym stanowi uchybienie formalne.

W aneksach do umów dotyczących wydłużenia terminu realizacji zamówienia Zamawiający powołuje się na art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z pkt. 25.4.1 lit b) SIWZ, który traktuje „zmiana terminu, która uprawnia do zmiany harmonogramu, który wymaga akceptacji Zamawiającego nastąpi w następujących okolicznościach: (...) b) przestojów i opóźnień zawnionych przez Zamawiającego.” Przy czym w pkt 25.1.2 SIWZ zostało wskazane, że „Zmiana terminu wykonania przedmiotu umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, może nastąpić w przypadkach: (...) z winy zamawiającego np. rezygnacji części uczestników i konieczności przeprowadzenia dodatkowej rekrutacji”, zatem Zamawiający spodziewał się komplikacji w procesie rekrutacji uczestników do projektu. Zdaniem IZ RPOWS 2014-2020 to właśnie winno być szczególnie brane pod uwagę przy określaniu terminu realizacji zamówienia przez Zamawiającego przy jednoczesnym określeniu minimalnego okresu badania i oceny ofert w postępowaniu. Uzgodniony w ogłoszeniu i SIWZ termin realizacji zamówienia określony konkretną datą powinien uwzględniać ewentualnie przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia oraz możliwe do dotrzymania terminy realizacji zamówienia. IZ zauważyła również, że wybór Wykonawcy zadania 1 i 2 nastąpił w dniu 29.05.2019 r, natomiast zawarcie umowy miało miejsce w dniu 25.09.2019 r., wobec czego działania Zamawiającego w międzyczasie, IZ RPOWS 2014-2020 oceniła jako bezprzedmiotowe. W konkretnym przypadku oczywiste jest zatem, że przy zawieraniu umowy Zamawiający musiał przesunąć terminy realizacji zamówienia o czas spowodowanego przez siebie opóźnienia w zawarciu umowy. Również Wykonawca w korespondencji z dnia 12.10.2019 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę na ww. opóźnienie w podpisaniu umowy, co wpłynęło na przedłużenie się czasu na rozpoczęcie prac a tym samym dużą dezorganizację harmonogramu pracy firmy, a także wiele negocjacji z dostawcami i producentami urządzeń. Wykonawca w przedmiotowym piśmie zwraca uwagę Zamawiającemu, że po tak długim okresie przygotowań do podpisania umowy, powinien on dołożyć wszelkich starań dla udzielenia Wykonawcy wszelkich wymaganych informacji dla prawidłowej realizacji zadania, co w tej sytuacji nie uległo wypełnieniu.

Natomiast w przypadku aneksów dotyczących zmiany wynagrodzenia Wykonawcy Zamawiający przywołuje art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z pkt. 25.2.4 SIWZ, który traktuje, „Dopuszcza się stosowanie robót zamiennych w następujących okolicznościach: (...)

Zamiana instalacji na inną wyszczególnioną w PFU w przypadku rezygnacji z tej instalacji przez osobę zaakceptowaną do projektu. W przypadku zamiany instalacji przyjmie się do rozliczeń instalację najbardziej zbliżoną z wycenionych dla innych gospodarstw.” Przy czym w pkt 25.3.4 wskazano, że „Zamawiającemu przysługuje prawo zmiany wynagrodzenia w przypadku: (...) Zwiększenia lub zmniejszenia wskazanych instalacji do 20% zakresu podstawowego w przypadku zwiększenia instalacji lub ich zmniejszenia podstawą dokonania rozliczenia będzie szczegółowa kalkulacja cenowa (...)”. IZ RPOWŚ wskazała, że w sytuacji, gdy zakres przedmiotowy realizacji zamówienia oraz wynagrodzenie ulegają na tyle znaczącej czy istotnej modyfikacji, odbiegając tym samym od zakresu pierwotnego, uzasadnione wydaje się być przyjęcie, że złożenie przez innych wykonawców oferty na realizację tak skonstruowanego zakresu zamówienia mogłoby doprowadzić do wyboru innego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w wyniku weryfikacji zamówienia IZ stwierdziła naruszenie § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez określenie przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu ustalił, że wykonanie dokumentacji projektowej winno nastąpić w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy, natomiast zakończenie robót do dnia 31.08.2019 r., a ostatecznie w wyniku zawarcia aneksów do umów zmieniono ten termin na dzień 28.08.2020 r.

Dodatkowo w wyniku weryfikacji zamówienia na zadanie 1, 3 i 5 stwierdzono naruszenie § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez niedozwoloną zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe należy podnieść, iż w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało miejsce bezzasadne ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, w konsekwencji powstało ryzyko wystąpienia szkody w budżecie UE – poprzez ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców. Nie można bowiem wykluczyć, że gdyby termin realizacji zamówienia powszechnie znany potencjalnym oferentom na etapie trwania postępowania byłyby dłuższy, mogłoby to mieć wpływ na sporządzenie ofert w rezultacie czego wpłynęłoby ich więcej, a w konsekwencji skutkowało wyborem oferty z niższą ceną od tej która została wybrana w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto w wyniku weryfikacji przedmiotowego postępowania stwierdzono naruszenie § 12 ust. 7 i ust. 10 umowy o dofinansowanie Projektu, nie mające wpływu na wynik postępowania, polegające na zamieszczeniu dokumentacji z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz aneksu wraz z dokumentacją uzasadniającą konieczność jego zawarcia w module zamówienia publiczne SL 2014, po terminie określonym w umowie. Zgodnie z dyspozycją § 12 ust. 7 oraz ust. 10 umowy o dofinansowanie Projektu, Beneficjent zobowiązany jest do przekazania pełnej dokumentacji z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz aneksu wraz z dokumentacją uzasadniającą konieczność jego zawarcia i aktualizacji informacji w module Zamówienia publiczne systemu SL 2014 w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w ramach przeprowadzonego postępowania oraz 14 dni od daty zawarcia aneksu lub zajścia zdarzenia mającego wpływ na informacje zawarte w przedmiotowym module.

W związku z powyższym IZ RPOWŚ 2014 – 2020 na podstawie art. 143 Rozporządzenia UE nr 1303/2013, art. 9 ust. 2 pkt 8 ustawy wdrożeniowej oraz Rozporządzenia MR ustaliła wartość korekty finansowej w następujący sposób:

a) w ramach Zadania 1 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Obrazów w systemie „zaprojektuj i wybuduj”:

- w związku z naruszeniem § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp:

IZ RPOWŚ 2014-2020 biorąc pod uwagę, że przewidziano w SIWZ możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, gdy opóźnienie terminu wykonania przedmiotu umowy nie jest zależne od wykonawcy oraz, że pomimo zastosowania dyskryminacyjnych warunków realizacji zamówienia, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pełnej liczby wykonawców oferty spełniające kryterium kwalifikacji (dwie oferty na realizację wszystkich części zamówienia, tj. zadań od 1 do 5), podjęła **decyzję o obniżeniu** wysokości stawki procentowej określonej w **pkt 20** Załącznika do Rozporządzenia MR pn. Stawki procentowe stosowane przy obniżeniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych (zwany dalej Załącznikiem do Rozporządzenia MR) do 5 %. Wobec czego,

$$W_p = W\% \times W_{kw} = 5\% \times 1\,782\,638,70 \text{ zł} = 89\,131,94 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: W_p – wartość pomniejszenia, W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004), $W\%$ – 5% stawka wskazana w **pkt 20** Załącznika do Rozporządzenia MR, z tytułu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w związku z określeniem zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: $89\,131,94 \text{ zł} \times 60\% = 53\,479,16 \text{ zł}$.

- w związku z naruszeniem § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp:

- 100 % wartości zmniejszenia zakresu świadczenia wynikającego ze zmiany umowy, tj.
1 436 120,01 zł,

oraz

- 25 % wartości ostatecznego zakresu świadczenia, tj.

$$W_p = W\% \times W_{kw} = 25\% \times 1\,782\,638,70 \text{ zł} = 445\,659,68 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: W_p – wartość pomniejszenia, W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004), $W\%$ – 25% stawka wskazana w **pkt 29** załącznika do Rozporządzenia MR, z tytułu dokonania przez Beneficjenta zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: $445\,659,68 \text{ zł} \times 60\% = 267\,395,81 \text{ zł}$

W związku ze stwierdzeniem w przedmiotowym postępowaniu w zakresie jednego zadania dwóch naruszeń oraz faktem, iż w przypadku stwierdzenia więcej niż jednego naruszenia przepisów

w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należało zastosować jedno pomniejszenie o najwyższej wartości, kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne z tytułu opisanych powyżej naruszeń wynosi 445 659,68 zł, w tym kwota dofinansowania 267 395,81 zł.

Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż w kontrolowanym wniosku o płatność Beneficjent nie przedstawił wszystkich wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem, IZ RPOWŚ 2014 – 2020 zaleciła pomniejszenie o 25% kosztów kwalifikowalnych dla tego zadania w każdym kolejnym wniosku o płatność.

b) w ramach Zadania 2 – Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Wilczyce w systemie „zaprojektuj i wybuduj”:

- w związku z naruszeniem § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp:

IZ ROPWŚ 2014-2020 biorąc pod uwagę, że przewidziano w SIWZ możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, gdy opóźnienie terminu wykonania przedmiotu umowy nie jest zależne od wykonawcy oraz, że pomimo zastosowania dyskryminacyjnych warunków realizacji zamówienia, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pełnej liczby wykonawców oferty spełniające kryterium kwalifikacji (dwie oferty na realizację wszystkich części zamówienia, tj. zadań od 1 do 5), podjęła decyzję o **obniżeniu wysokości stawki procentowej określonej w pkt 20 Załącznika do Rozporządzenia MR do 5 %**. Wobec czego, $Wp = W\% \times Wkw = 5\% \times 90\,854,45 \text{ zł} = 4\,542,72 \text{ zł}$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: Wp – wartość pomniejszenia, Wkw - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004), W% - 5% stawka wskazana w **pkt 20** Załącznika do Rozporządzenia MR, z tytułu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w związku z określeniem zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: $4\,542,72 \text{ zł} * 60\% = 2\,725,63 \text{ zł}$.

Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż w kontrolowanym wniosku o płatność Beneficjent nie przedstawił wszystkich wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem, IZ RPOWŚ 2014 – 2020 zaleciła pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych o pozostałą wartość dodatkową zamówienia uznaną za niekwalifikowalną oraz 5% pozostałych kosztów kwalifikowalnych dla tego zadania w każdym kolejnym wniosku o płatność.

c) Zadanie 3 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Sadowie w systemie „zaprojektuj i wybuduj”:

- w związku z naruszeniem § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp:

IZ ROPWŚ 2014-2020 biorąc pod uwagę, że przewidziano w SIWZ możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, gdy opóźnienie terminu wykonania przedmiotu umowy nie jest zależne od wykonawcy oraz, że pomimo zastosowania dyskryminacyjnych warunków realizacji zamówienia, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pełnej liczby wykonawców oferty spełniające kryterium kwalifikacji (dwie oferty na realizację wszystkich części zamówienia, tj. zadań od 1 do 5), podjęła **decyzję o obniżeniu** wysokości stawki procentowej określonej w **pkt 20** Załącznika do Rozporządzenia MR do 5 %.
Wobec czego, $W_p = W\% \times W_{kw} = 5\% \times 686\,540,15 \text{ zł} = 34\,327,01 \text{ zł}$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: W_p – wartość pomniejszenia, W_{kw} - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zadania (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004), $W\%$ - 5% stawka wskazana w **pkt 20** Załącznika do Rozporządzenia MR z tytułu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w związku z określeniem zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: $34\,327,01 \text{ zł} * 60\% = 20\,596,20 \text{ zł}$.

- w związku z naruszeniem § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp:

- 100 % wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy, tj. 998 332,84 zł brutto – 434 953,53 zł brutto = 563 379,31 zł brutto. Mając na uwadze, że wkład własny Beneficjenta w całkowitej wartości przedmiotowego zadania stanowi 82 598,07 zł, IZ RPOWŚ 2014-2020 uznała wydatek w wysokości 480 781,24 zł za niekwalifikowalny, z czego dofinansowanie wynosi 288 468,74 zł. Zważywszy, że Beneficjent w ramach niniejszego zadania przedstawił do rozliczenia we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wydatki kwalifikowalne w wysokości 686 540,15 zł, to wartość dodatkowa zamówienia uznana za niekwalifikowalną w przedmiotowym wniosku o płatność stanowi 360 448,94 zł (tj. 480 781,24 zł / 915 734,77 zł * 686 540,15 zł, gdzie kwota 915 734,77 zł stanowi wydatki kwalifikowalne dla danej części zamówienia określona w umowie o dofinansowanie), z czego dofinansowanie wynosi 216 269,36 zł;

oraz

- 25 % wartości ostatecznego zakresu świadczenia, tj.

$$W_p = W\% \times W_{kw} = 25\% \times 326\,091,21 \text{ zł} = 81\,522,80 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: W_p – wartość pomniejszenia, W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zadania (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 pomniejszony o wartość dodatkową zadania wynikającą ze zmiany umowy uznaną za niekwalifikowalną, 686 540,15 zł - 360 448,94 zł), $W\%$ – 25% stawka wskazana w **pkt 28** załącznika do Rozporządzenia MR, z tytułu dokonania przez Beneficjenta zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: 81 522,80 zł * 60 % = 48 913,68 zł.

W związku ze stwierdzeniem w przedmiotowym postępowaniu w zakresie jednego zadania dwóch naruszeń oraz faktem, iż w przypadku stwierdzenia więcej niż jednego naruszenia przepisów w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należało zastosować jedno pomniejszenie o najwyższej wartości, kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne z tytułu opisanych powyżej naruszeń wynosi 441 971,74 zł, w tym kwota dofinansowania 265 183,04 zł.

Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż w kontrolowanym wniosku o płatność Beneficjent nie przedstawił wszystkich wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem, IZ RPOWŚ 2014 – 2020 zaleciła pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych o pozostałą wartość dodatkową zamówienia uznaną za niekwalifikowalną oraz 25% pozostałych kosztów kwalifikowalnych dla tego zadania w każdym kolejnym wniosku o płatność.

d) Zadanie 4 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Wojciechowice w systemie „zaprojektuj i wybuduj”:

- w związku z naruszeniem **§ 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z art. 29 ust. 2 i 7 ust. 1 ustawy Pzp**:

IZ ROPWŚ 2014-2020 biorąc pod uwagę, że przewidziano w SIWZ możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, gdy opóźnienie terminu wykonania przedmiotu umowy nie jest zależne od wykonawcy oraz, że pomimo zastosowania dyskryminacyjnych warunków realizacji zamówienia, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pełnej liczby wykonawców oferty spełniające kryterium kwalifikacji (dwie oferty na realizację wszystkich części zamówienia, tj. zadań od 1 do 5), podjęła **decyzję o obniżeniu** wysokości stawki procentowej określonej w **pkt 20** Załącznika do Rozporządzenia MR do 5 %. Wobec czego, $Wp = W\% \times Wkw = 5\% \times 199\,230,65 \text{ zł} = 9\,961,53 \text{ zł}$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: Wp – wartość pomniejszenia, Wkw - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004), W% - 5% stawka wskazana w pkt 20 Załącznika do Rozporządzenia MR, z tytułu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w związku z określeniem zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: $9\,961,53 \text{ zł} * 60\% = 5\,976,92 \text{ zł}$.

Mając na uwadze, że w kontrolowanym wniosku o płatność Beneficjent nie przedstawił wszystkich wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem, IZ RPOWŚ 2014 – 2020 zaleca

pomniejszenie o 5% kosztów kwalifikowalnych dla tego zadania w każdym kolejnym wniosku o płatność.

e) Zadanie 5 - Dostawa i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, na terenie Gminy Waśniów w systemie „zaprojektuj i wybuduj”:

- w związku z naruszeniem **§ 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z art. 29 ust. 2 i 7 ust. 1 ustawy Pzp**:

IZ ROPWŚ 2014-2020 biorąc pod uwagę, że przewidziano w SIWZ możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, gdy opóźnienie terminu wykonania przedmiotu umowy nie jest zależne od wykonawcy oraz, że pomimo zastosowania dyskryminacyjnych warunków realizacji zamówienia, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pełnej liczby wykonawców oferty spełniające kryterium kwalifikacji (dwie oferty na realizację wszystkich części zamówienia, tj. zadań od 1 do 5), podjęła **decyzję o obniżeniu** wysokości stawki procentowej określonej w **pkt 20** Załącznika do Rozporządzenia MR do 5 %.
Wobec czego, $Wp = W\% \times Wkw = 5\% \times 902\,117,80 \text{ zł} = 45\,105,89 \text{ zł}$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: Wp – wartość pomniejszenia, Wkw - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zadania (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004), W% - 5% stawka wskazana w pkt 20 Załącznika do Rozporządzenia MR, z tytułu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w związku z określeniem zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: $45\,105,89 \text{ zł} * 60\% = 27\,063,53 \text{ zł}$.

- w związku z naruszeniem **§ 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp**:

- 100 % wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy, tj. 1 371 018,59 zł brutto – 515 674,08 zł brutto = 855 344,51 zł brutto. Mając na uwadze, że wkład własny Beneficjenta w całkowitej wartości przedmiotowego zadania stanowi 111 372,37 zł, IZ RPOWŚ 2014-2020

uznała wydatek w wysokości 743 972,14 zł za niekwalifikowalny, z czego dofinansowanie wynosi 446 383,28 zł. Zważywszy, że Beneficjent w ramach niniejszego zadania przedstawił do rozliczenia we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wydatki kwalifikowalne w wysokości 902 117,80 zł, to wartość dodatkowa zamówienia uznana za niekwalifikowalną w przedmiotowym wniosku o płatność stanowi 532 808,74 zł (tj. $743\,972,14\text{ zł} / 1\,259\,646,22\text{ zł} * 902\,117,80\text{ zł}$, gdzie kwota 1 259 646,22 zł stanowi wydatki kwalifikowalne dla danej części zamówienia określona w umowie o dofinansowanie), z czego dofinansowanie wynosi 319 685,24 zł;

oraz

- 25 % wartości ostatecznego zakresu świadczenia, tj.

$$W_p = W\% \times W_{kw} = 25\% \times 369\,309,06\text{ zł} = 92\,327,27\text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące: W_p – wartość pomniejszenia, W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zadania (wydatek przedstawiony do rozliczenia we wniosku nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 pomniejszony o wartość dodatkową zadania wynikającą ze zmiany umowy uznaną za niekwalifikowalną, tj. $902\,117,80\text{ zł} - 532\,808,74\text{ zł}$), $W\%$ – 25% stawka wskazana w pkt 28 załącznika do Rozporządzenia MR, z tytułu dokonania przez Beneficjenta zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 60 % poziom dofinansowania, wartość dofinansowania w wydatkach uznanych za niekwalifikowalne, ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 wynosi: $92\,327,27\text{ zł} * 60\% = 55\,396,36\text{ zł}$.

W związku ze stwierdzeniem w przedmiotowym postępowaniu w zakresie jednego zadania dwóch naruszeń oraz faktem, iż w przypadku stwierdzenia więcej niż jednego naruszenia przepisów w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należało zastosować jedno pomniejszenie o najwyższej wartości, kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne z tytułu opisanych powyżej naruszeń wynosi 625 136,01 zł, w tym kwota dofinansowania 375 081,60 zł.

Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż w kontrolowanym wniosku o płatność Beneficjent nie przedstawił wszystkich wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem, IZ RPOWŚ 2014 – 2020 zaleciła pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych o pozostałą wartość dodatkową

zamówienia uznana za niekwalifikowalną oraz 25% pozostałych kosztów kwalifikowalnych dla tego zadania w każdym kolejnym wniosku o płatność.

