

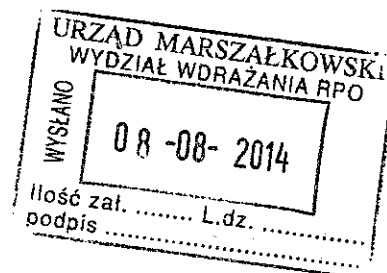
Załącznik do uchwały nr 1390/14
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 06.08.2014 r.

Gmina Miasto Kołobrzeg
ul. Ratuszowa 13
78-100 Kołobrzeg

WWRPO.VIII.3162.2.2014.AJ

ZARZĄD
WOJEWÓDZTWA ZACHODNIOPOMORSKIEGO
w Szczecinie

DECYZJA
Nr WWRPO/32/W/2014



podjęta w dniu 06 sierpnia 2014 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Andrzej Jakubowski - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 t.j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9 i ust. 12 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 t.j.; Dz. U. z 2013 r., poz. 938; Dz. U. z 2013 r., poz. 1646) w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 t.j. ze zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596 t.j. ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 t.j. ze zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta - Gminy Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu - o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/18/W/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. na realizację projektu pn. „Gmin@ na fali” w wysokości 184 687,50 zł (słownie: sto osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset osiemdziesiąt siedem złotych 50/100) wraz z odsetkami licznymi jak dla zaległości podatkowych

- utrzymuje się w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 16 kwietnia 2014 r. nr WWRPO/18/W/2014 w całości.

Uzasadnienie

Beneficjent - Gmina Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu - w dniu 22 października 2010 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712 t. j. ze zm., zwanej dalej: u.z.p.r.r.), rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 na realizację projektu pn. „Gmin@ na fali” Oś priorytetowa 3 „Rozwój społeczeństwa informacyjnego” Działanie 3.2 „Rozwój systemów informatycznych i e-usług”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy: nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-01 z dnia 19 lipca 2011 r., nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-02 z dnia 18 stycznia 2012 r. oraz nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-03 z dnia 25 października 2012 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność (§ 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioszek o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był do stosowania procedur zapewniających ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 t.j. ze zm., zwanej dalej: p.z.p.), w zakresie w jakim przepisy te mają zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż zgodnie z wiążącym Beneficjenta § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie, w przypadku naruszenia p.z.p. stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, według tzw. „Taryfikatora” – dokumentu opracowanego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju), określającego tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanego dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. i który będzie miał zastosowanie w przedmiotowej sprawie z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 u.z.p.p.r. oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 7-9 października 2012 r. oraz dniach 14-16 października 2012 r. w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową. W toku przeprowadzonych czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r., ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006 r. ze zm. zwanego dalej: rozporządzeniem Rady nr 1083/2006).

Po analizie wyjaśnień oraz zastrzeżeń przedłożonych przez Beneficjenta w ramach czynności kontrolnych ustalono, iż:

- 1) w ramach postępowania pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 p.z.p. (poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
- 2) w ramach postępowania pn. „Zamówienie systemu Elektroniczny System Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych

- przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
- 3) w ramach postępowania pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
 - 4) w ramach postępowania pn. „Szkolenie z obsługi Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
 - 5) w ramach postępowania pn. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg realizowanych w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 p.z.p. poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”).

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwane dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 03 stycznia 2014 r. wezwła Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 184 687,50 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na potrącenie powyższej kwoty z płatności końcowej). Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 t.j.; Dz. U. z 2013 r., poz. 938; Dz. U. z 2013 r., poz. 1646, zwanej dalej: u.f.p.) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, instytucja, która podpisała umowę z Beneficjentem, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Z uwagi na bezskuteczny upływ terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, z dniem 24 stycznia 2014 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00. Jednocześnie Beneficjent został pouczone o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień, zastrzeżeń w toku prowadzonego postępowania. W dniu 04 lutego 2014 r. Beneficjent skorzystał z przysługującego mu prawa do zapoznania się z aktami prowadzonego postępowania administracyjnego. Postanowieniami z dnia 18 lutego 2014 r. oraz 20 marca 2014 r. IZ RPO WZ wydłużyła termin na zakończenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach RPO WZ. Nadto pismem z dnia 21 lutego 2014 r. Beneficjent został poinformowany o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz został pouczone o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm. t.j. zwanej dalej: k.p.a.).