W związku z powyższym, IZ RPOWŚ 2014-2020 uznała we wniosku o płatność nr RPSW.03.01.00-26-0030/17-004 kwotę w łącznej wysokości 1 527 271,68 zł za wydatek niekwalifikowalny, w tym kwota dofinansowania 916 363,00 zł i zaleciła pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych o wartość wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż w kontrolowanym wniosku o płatność Beneficjent nie przedstawił wszystkich wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem, IZ RPOWŚ 2014 – 2020 zaleciła pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych:

- w ramach zadania 1 – Gmina Obrazów, 3 – Gmina Sadowie i 5 – Gmina Waśniów: o pozostałą wartość dodatkową zamówienia uznana za niekwalifikowalną oraz 25% pozostałych kosztów kwalifikowalnych dla tego zadania w każdym kolejnym wniosku o płatność,
- w ramach zadania 2 – Gmina Wilczyce i zadania 4 – Gmina Wojciechowice: o 5% kosztów kwalifikowalnych dla tego zadania w każdym kolejnym wniosku o płatność.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca za pośrednictwem platformy ePUAP pismem znak: IR-XIV.432.3.174.2022 z dnia 21 marca 2022 r. w oparciu o art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735, 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 14 dniowy termin na wniesienie uwag oraz zapoznanie się z materiałami dotyczącymi sprawy. W związku z brakiem zwrotu wymaganej należności, w dniu 16 maja 2022 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 i wypowiedzieć się co do zebranych

dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Beneficjent, nie skorzystał z możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym.

Mając na uwadze powyższe, Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca RPOWŚ na lata 2014-2020 wydał decyzję nr 163/22 z dnia 25 maja 2022 r. orzekającą o zwrocie przez Beneficjenta kwoty środków dofinansowania z EFRR w łącznej wysokości **428 852,76 zł (słownie: czterysta dwadzieścia osiem tysięcy osiemset pięćdziesiąt dwa złote, 76/100)**, wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

W uzasadnieniu swej decyzji Instytucja Zarządzająca wskazała, że doszło do naruszenia postanowień § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ Beneficjent dokonał niedozwolonej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy oraz naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z opisem przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez określenie przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia.

W przedmiotowej decyzji zgodnie z art. 207 ust. 12a pkt 1 u.f.p zawarto pouczenie o możliwości zwrócenia się do Instytucji Zarządzającej z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia lub wniesienia do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach skargi na decyzję w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia. W dniu 13 czerwca 2022 roku, a więc w przewidzianym prawem terminie, wpłynął do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. W przedmiotowym wniosku Strona zawnioskowała o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 25 maja 2022 r. nr 163/22 doręczoną w dniu 30 maja 2022 r. W uzasadnieniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Strona zarzuciła Organowi, iż naruszenie postanowień § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje oparcia zarówno w sferze faktów jak i sferze prawa. Poniżej przedstawione zostały argumenty Strony:

1. Według Beneficjenta należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że *zakończenie robót ma nastąpić „25 dni przed podpisaniem umów z wykonawcą” nie znajduje się w opisie przedmiotu zamówienia*

ani w żadnej innej części dokumentacji przetargowej zaś twierdzenie to zostało stworzone w wyniku porównania terminów zawarcia umowy z terminem końcowym jej wykonania. Beneficjent wskazuje, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 11 lutego 2019r. i z pierwotnie zaplanowanego terminu składania ofert (35 dni) wydłużył się termin składania do 60 dni a wynikało to z dużej ilości zapytań do opisu przedmiotu zamówienia i udzielonych odpowiedzi. Beneficjent stwierdził, że Zamawiający planując udzielenie zamówienia przewidywał, że w zwykłym toku postępowania umowa z wykonawcą powinna być zawarta mniej więcej w dniu 15 kwietnia 2019r., co wynika z następującego harmonogramu:

- 15.03.2019 r. pierwotny termin składania ofert,
- wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych – 10 dni;
- okres od zawarcia umowy na składanie środków ochrony prawnej – 10 dni;
- sprawdzenie ofert i ocena ofert – 10 dni.

Zdaniem Beneficjenta zamawiający przewidywał, iż na wykonanie zadania wybrany wykonawca miał 138 dni w tym wykonanie dokumentacji.

2. Dodatkowo Beneficjent w złożonym wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy napisał iż „z uwagi na okoliczności niezależne od Zamawiającego umowa z Wykonawcą została zawarta dopiero 25 września 2019 r., co wynikało z licznych zastrzeżeń wykonawców wobec autora opisu przedmiotu zamówienia. Autor ten nie pozwalał (...) na szybkie rozstrzygnięcie sporu, gdyż unikał kontaktów z Zamawiającym i w konsekwencji dopiero szczegółowa analiza inspektora nadzoru oraz autora (...) pozwoliła dokonać wyboru oferty w sposób zgodny z zasadami równego traktowania wykonawców.

Nieprawdziwa jest zatem teza jakoby Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia zbyt krótki termin na wykonanie zadania (25 dni przed zawarciem umowy z wykonawcą), co jak zdaje się sugerować tenże dokument wynikać miało z zaniedbania (winy) Zamawiającego.

Tymczasem zamawiający od początku określił termin wykonania zadania na okres 138 dni, tj. do dnia 31.08.2019r., zaś z powodów od niego niezależnych termin ten został przesunięty na dzień 28 sierpnia 2020 roku. Przesunięcie tego terminu jak wyżej wskazano zostało dokonane z powodów

niezależnych od Zamawiającego i zgodnie z przepisami (co również potwierdza Informacja Pokontrolna).

Co jednak najistotniejsze, to fakt, iż przesunięcie terminu wykonania umowy (wydłużenie terminu) nastąpiło o okres 114 dni, tj. o okres krótszy od pierwotnie który był przez Zamawiającego planowany jako okres wykonania zadania (z uwagi na termin wyliczano od końcowego terminu związania ofertą). Termin ten został dotrzymany przez Wykonawcę.

Pokreślić należy, że ofertę złożyło dwóch wykonawców i w momencie jej składania każdy z nich dysponował pierwotnie 138 dniami na wykonanie zadania. Z uwagi na okoliczności niezależne od Zamawiającego (jak wyżej wskazano) termin ten został wydłużony – ale cały czas o ten pierwotny, planowany okres. Zatem, Wykonawca dysponował takim samym terminem wykonania zadania, tylko z przesuniętym początkiem jego biegu. Decyzja nie wyjaśnia tymczasem w jaki sposób stanowi to naruszenie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości ”

3. Kolejnym zarzutem Beneficjenta jest brak wskazania w Informacji Pokontrolnej dlaczego opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w sytuacji kiedy termin wykonania zadania był realny, prawdziwy, a ostatecznie termin ten został dotrzymany.

4. Według Beneficjenta, fundamentalnym błędem decyzji z dnia 25.05.2022r. nr 163/2022 jest sformułowany zarzut naruszenia art. 144 pzp. Beneficjent cytuje, iż zgodnie z pkt. 25.2.4 SIW dopuszcza się stosowanie robót zamiennych na inną wyszczególnioną w PFU w przypadku rezygnacji z tej instalacji przez osobę zaakceptowaną do projektu. W przypadku zmiany instalacji przyjmuje się do rozliczeń instalację najbardziej zbliżoną z wycenionych dla innych gospodarstw. Przepis ten stanowi podstawę do zmiany wynagrodzenia i stosownych wzajemnych rozliczeń stron, co też zostało dokonane w aneksach do zawartych umów (do zmiany wynagrodzenia wymagany jest aneks do umowy). Tymczasem IZ dodatkowo powołuje się na ograniczenie wskazane w pkt 25.3.4 SIWZ a tymczasem punkt ten odnosi się do zmiany wynagrodzenia przez Zamawiającego w sposób jednostronny – bez Zgody Wykonawcy (stąd wprowadzone ograniczenie do 20%) Inaczej mówiąc w przypadku gdy nastąpi zwiększenie lub zmniejszenie instalacji do 20% zakresu podstawowego Zamawiający zmienia wynagrodzenie Wykonawcy w sposób jednostronny – informując go o tym, w stosownym piśmie. Powyższe wynika jasno z pkt. 25.6 SIWZ gdzie jasno zostało wskazane, że

wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian które przed wprowadzeniem do umowy wymagają zgodnej akceptacji stron umowy z wyłączeniem postanowień określonych w ust. 2 (przy czym jest to omyłka i winno być ust. 3 – co wynika również z samego tytułu ust. 3) gdzie podjęcie decyzji nie wymaga akceptacji Wykonawcy.

Beneficjent wskazuje, że są to dwie różne podstawy do zmiany umowy, zmiana wymagająca zgody stron w formie aneksu (w przypadku rezygnacji osób zakwalifikowanych do projektu) oraz zmiana niewymagająca aneksu do umowy – a wprowadzona decyzją Zamawiającego w przypadku gdy nastąpi zwiększenie lub zmniejszenie instalacji do 20%. Według Beneficjenta ograniczenie do 20% zostało wprowadzone aby uniknąć możliwości zbyt dużej zmiany wynagrodzenia w wyniku jednostronnej decyzji Zamawiającego – a nie po to aby w ogóle wyeliminować zmiany powyżej 20%. W pierwszym wypadku (do 20%) wystarczy jednostronna decyzja Zamawiającego zaś w drugim wypadku musi zostać podpisany aneks (co miało miejsce). Beneficjent w piśmie o ponowne rozpatrzenie sprawy wskazuje, iż błędnie przyjęto w decyzji iż 20% stanowi górny limit zmian jakie mogą być wprowadzone do wynagrodzenia. Przywołuje iż rzeczony zmiany dotyczą przesunięcia poszczególnych instalacji pomiędzy Gminami (uczestnikami) projektu co wynikało ze zmian listy chętnych mieszkańców Gmin a w ich wyniku wprowadzonych zmian nastąpiło:

- w zakresie finansowym zwiększenie ogólnej wartości zamówienia o 2,4 %
- w zakresie ilości instalacji zmniejszenie o 12,3%
- w zakresie mocy zainstalowanej wszystkich urządzeń, zmniejszenie o 7,3%

Beneficjent twierdzi, że gdyby przyjąć teoretycznie iż ograniczenie 20% na które powołuje się decyzja 163/22 z dnia 25 maja 2022r. obowiązuje w każdym wypadku, to jasno widać iż nie zostało ono przekroczone wprowadzonymi zmianami.

Przed wydaniem niniejszej decyzji stosownie do postanowień art. 10 § 1 k.p.a. Instytucja Zarządzająca pismem znak: IR-XIV.432.3.174.2022 z dnia 06.07.2022 r. zawiadomiła Stronę, że został przygotowany materiał dowodowy do wydania decyzji w sprawie ponownego rozpatrzenia sprawy. Ponadto przedmiotowym pismem Organ powiadomił Stronę o możliwości zapoznania się w siedzibie Instytucji Zarządzającej z aktami sprawy, w oparciu o które zostanie podjęta stosowna decyzja oraz o możliwości wypowiedzenia się, co do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego zawiadomienia. Jednocześnie zgodnie z art. 36 § 1 k.p.a. Instytucja Zarządzająca zawiadomiła, że sprawa nie może być rozpatrzona w ustawowym

terminie. W związku z tym zostanie ona załatwiona do dnia 31.10.2022 r. W przewidzianym zawiadomieniem terminie, Strona nie zgłosiła się w celu zapoznania się z dokumentami oraz nie dokonała zwrotu środków dofinansowania.

Po ponownej analizie całości zgromadzonego materiału dowodowego należało stwierdzić, co następuje:

Instytucja Zarządzająca podkreśla, że Beneficjent zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie był zobowiązany do bezwzględnego stosowania zasad i warunków dofinansowania w niej zawartych tj. Beneficjent nie miał pełnej swobody i dyspozycyjności w podejmowaniu interpretacji zapisów umowy o dofinansowanie, ponieważ realizował projekt dofinansowany z udziałem środków publicznych, a nie całkowicie środków własnych. Poprzez zawarcie umowy o dofinansowanie projektu beneficjenci mają obowiązek zrealizować swój projekt według zasad określonych w umowie o dofinansowanie w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, a których to zasad Beneficjent zobowiązany był również przestrzegać, poddając się ich rygorowi poprzez podpisanie przedmiotowej umowy o dofinansowanie. Takie działanie pozostawałoby również w sprzeczności z art. 37 ust. 1 ustawy wdrożeniowej, na podstawie którego Instytucja Zarządzająca jest zobowiązana do uwzględniania zasady równego dostępu do pomocy wszystkich kategorii beneficjentów oraz zapewniania przejrzystości reguł stosowanych przy ocenie projektu.

W przedmiotowej sprawie należy podkreślić, iż w ramach projektu, który realizowany jest na podstawie umowy o dofinansowanie, Beneficjent dysponował środkami publicznymi z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, w odniesieniu do których, gdy chodzi o ich dystrybucję oraz wykorzystywanie, obowiązują szczególnego rodzaju zasady, co do których przestrzegania Beneficjent był zobowiązany przez postanowienia m.in. umowy o dofinansowanie (vide: § 3 ust.1 tejsze Umowy).

Naruszenie zatem przez Beneficjenta procedur opisanych w umowie o dofinansowanie projektu dało Instytucji Zarządzającej podstawę do stwierdzenia obowiązku zwrotu tych środków jako wykorzystanych sprzecznie z tymi procedurami.

W przedmiotowej sprawie naruszeniem procedur skutkujących żądaniem zwrotu przekazanego dofinansowania było niewywiązanie się Beneficjenta z procedur opisanych w umowie o dofinansowanie tj. niewywiązanie się przez Stronę z zapisów zawartych w § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z ugruntowanym już w poprzedniej perspektywie finansowej orzecznictwem sądów administracyjnych takie istotne naruszenie przez Beneficjenta 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 u.f.p., uzasadniająca wydanie decyzji określającej kwotę dofinansowania podlegającą zwrotowi (wyrok NSA sygn. akt: II GSK 732/11).

W takim stanie faktycznym uznać należy, że Beneficjent **naruszył procedury wydatkowania środków unijnych i krajowych**, a tym samym środki finansowe przeznaczone na realizację projektu, podlegają zwrotowi. Na tej podstawie stwierdzić można, iż zaszła niezależna podstawa do żądania zwrotu dofinansowania, gdyż Beneficjent naruszył procedurę realizacji Projektu zgodnie z przyjętymi założeniami.

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 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.), zwana dalej „ustawą wdrożeniową”.

Zgodnie z art. 6 ustawy wdrożeniowej 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. Do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi (vide: art. 9 ust. 2):

- 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,
- monitorowanie postępów realizacji programu operacyjnego,
- 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.

Wykonując te zadania instytucja zarządzająca powinna uwzględniać zasadę równego dostępu do pomocy wszystkich kategorii beneficjentów w ramach programu oraz zapewniać przejrzystość reguł stosowanych przy ocenie projektów.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

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

– podlegają zwrotowi 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.”

Na podstawie art. 207 ust. 9 pkt 1 u.f.p. po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej w rozumieniu ustawy o zasadach realizacji programów, wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków oraz zawierającą pouczenie o sankcji wynikającej z ust. 4 pkt 3, z zastrzeżeniem ust. 7.

W świetle art. 207 ust. 12a pkt 1 u.f.p. w przypadku wydania decyzji w pierwszej instancji przez instytucję zarządzającą służy wniosek do tej instytucji albo organu o ponowne rozpatrzenie sprawy.

W związku z regulacją prawną art. 67 ust.1 u.f.p. do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych niniejszą ustawą stosuje się przepisy k.p.a. i odpowiednio

przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2021 r. poz. 1540, z późn. zm.).

W świetle art. 138 § 1 pkt 1 k.p.a. organ odwoławczy wydaje decyzję, w której utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję.

Na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 547, 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.

Przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne. Wiąże się jednak z szeregiem obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Korzystanie ze środków publicznych zawsze wiąże się z wyższymi wymaganiami co do ich wydatkowania, które winny być wydatkowane w sposób celowy i oszczędny. To Beneficjent ponosi pełną odpowiedzialność za realizację projektu zgodnie z zapisami umowy.

To właśnie w Umowie o dofinansowanie określono szczegółowo zasady realizacji, prawa i obowiązki stron, konsekwencje naruszeń i nieprawidłowości.

Naruszeniem w analizowanej sprawie jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez określenie przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia oraz naruszeniem jest niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy (dla zadania 1,3 i 5) tj. niewywiązanie się przez Stronę z zapisów zawartych w § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów Beneficjenta zawartych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 13.06.2022r., przytoczonych kolejno w opisie stanu faktycznego niniejszej decyzji należało orzec jak poniżej:

1. Beneficjent zwrócił uwagę, że „*sformułowanie w Informacji pokontrolnej, iż zakończenie robót ma nastąpić „25 dni przed podpisaniem umów z wykonawcą” nie znajduje się w opisie przedmiotu zamówienia ani w żadnej innej części dokumentacji przetargowej, zaś twierdzenie to zostało stworzone w wyniku porównania terminów zawarcia umowy z terminem końcowym jej wykonania*”. Faktem jest, jak to zostało opisane w Informacji pokontrolnej, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ ustalił, że zakończenie robót winno nastąpić w terminie do 31.08.2019 r., natomiast do zawarcia umów z Wykonawcą na realizację poszczególnych zadań doszło 25.09.2019r., tj. 25 dni przed ich podpisaniem. Zatem słusznie Zamawiający zauważył, że wskazanie okresu 25 dni przed podpisaniem umowy ma jedynie na celu zwrócenie uwagi, iż termin wykonania umowy upłynął 25 dni przed jej zawarciem. IZ RPOWŚ 2014-2020 chce zauważyć, że pierwotny termin składania ofert, tj. 15.03.2019r. został zmieniony Ogłoszeniem zmian w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20199/S 068 -159552 z dnia 05.04.2019 r. i upływał w dniu 05.04.2019 r. Zważywszy, że termin realizacji zamówienia został określony konkretną datą -31.08.2019 r., to pomiędzy datą 06.04.2019 r. a datą 31.08.2019 r. jest 148 dni co stanowi 4 miesiące i 26 dni. Taki czas Zamawiający przewidział na dokonanie oceny ofert, badanie czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki w postępowaniu, zawarcie umowy z wykonawcą oraz realizację przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze, że średni czas trwania postępowania powyżej progów zgodnie ze *Zbiornym zestawieniem danych dotyczących udzielonych zamówień publicznych z wykorzystaniem procedur określonych w Pzp w latach 2016-2019¹* w roku 2018 wynosił 96 dni (2019r. – b.d.) oraz to, że ustawodawca przewidział dłuższy okres związania ofertą dla postępowań od progów unijnych (maksymalnie 60 dni) a niżeli dla postępowań o wartości poniżej progów unijnych (maksymalnie 30 dni), IZ RPOWŚ 2014-2020 stoi na stanowisku, że założona przez Zamawiającego długość trwania procesu oceny i wyboru oferty 30 dni była nazbyt optymistyczna, przy uwzględnieniu stopnia skomplikowania danego przedmiotu zamówienia a sam termin realizacji zamówienia był nierealny. Beneficjent sam bowiem w pkt 25.1.2 SIWZ wskazał na ryzyko rezygnacji części uczestników i konieczności przeprowadzenia dodatkowej rekrutacji, co de facto doprowadziło do zawarcia szeregu aneksów zmieniających termin zakończenia realizacji zamówienia z powodu przestojów i opóźnień zawnionych przez Zamawiającego i ostatecznego

¹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r., Warszawa, czerwiec 2020 r.

zakończenia realizacji zamówienia w dniu 28.08.2020 r. Zdaniem IZ RPOWŚ 2014-2020 im dłuższy termin, tym większe prawdopodobieństwo otrzymania korzystniejszej oferty. Co więcej, im dłuższy dopuszczalny termin realizacji zamówienia, tym większej ilości wykonawców którzy zechcą złożyć oferty można się spodziewać. Określenie przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji umowy wpłynęło na podjęcie przez nich decyzji o rezygnacji z udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należy uznać, że wydłużenie terminu obowiązywania umowy na etapie postępowania wpłynęłoby na krąg podmiotów zainteresowanych jego uzyskaniem. Wykonawcy bowiem, analizując swoje szanse na terminową realizację zamówienia, biorą pod uwagę podane przez zamawiającego daty oraz możliwy termin zawarcia umowy. Składają ofertę, jeśli minimalny czas na wykonanie danej czynności mieści się w okresie między przewidywaną datą zawarcia umowy a datami podanymi przez zamawiającego. Ustalenie krótkiego okresu realizacji zamówienia publicznego mogło zatem spowodować, że tylko bardzo nieliczna grupa wykonawców, mogła złożyć ofertę, co w sposób zasadniczy mogło doprowadzić do złożenia wygórowanej cenowo oferty i tym samym doprowadzić do naruszenia zasady racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych (por. wyrok z dnia 27 kwietnia 2016 r., KIO 582/16)

2. Beneficjent w zgłoszonych zastrzeżeniach wskazał, iż *„z uwagi na okoliczności niezależne od Zamawiającego umowa z Wykonawcą została zawarta dopiero 25 września 2019 r., co wynikało z licznych zastrzeżeń wykonawców wobec autora opisu przedmiotu zamówienia. Autor ten nie pozwalał (...) na szybkie rozstrzygnięcie sporu, gdyż unikał kontaktów z Zamawiającym i w konsekwencji dopiero szczegółowa analiza inspektora nadzoru oraz autora (...) pozwoliła dokonać wyboru oferty w sposób zgodny z zasadami równego traktowania wykonawców.”*

W odniesieniu do powyższego IZ RPOWŚ 2014-2020 zauważa, że pomimo zlecenia opisu przedmiotu zamówienia firmie zewnętrznej to Zamawiający ogłaszając zamówienie winien zweryfikować czy opis przedmiotu odpowiada potrzebom Zamawiającego i spełnia zasady konkurencyjności. Jak zostało słusznie zauważone w pkt 3.5 SIWZ „wszelkie wątpliwości Wykonawca winien wyjaśnić z Zamawiającym na etapie przygotowania oferty, w trybie określonym w niniejszej specyfikacji”, a nie jak to miało miejsce po wyborze najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo samo działanie dotyczące weryfikacji zgodności parametrów oferowanego urządzenia z minimalnymi wymaganiami przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę oraz potwierdzenie tego faktu u producenta / partnera handlowego oraz zabezpieczenie dostaw na

postępowanie winno mieć miejsce przed złożeniem oferty. Tym bardziej dla IZ RPOWŚ 2014-2020 zastanawiający zdaje się fakt weryfikacji minimalnych wymagań kolektorów słonecznych co do ich konkurencyjności przez Zamawiającego na etapie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdzie sam Wykonawca w pismach z dnia 08.07.2019 r. wskazuje, że pomimo iż, jest jeden producent na rynku krajowym, to są inni producenci zagraniczni, którzy spełniają wymagania ale są niedostępni albo znacznie przekraczają zakres finansowy inwestycji. Nie bez znaczenia jest również fakt, że pismo w którym Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wszczęcie postępowania w sprawie zachowania zasady konkurencyjności kolektorów słonecznych jest następstwem braku możliwości uzyskania od producenta oraz partnerów handlowych karty katalogowej pasującego do wymagań PHU modelu kolektora słonecznego, certyfikatu SOLAR Keymark oraz raportu z badań „*po podaniu nazwy inwestycji na jakiej kolektory miały być zainstalowane*”. Stanowisko IZ RPOWŚ 2014-2020 potwierdza wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2017 r. syg. akt 1314/17, na który powołuje się autor opisu przedmiotu zamówienia w korespondencji z dnia 09.07.2019r., w którym Izba doszła do przekonania, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony przez Zamawiającego z poszanowaniem art. 29 ust. 2 Pzp, ponieważ zapewnia on zachowanie uczciwej konkurencji oraz gwarantuje uzyskanie optymalnego rozwiązania technicznego spełniającego oczekiwania Zamawiającego i wskazała, że okoliczność związana z tym, że Odwołujący nie dysponuje kolektorem słonecznym, spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji nie oznacza, że postępowanie jest prowadzone w sposób naruszający fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz że nie można domagać się od Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, który w przekonaniu wykonawcy byłby dla tego wykonawcy bardziej dogodny, gdyż prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby odpowiadał wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Ponadto należy zauważyć, że wybór Wykonawcy - Flexi Power GROUP Sp. z o.o. Sp. K. - dla zadania 1-2- - nastąpił 29.05.2019 r., zaś dla zadania 3-5 - 09.09.2019 r., natomiast zawarcie umów na ich realizację nastąpiło 25.09.2019 r., pomimo braku wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez oferenta EkoEnergia Polska Spółka z o.o., jako jedynej drogi gwarantującej rozstrzygnięcie wątpliwości, co do brzmienia SIWZ. Zatem mając na uwadze powyższe IZ RPOWŚ 2014-2020 nie może się zgodzić z twierdzeniem, że zawarcie umowy z Wykonawcą dopiero w dniu 25.09.2019 r. było spowodowane okolicznością niezależną od Zamawiającego.

Pismem znak: ZP.271.3.2019 z dnia 11.09.2019 r., w którym Zamawiający poinformował Wykonawcę, „ *iż termin realizacji zamówienia (...) zostanie przedłużony aneksem do zawartej umowy o czas liczony od dnia 04.06.2019 r. (termin upływu związania z ofertą) do dnia zawarcia umowy*” (tj. 114 dni), Beneficjent w swoim piśmie przywołuje orzeczenie KIO wskazujące, że „*zamawiający nie musi dokonywać żadnych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy są związani treścią pytań i odpowiedzi. (...) Odpowiedziom na pytania dotyczące treści SIWZ przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego, jak i wykonawców*”.

Niemniej jednak IZ RPOWŚ 2014-2020 chce zwrócić uwagę, że przedmiotowe pismo zostało skierowane do Wykonawcy po wyborze oferty jako najkorzystniejszej, a nie w trakcie udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ. Zatem potencjalni wykonawcy za sprawą możliwości zapoznania się z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie mieli i nie mogli mieć wiedzy przed terminem składania ofert, że czas na realizację zamówienia będzie wydłużony o „czas pierwotny”. IZ RPOWŚ 2014-2020 chce zauważyć, że nie czyni zarzutu, że Zamawiający przy podpisaniu umowy odpowiednio zmodyfikował datę dzienną, której dotrzymanie po złożeniu oferty stało się niemożliwe, zachowując okresy czasu, które brali pod uwagę wykonawcy na etapie składania ofert ale określenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, jako instrumentu różnicowania sytuacji prawnej wykonawców, oznaczonego za pomocą konkretnej daty dziennej - nieruchomej i w pełni niezależnej od daty faktycznego podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 2967/13 „*okres, którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego.*” Wyznaczenie zbyt krótkiego, nieadekwatnego do świadczenia wykonawcy terminu realizacji świadczeń stanowiących przedmiot zamówienia jest z całą pewnością działaniem nieprawidłowym. Ustanowienie przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki jego przedmiotu oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z

realizacją tego typu zamówień może bezpośrednio prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym prowadzić do naruszenia powyższej normy prawnej (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1860/10; KIO/UZP 1864/10). Takie działanie narusza również przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem stanowi przejaw opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/KD 107/10). Zamawiający **pierwotnie określił niezwykle krótki termin realizacji** podstawowych obowiązków ciążących na wykonawcy, a dotyczących dostawy i montażu 188 zestawów kolektorów słonecznych o łącznej mocy 739,25 kW oraz 172 zestawów instalacji fotowoltaicznych o mocy 633,6 kWp

3. Odnosząc się do kolejnego zarzutu Beneficjenta, IZ RPOWŚ 2014-2020 podkreśla, że Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Doprecyzowanie i uszczegółowienie powyższej zasady w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia znajduje się w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. W odniesieniu do terminu realizacji zamówienia, wypełnienie dyspozycji powyższego przepisu oznacza, że zamawiający nie może określić terminu realizacji zamówienia w sposób nieuzasadniony i odbiegający od realnych możliwości potencjalnego wykonawcy. Określenie przez zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją danego typu zamówień, może uniemożliwić wzięcie udziału w postępowaniu potencjalnym wykonawcom, a zatem może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Biorąc bowiem pod uwagę ostateczny termin składania ofert (05.04.2019 r.), czas przeznaczony na badanie i ocenę ofert, w tym ewentualne wezwania wykonawców do uzupełnień lub wyjaśnień dokumentów oraz konieczność zachowania terminu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, można było przewidzieć, że zawarcie umowy nastąpi na początku czerwca 2019 r., a zatem zaledwie 3 miesiące przed określonym terminem realizacji zamówienia. Wobec powyższego należy stwierdzić, że zrealizowanie wszystkich czynności wymaganych przez Zamawiającego w tak krótkim czasie było nie tylko utrudnione, ale wręcz niemożliwe, w szczególności biorąc pod uwagę terminy określone

przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że mogło to mieć wpływ na decyzję wykonawców o rezygnacji z ubiegania się o zamówienie, a zatem mogło mieć realny wpływ na ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Określenie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia potwierdza również fakt, że umowa na realizację zamówienia została zawarta 25 dni po terminie realizacji zamówienia określonym w SIWZ oraz że wybrany wykonawca nie wykonał przedmiotu zamówienia w pierwotnie określonym terminie.

KIO w wyroku z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 812/17 wskazała, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak również całego systemu zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał: Z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w Pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(...). Natomiast w oparciu o art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia Zamawiający nie może opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

IZ RPOWŚ utrzymuje, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił termin realizacji zamówienia, a zatem opisał przedmiot zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bezzasadne ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, mogło mieć wpływ na wynik postępowania, w konsekwencji czego powstało ryzyko wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Nie można bowiem wykluczyć, że gdyby termin realizacji zamówienia, powszechnie znany

potencjalnym oferentom na etapie trwania postępowania, byłyby dłuższy, mogłoby to mieć wpływ na sporządzenie ofert w rezultacie czego wpłynęłoby więcej ofert, a w konsekwencji skutkowało wyborem oferty z niższą ceną od tej która została wybrana w przedmiotowym postępowaniu. Jednakże IZ ROPWŚ 2014-2020 biorąc pod uwagę, że przewidziano w SIWZ możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, gdy opóźnienie terminu wykonania przedmiotu umowy nie jest zależne od wykonawcy oraz, że pomimo zastosowania dyskryminacyjnych warunków realizacji zamówienia, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pełnej liczby wykonawców oferty spełniające kryterium kwalifikacji (dwie oferty na realizację wszystkich części zamówienia), podjęła decyzję o obniżeniu wysokości stawki procentowej określonej w pkt 20 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 stycznia 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 971) pn. *Stawki procentowe stosowane przy obniżeniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych do 5 %*.

4. Analizując kolejny zarzut Beneficjenta IZ podtrzymała ustalenia dotyczące naruszenia § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedozwoloną zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. W paragrafie 1 ust. 1 wszystkich 5 umów wskazano, iż „Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia określa opis przedmiotu zamówienia zawarty ze względu na specyficzną dostaw w formie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) ...(...) zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który wraz z ofertą Wykonawcy i harmonogramem prac stanowi załącznik do niniejszej umowy.” Z Protokołów konieczności nieodzownych do sporządzenia aneksu do umowy z Wykonawcą wynika, że „w związku z brakiem chętnych do udziału w projekcie w zakresie rzeczowym (...)” zaistniała konieczność „zmiany ilości instalacji (zwiększenie instalacji fotowoltaicznych przy jednoczesnym zmniejszeniu instalacji kolektorów słonecznych) i odpowiednio zmiany kwot wynagrodzenia za poszczególne instalacje”. Jako podstawę do zmiany umowy wskazano:

- art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, który brzmi: „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”;

- art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp, który brzmi: „*łącna 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*”;

- rozdział 25 SIWZ: „Zamawiający dopuszcza zmianę zawartej umowy w następujących okolicznościach:

- ust. 10 (powinno być zgodnie z numeracją w dokumencie ust. 2) Dopuszcza się stosowanie robót zamiennych w następujących okolicznościach:

„4) Zmiana instalacji na inną wyszczególnioną w PFU w przypadku rezygnacji z tej instalacji przez osobę zaakceptowaną do projektu. W przypadku zamiany instalacji przyjmuje się do rozliczeń instalację najbardziej zbliżoną z wycenionych dla innych gospodarstw.”

- ust. 11 (powinno być zgodnie z numeracją w dokumencie ust. 3) Zamawiającemu przysługuje prawo zmiany wynagrodzenia w przypadku:

„4) Zwiększenie lub zmniejszenie wskazanych instalacji do 20% zakresu podstawowego w przypadku zwiększenia instalacji lub ich zmniejszenia podstawą dokonania rozliczenia będzie szczegółowa kalkulacja cenowa o której mowa w pkt. 23.1.4”.

Natomiast w Aneksach do umowy na wykonanie zadania dotyczących zmiany wynagrodzenia Wykonawcy jako podstawę do zmiany wskazano postanowienia art. 144 ust. 1 Pzp w związku z zapisami pkt 25.2.4 SIWZ (roboty zamienne).

W związku z powyższym, dopuszczalna jest zamiana jednej instalacji na drugą ale w ramach tej samej ilości instalacji (np. zmiana Zestawu A na Zestaw P2), które zostały przewidziane w PFU, jeżeli któryś z uczestników wybranych do projektu zrezygnuje z danej instalacji przy jednocześnie adekwatnej zmianie wynagrodzenia.

Powyżej przytoczony punkt SIWZ dotyczący robót zamiennych nie odnosi się do modyfikacji ilości uczestników zakwalifikowanych do projektu a tym samym ilości przewidzianych w umowie instalacji ponieważ odnosi się do zmiany poszczególnych rodzajów instalacji w ramach już ustalonych ilości. W tym zakresie Zamawiający nie wprowadził limitu. Ograniczenia zmiany wynagrodzenia wynikają z ograniczonej liczby instalacji w ramach danego Zadania (Umowy), które zostały przewidziane w SIWZ. Inna interpretacja powyższego postanowienia prowadziłaby do

nieograniczonego i dowolnego kształtowania przez Zamawiającego przedmiotu umowy, który ograniczyłby uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający i wybrany wykonawca mogliby w sposób dowolny i nieograniczony zmieniać ilość zamontowanych instalacji a co za tym idzie wartość wynagrodzenia Wykonawcy. Jako podstawę Aneksu wskazano pkt 25.2.4 – roboty zamienne a nie pkt 25.3.4 (zmiana zakresu podstawowego). O ile w ramach liczby zestawów kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych mogło dochodzić do modyfikacji w zakresie rodzaju instalacji, to wszelkie zmiany ilości (a co za tym idzie wynagrodzenia) ponad tę liczbę muszą być oceniane pod kątem ograniczeń wprowadzonych przez art. 144 Pzp.

Odnosząc się do stanu faktycznego szczegółowo opisanego w Informacji pokontrolnej, IZ RPOWŚ chce zauważyć, że:

- w ramach Zadania 1 nastąpiło zmniejszenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 138 szt., tj. 51,30 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- w ramach Zadania 2 nastąpiło zwiększenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 2 szt., tj. 12,2 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- w ramach Zadania 3 nastąpiło zwiększenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 38 szt., tj. 135,71 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- w ramach Zadania 4 nastąpiło zmniejszenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 1 szt., tj. 5,88 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- w ramach Zadania 5 nastąpiło zwiększenie ilości wykonanych instalacji zestawów o 55 szt., tj. 183,33 % w stosunku do zakresu przewidzianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z literalnego brzmienia pkt 25. 2 ppkt 4 wynika, iż przez roboty zamienne Zamawiający rozumie zmianę instalacji na inną wyszczególnioną w PFU w przypadku rezygnacji z tej instalacji przez osobę zaakceptowaną do projektu. Natomiast w pkt 25.3 ppkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, iż dopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia w przypadku zwiększenia lub zmniejszenia wskazanych instalacji do 20% zakresu podstawowego w przypadku zwiększenia instalacji lub ich zmniejszenia. Podstawą dokonania rozliczenia będzie wówczas szczegółowa kalkulacja cenowa o której mowa w pkt. 23.1.4. W związku z powyższym IZ RPOWŚ powinna rozpatrywać wysokość

zmiany ilości instalacji w zakresie zwiększenia/zmniejszenia zakresu podstawowego biorąc pod uwagę ogólną liczbę instalacji przed i po zmianie umowy dla każdego zadania (umowy) oddzielnie. W związku tym Zespół kontrolny za podstawę badania przyjął wysokość zmiany biorąc pod uwagę ogólną liczbę instalacji przed i po zmianie tej umowy.

Niezależnie od zakazu dotyczącego wprowadzania modyfikacji skutkujących zmianą ogólnego charakteru umowy ustawodawca wskazał grupy przesłanek, w których zmiana umowy jest niedopuszczalna, nawet jeżeli nie zmienia ogólnego jej charakteru, np.:

1) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści – podstawowy zakaz zapobiegający wypaczeniu konkurencyjności postępowania na etapie realizacji;

2) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Nie jest wprawdzie jasne, czym jest równowaga ekonomiczna umowy, należy jednak przyjąć, iż jest to pojęcie co najmniej zbliżone do ekwiwalentności świadczeń (zob. art. 388 kc);

3) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej. Zmiany znaczne to takie, które np. przekraczają dopuszczalne progi wartościowe wskazane w art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przepis ten obejmuje zarówno zmiany zawężające zakres umowy, jak i poszerzające. O ile niedopuszczalność zmian poszerzających jest dość oczywista, o tyle zakaz zawężania zakresu umowy (z wyłączeniem przesłanek wskazanych w ust. 1, które takie zmiany dopuszczają) ma na celu ochronę wykonawcy przed arbitralnymi decyzjami zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia. Przepis ten stanowi wyjątek od treści art. 140 ust. 1 Pzp, który nakazuje tożsamość świadczenia wykonawcy w odniesieniu do treści umowy, ponieważ zakazuje wyłącznie znacznego zmniejszenia lub rozszerzenia, dopuszczając zmiany nieznaczne;

4) zmiana polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 – przepis ma zapobiegać przejęciu zamówienia m.in. w celu uniknięcia weryfikacji na etapie postępowania wykonawcy przejmującego. Celem przepisu jest uniknięcie realizacji zamówienia przez niepodlegający wykluczeniu.

Dyspozycja art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 ustawy Pzp wprost zakazuje dokonywania zmian w ramach istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie

której dokonano wyboru wykonawcy. Z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. W wyniku badania oceny wielkości zamówionego świadczenia, a świadczenia wprowadzanego zmianą IZ RPOWŚ 2014-2020 stwierdziła, że nastąpiło znacznie zmniejszenie zamawianych dostaw – w ramach Umowy zawartej przez Gminę Obrazów, oraz zwiększenie zamawianych dostaw – w ramach Umowy zawartej przez Gminę Sadowie i w ramach Umowy zawartej przez Gminę Waśniów. Zmiany zostały co prawda przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu/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 (pkt 25.3 ppkt 4 - do 20% zakresu podstawowego zawartej umowy), jednak Zamawiający dokonał zmian, które przekraczają przewidziany w SIWZ zakres przedmiotu podstawowego. W związku z powyższym zmiana taka jako istotna jest niedozwolona. Dodatkowo analizując stan faktyczny w zakresie zgodności z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy wskazać, że dopuszcza on progi zmian umowy o zamówienie publiczne: Zmiana nie może przekraczać ani być równa (jest mniejsza) 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie umowie w przypadku zamówień na dostawy. Mając na uwadze, że:

- w ramach umowy na realizację zadania nr 1 nastąpiło zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy o 36,91 % w stosunku do wartości określonej pierwotnie w umowie,

- w ramach umowy na realizację zadania nr 3 nastąpiło zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy o 129,53 % w stosunku do wartości określonej pierwotnie w umowie,

- w ramach umowy na realizację zadania nr 5 nastąpiło zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy o 165,87% w stosunku do wartości określonej pierwotnie w umowie,

IZ RPOWŚ 2014-2020 uznała, że o ile zmiana umowy w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, była dopuszczalna w sytuacji zwiększenia lub zmniejszenia wolumenu dotychczasowego zamówienia, to zakres kwotowy zmian w ramach zawartych umów na ich realizację przekracza dopuszczalny próg określony przepisem.

Pomimo, iż Zamawiający nie przewidział wachlarza zmian wynagrodzenia Wykonawcy w ramach zawartej umowy, to określił, że jego zmiana jest możliwa w przypadku zwiększenia/zmniejszenia wskazanych instalacji do 20 % zakresu podstawowego. W związku z powyższym zmiana taka jako istotna jest niedozwolona.

Beneficjent w złożonym przez siebie piśmie wskazał, że „przedmiotowe zmiany w umowach z Wykonawcą nie wprowadzają istotnych zmian w kontrolowanym projekcie, gdyż w sumie zostało wykonane dokładnie tyle instalacji ile miało być wykonane zgodnie z zatwierdzonymi przez IZ zmianami zakresu rzeczowego projektu” i wyraził pogląd, że ograniczenie 20 %, na które powołuje się IZ wskazując na zapisy pkt 25.2.3 SIWZ, nie zostało przekroczone wprowadzonymi zmianami.

W odpowiedzi na powyższe, IZ RPOWŚ 2014-2020 chce zauważyć, że stosownie do treści art. 144 ust. 1 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 jedna z okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1-6 tego przepisu. Zważywszy, że przedmiot zamówienia został podzielony na 5 zadań i Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na poszczególne zadania na dowolną ilość, to możliwość wprowadzenia zmian postanowień rozpatrywana jest w ramach konkretnej umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, z którym Zamawiającego łączyła wcześniej zawarta umowa ramowa. Na wstępie rozważań wniesionych zastrzeżeń przez Beneficjenta co do błędnej interpretacji przez IZ RPOWŚ 2014-2020 zapisów pkt 25.2.4 oraz 25.3.4 SIWZ należy zwrócić uwagę, że traktują one o możliwości zmiany postanowień zawartej umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że IZ RPOWŚ 2014-2020 w odpowiedzi na wniosek Beneficjenta o wprowadzenie zmian w realizowanym projekcie (pismo znak: IR-VI.432.5.30.2019 z dnia 05.11.2020r.) wskazała, że „poprawność przygotowania i realizacji projektu będzie przedmiotem prowadzonych kontroli projektu (...), a w przypadku wystąpienia nieprawidłowości IZ zastrzega sobie możliwość nałożenia stosownej korekty przyznanego dofinansowania” a także, że „realizując projekt Beneficjent zobowiązany jest do właściwego stosowania przepisów obowiązującego prawa, a w szczególności zapisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020. Postępowania o udzielenie zamówienia w ramach projektów dofinansowywanych ze środków wspólnotowych muszą być prowadzone na podstawie i zgodnie z przepisami ww. ustawy i Wytycznych. Kwestia ta będzie również w przyszłości przedmiotem kontroli (...).” Zatem jak zauważono akceptacja zmian zakresu rzeczowego projektu nie przesądza o zgodności ich z przepisami.

Nie sposób zgodzić się również z Beneficjentem, że pkt 25.2.4 SIWZ stanowi podstawę do zmiany wynagrodzenia i stosownych rozliczeń stron, natomiast pkt 25.3.4 SIWZ odnosi się do zmiany wynagrodzenia przez Zamawiającego w sposób jednostronny – bez zgody Wykonawcy (stąd wprowadzone ograniczenie 20%). Zauważyć bowiem należy, że pkt 25.2.4 SIWZ stanowi o dopuszczeniu stosowania robót zamiennych w sytuacji m.in. „zmiany instalacji na inną wyszczególnioną w PFU w przypadku rezygnacji z tej instalacji przez osobę zaakceptowaną do projektu. W przypadku zmiany instalacji przyjmuje się do rozliczeń instalację najbardziej zbliżoną z wycenionych dla innych gospodarstw.” Zatem z analizy powyższego należy wnioskować, że Zamawiający przewidział możliwość zmiany świadczenia w granicach określonych w PFU dla poszczególnych zadań (moc, ilość, rodzaj instalacji). Natomiast pkt 25.3.4 SIWZ traktuje: „Zamawiającemu przysługuje prawo zmiany wynagrodzenia w przypadku: (...) Zwiększenia lub zmniejszenia wskazanych instalacji do 20% zakresu podstawowego w przypadku zwiększenia instalacji lub ich zmniejszenia podstawą dokonania rozliczenia będzie szczegółowa kalkulacja cenowa, o której mowa w pkt 23.1.4”. Nie sposób się zgodzić z argumentacją Beneficjenta, że na podstawie powyższego decyzja Zamawiającego o zmianie wynagrodzenia Wykonawcy następuje w sposób jednostronny i nie wymaga aneksu do umowy, a jedynie informacji w stosownym piśmie. Bowiem jak słusznie zwrócił Beneficjent uwagę pkt 25 SIWZ wskazuje, że „Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian, które przed wprowadzeniem do umowy wymagają zgodnej akceptacji stron umowy z wyłączeniem postanowień w ust. 2, gdzie podjęcie decyzji o zmniejszeniu wynagrodzenia nie wymaga akceptacji Wykonawcy. Zmiany warunków umowy powinny nastąpić w formie pisemnej.” Mając powyższe na uwadze, zauważyć należy, że brak zgodnej akceptacji stron umowy został przewidziany jedynie w sytuacji zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmniejszenia wskazanych instalacji do 20% zakresu podstawowego oraz że wszystkie zmiany wysokości wynagrodzenia wprowadzone do umów nastąpiły za zgodną akceptacją Stron w formie aneksu. Dodatkowo zdaniem IZ RPOWŚ 2014-2020 brak zgodnej akceptacji stron umowy w przypadku ograniczenia zamówienia w ramach zadania powyżej 20%, naruszałoby pozycję wybranego wykonawcy, który uzyskując zamówienie na to zadanie, w wyniku zmiany byłby jego pozbawiony. Ponadto IZ RPOWŚ 2014-2020 chce zauważyć, że powyższa argumentacja Beneficjenta, kłóci się zapisami w Protokołach konieczności dotyczących zmiany wynagrodzenia w ramach zadań 2,3,5 (pomimo zwiększenia wskazanych instalacji powyżej 20% zakresu podstawowego), bowiem w każdym z tych dokumentów wskazano zgodność wprowadzanej zmiany z przywołanym zapisem pkt 23.3.4 SIWZ. Zatem nie sposób

przyjąć inaczej aniżeli, że wysokość zmian wynagrodzenia jest uwarunkowana przewidzianym limitem zwiększenia lub zmniejszenia wskazanych instalacji do 20% zakresu podstawowego.

W związku z powyższym, Instytucja Zarządzająca stwierdzając naruszenie przez Beneficjenta ww. zapisów umowy o dofinansowanie, obowiązujących przy wydatkowaniu środków dofinansowania zobowiązana była do określenia kwoty nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania zgodnie z postanowieniami ww. art. 9 ust. 2 ustawy wdrożeniowej.

Instytucja Zarządzająca wskazuje, że obowiązki państw członkowskich i Komisji w zakresie wydatkowania środków finansowych budżetu Unii doprecyzowano w odpowiednich przepisach Rozporządzenia nr 1303/2013.

Z przepisów tych wynika, że na państwach członkowskich ciążą dwojakiego 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”.

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

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. 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 zasądom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość..., o ile nie można wykluczyć, że uchybiecie 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.

Instytucja Zarządzająca również zaznacza, iż w dalszych orzeczeniach TSUE ww. linia orzecznicza była analogiczna tj. w Wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. w sprawie C-408/16 TSUE przywołał wykładnię nieprawidłowości wprost z Wyroku C-406/14. W związku z czym należy uznać, iż TSUE potwierdził w utrwalonej linii orzeczniczej definicję istoty nieprawidłowości. Organ więc zauważa, że powtórzenie w Wyroku z 6 grudnia 2017 r. dosłownej treści pojęcia nieprawidłowości, zawartej w ww. wyroku z lipca 2016 r., pozwala wnioskować, że jest to utrwalona linia orzecznicza. Jak już wyżej wskazano, TSUE po raz kolejny powtórzył, że naruszenie prawa jest nieprawidłowością, o ile nie można wykluczyć, że uchybiecie miało wpływ na budżet danego funduszu. Co najważniejsze, TSUE w swoim wyroku ponownie wyjaśnił, że nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (nawet tylko potencjalnych) dla budżetu Unii Europejskiej.

Ponadto należy wskazać, iż pomimo tego że obydwa przywołane powyżej wyroki TSUE odnoszą się do pojęcia nieprawidłowości w rozumieniu Rozporządzenia Rady WE nr 1083/2006 (obowiązującego dla programów operacyjnych na lata 2007-2013), to definicja nieprawidłowości zawarta w Rozporządzeniu nr 1303/2013 nie zmieniła się znacząco i brzmi niemal identycznie, a co

za tym idzie pozwala to na przyjęcie tezy, że wykładnia TSUE w obecnej perspektywie finansowej nie ulegnie zmianie.

Naruszenie zatem przez Beneficjenta procedur opisanych w Wytycznych, przepisach prawa oraz w umowie o dofinansowanie projektu dało Instytucji Zarządzającej podstawę do stwierdzenia obowiązku zwrotu tych środków jako wykorzystanych sprzecznie z tymi procedurami.

W przedmiotowej sprawie **naruszeniem procedur** skutkujących żądaniem zwrotu przekazanego dofinansowania było niewywiązanie się Beneficjenta z procedur opisanych w umowie o dofinansowanie, Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, przepisów prawa krajowego (stanowiących podstawę Systemu Realizacji Regionalnego Programu Operacyjnego i tym samym będących „innymi procedurami” wydatkowania środków wskazanymi w art. 184 ustawy o finansach publicznych) tj. niewywiązanie się przez Stronę z zapisów zawartych w **§ 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie**. Zgodnie z ugruntowanym już w poprzedniej perspektywie finansowej orzecznictwem sądów administracyjnych takie istotne naruszenie przez Beneficjenta 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 u.f.p., uzasadniająca wydanie decyzji określającej kwotę dofinansowania podlegającą zwrotowi (wyrok NSA sygn. akt: II GSK 732/11).

Naruszenie § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie przez Beneficjenta potwierdza wystąpienie pierwszej z przesłanek nieprawidłowości czyli naruszenia prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego.

Następnie, Instytucja Zarządzająca analizując kolejny element składowy definicji nieprawidłowości, którym jest „działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy polityki spójności” wskazuje, że w analizowanej sprawie, „działaniem” Beneficjenta było określenie przez Beneficjenta zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, niemożliwego do dotrzymania oraz niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.

Kolejno, Instytucja Zarządzająca analizując element składowy definicji nieprawidłowości, którym jest „naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii

nieuzasadnionym wydatkiem” wskazuje, że w analizowanej sprawie doszło do rzeczywistego obciążenia budżetu Unii Europejskiej nieuzasadnionym wydatkiem.

W ramach stwierdzonego naruszenia treści § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie potencjalna szkoda w budżecie Unii Europejskiej mogła zaistnieć, ponieważ prawdopodobne jest, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wzięli udziału przedsiębiorcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia nie mogli podjąć się zamówienia w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy z pierwotnym terminem zakończenia robót do dnia 31.08.2019 a ostatecznie zmienionym w wyniku aneksów na dzień 28.08.2020 r. Nie można bowiem wykluczyć, że gdyby termin realizacji zamówienia, powszechnie znany potencjalnym oferentom na etapie trwania postępowania, byłby dłuższy, mogłoby to mieć wpływ na sporządzenie ofert w rezultacie czego wpłynęłoby więcej ofert, a w konsekwencji skutkowało wyborem oferty z niższą ceną od tej która została wybrana w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem zespołu kontrolującego w ramach Instytucji Zarządzającej nie ulegało więc wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie ziścił się również trzeci element składowy definicji nieprawidłowości, możliwy szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Potencjalna różnica w wartości wydatków kwalifikowalnych, jaka mogła zaistnieć w związku z ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców mogących złożyć konkurencyjne cenowo oferty, jest istotna w obszarze celowości poniesienia tych wydatków, a to z kolei ma bezpośredni wpływ na budżet Unii Europejskiej, ponieważ środki będące różnicą wydatków sprzed i po zmianach potencjalnie mogły mieć inne i efektywniejsze przeznaczenie.

Mając na uwadze ogólną regulację obowiązującą w ramach projektów dofinansowanych ze środków budżetu Unii Europejskiej należy wskazać, iż poprzez zawarcie umowy o dofinansowanie projektu beneficjenci mają obowiązek zrealizować i rozliczyć swój projekt według zasad określonych w umowie o dofinansowanie.

Przedmiotowe naruszenie zapisów umowy o dofinansowanie dało więc Instytucji Zarządzającej podstawę do określenia kwoty niekwalifikowalnego dofinansowania do zwrotu, która odpowiada w analizowanej sprawie środkom nierozliczonej końcowo płatności zaliczkowej w wysokości: 428 852,76 zł, wypłaconej w dniu 27.04.2020 r., a której nierozliczenie we wniosku o płatność końcową jest skutkiem zastosowania ww. pomniejszenia wydatków zgodnie z wynikami kontroli realizacji projektu. Ponadto, kwota środków EFRR w wysokości 428 852,76 zł podlega zwrotowi

wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, które nierozdzielnie wiążą się z wykrytą nieprawidłowością i są konsekwencją nieprawidłowego wykorzystania środków europejskich (vide: art. 207 ust.1 u.f.p.). Jednocześnie, przy określaniu daty początkowej terminu naliczania ww. odsetek w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, Instytucja Zarządzająca wzięła pod uwagę treść przepisu krajowego tj. art. 207 ust.1 u.f.p., gdzie wskazano, że odsetki te powinny być naliczane od dnia przekazania środków dofinansowania tj. od dnia 27.04.2020 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).

Materialnoprawne przesłanki zwrotu przez Stronę środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich określa art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji stwierdzającej ten obowiązek.

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. W ocenie Instytucji Zarządzającej w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi przesłanka o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Obowiązek zwrotu środków przez Gminę Obrazów jest następstwem ich wykorzystania z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p. Zgodnie z art. 184 obowiązującej ustawy o finansach publicznych wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Słowem "procedura" określa się zazwyczaj normowany przepisami lub zwyczajami sposób prowadzenia lub załatwienia jakiejś sprawy. Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 208 ust. 1 ustawy 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. Projekty są realizowane przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Wspomniany wzór umowy składa się także na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. W przypadku zawarcia umowy o dofinansowanie zgodnie z przyjętym przez właściwą instytucję wzorem reguluje również procedurę realizacji projektu. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, 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. Nadanie analizowanemu terminowi

innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art.211 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) (odpowiednio: art. 207 ust.1 ustawy u.f.p) byłoby wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (vide: Wyrok NSA z dnia 19.06.2012 r., sygn. akt II GSK 732/11)

Z jednej strony, prawa i obowiązki Beneficjenta określała umowa o dofinansowanie zawarta w dniu 13 kwietnia 2018 r. a z drugiej strony, stosunek prawny jest kształtowany postanowieniami dokumentów opracowanych przez Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju w tym: „Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków”.

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

W związku z czym Instytucja Zarządzająca po przeprowadzonym ponownym rozpatrzeniu sprawy stwierdziła, że Decyzja nr 163/22 z dnia 25 maja 2022 r. została wydana w sposób prawidłowy i znajdujący swoje uzasadnienie w obowiązującym stanie prawnym. W sytuacji gdy Instytucja Zarządzająca rozpoznająca wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy stwierdzi brak podstaw do jej uchylenia ma obowiązek wydać decyzję o utrzymaniu w mocy zaskarżonej decyzji, zgodnie z art. 138 § 1 pkt 1 k.p.a.

Kierując się powyższym, mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności wniosek o dofinansowanie projektu, umowę o dofinansowanie, stan faktyczny sprawy, Instytucja Zarządzająca **utrzymuje w mocy decyzję administracyjną** nr 163/22 z dnia 25 maja 2022 r. orzekającą zwrot 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.03.01.00-26-0030/17-00 wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

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.03.01.00-26-0030/17-00 z dnia 13.04.2018 r. wraz z Aneksami nr: RPSW.03.01.00-26-0030/17-01 z dnia 04.01.2019 r, RPSW.03.01.00-26-0030/17-02 z dnia 24.09.2019 r, RPSW.03.01.00-26-0030/17-03 z dnia 16.11.2020 r RPSW.03.01.00-26-0030/17-04 z dnia 14.12.2020 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 jednoetapowego konkursu zamkniętego nr RPSW.03.01.00-IZ.00-26-105/17 wraz z załącznikami,
- 4) Wniosek o dofinansowanie projektu nr RPSW.03.01.00-26-0030/17 wraz z załącznikami tj. dokumentacją konkursową,
- 5) Wnioski o płatność wraz z załącznikami tj. dokumentacją finansową,
- 6) Dyspozycje wystawienia zlecenia płatności współfinansowania UE na rzecz Beneficjenta w ramach Osi Priorytetowej 3 RPOWŚ na lata 2014-2020, Działanie 3.1,
- 7) Pismo Beneficjenta z dnia 30.03.2021r -zastrzeżenia do informacji pokontrolnej
- 8) Informacja Pokontrolna Nr KC-I.432.596.1.2020/IO-1/P (tj. pismo znak: KC-I.432.596.1.2020) z dnia 12.05.2021 r. wraz z odpowiedzią na zastrzeżenia,
- 9) Informacja Pokontrolna Nr 34/N/II/RPO/2021 (tj. pismo znak: KC-I.432.360.1.2021) z dnia 20.07.2021 r. wraz z pismem Beneficjenta znak. IOS.7313.31.2021 z dnia 09.08.2021 r
- 10) Pismo Instytucji Zarządzającej znak IR-XIII.432.3.14.2019 z dnia 04.02.2022 r.
- 11) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.3.174.2022 z dnia 23.02.2022, tj. wezwanie do zwrotu,

- 12) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.3.174.2022 z dnia 21.03.2022 r,
tj. zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego,
- 13) Pismo Beneficjenta z dnia 13.06.2022r. – wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy
- 14) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.3.174.2022 z dnia 06.07.2022r.
tj. zawiadomienie o zgromadzeniu materiału dowodowego wraz z przedłużeniem terminu
załatwienia sprawy.

POUCZENIE

Decyzja jest ostateczna w administracyjnym toku instancji. Na decyzję służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach, wnoszona w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji 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.

WICEMARSZAŁEK
WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO
MAREK BOGUSŁAWSKI

(dokument podpisano elektronicznie)

Decyzję otrzymują:

- 1) Beneficjent: Gmina Obrazów z siedzibą Obrazów 84, 27-641 Obrazów,
- 2) a/a – 2 egzemplarze.