Pismem z dnia 11 lutego 2014 r. Beneficjent wniósł uwagi do prowadzonego przez organ postępowania, zarzucając iż zebrane w postępowaniu materiały nie są kompletne i służą udokumentowaniu tezy naruszenia przepisów p.z.p. Beneficjent wskazał, iż do akt kontroli nie dołączono opinii prawnych, w tym korzystnej zdaniem Beneficjenta dla niego opinii Kancelarii Radców Prawnych z dnia 30 lipca 2013 r.

W dniu 16 kwietnia 2014 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję nr WWRPO/18/W/2014 orzekającą zwrot od Beneficjenta Gminy Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu części środków otrzymanych w ramach umowy nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. na realizację projektu pn. „Gmin@ na fali” w łącznej kwocie 184 687,50 zł (słownie: sto osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset osiemdziesiąt siedem złotych 50/100) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Ponadto w ww. decyzji IZ RPO WZ wskazała, iż kwota 18 187,50 zł, która dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we

wniosku o płatność końcową, dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone zostanie potrącona z płatności końcowej.

Beneficjent korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12 u.f.p. pismem z dnia 07 maja 2014 r. (doręczonym dnia 12 maja 2014 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy, uchylene zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania w sprawie.

W przedmiotowym wniosku Beneficjent wskazał, iż na dzień aplikowania o środki z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (zwanego dalej EFRR) Gmina Miasto Kołobrzeg posiadała licencje do oprogramowania zakupionego na podstawie umów zawartych z firmą Sygnity w odniesieniu do systemu eDOK, firmą Infosystem w odniesieniu do Systemu Finansowo – Księgowego oraz firmą Vulcan w odniesieniu do systemu Zintegrowanej Oświaty Vulkan. Wszystkie ww. firmy były jedynymi wykonawcami uprawnionymi do świadczenia przedmiotu usług w zakresie aktualizowania systemów dziedzinowych funkcjonujących, rozwijanych i zapełnionych danymi przez Beneficjenta, przeprowadzenia migracji systemów oraz świadczenia gwarancji. Dalej Beneficjent wyjaśniał, iż tylko wymienione podmioty, z uwagi na ww. prawa, mogły dokonywać zmian w kodzie źródłowym oprogramowania, w przypadku gdyby zmiany takie okazały się konieczne, np. w toku przeprowadzania operacji migracji systemu do wyższej wersji, co na etapie składania wyjaśnień IZ RPO WZ potwierdziły firmy, składając stosowne zaświadczenia. Dodatkowo Gmina Miasto Kołobrzeg wskazała, iż system obiegu dokumentów eDOK, w pełni wdrożony w Urzędzie Miasta Kołobrzeg, został zakupiony przy współfinansowaniu ze środków Unii Europejskiej (zwanej dalej UE) i na dzień składania wniosku aplikacyjnego znajdował się w okresie trwałości projektu pn. „Wrota Parsęty”. System Vulcan był wdrożony w większości jednostek oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg, a program finansowy funkcjonował w Urzędzie Miasta Kołobrzegu od wielu lat. Oprogramowanie było systematycznie aktualizowane o nowe narzędzia ingerujące w samą strukturę baz danych w czasie rzeczywistym i nie istniała możliwość ich zastąpienia jakimkolwiek innym substytutem. Beneficjent zaznaczył, iż już przed złożeniem wniosku aplikacyjnego realizował długofalową strategię dziedzinowania systemów i ich integracji. Systemy były już na tyle zintegrowane, że ich wymiana lub zastąpienie innymi była niezasadna i wręcz niemożliwa. Następnie Beneficjent przytaczając zapisy pkt 1.1.1.3 studium wykonalności stanowiącego załącznik do wniosku o dofinansowanie projektu nr WND-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 wskazał, iż już podczas ubiegania się o dofinansowanie dokonał inwentaryzacji własnych zasobów jak i rozeznania rynku. Podkreślił tym samym, iż jego zamiarem było uzupełnienie, aktualizacja i rozbudowa istniejących, a nie zakup nowych systemów, na co IZ RPO WZ wyraziła zgodę przyznając dofinansowanie.

W dalszej części wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent zaznaczył, iż zastosowanie trybu z wolnej ręki w ramach zamówień nie stanowiło preferowania danego produktu. Zamawiający przeprowadził szczegółową analizę rynku i obiektywnie ustalił, iż w danej sytuacji do konkretnego zamówienia, nie istniało co najmniej dwóch wykonawców, mogących potencjalnie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Ustalono, że korelacje w bazach danych nie były dostępne i nie było możliwości, aby je oprzeć o rozwiązania innych dostawców. Tryb zgodny z art. 67 p.z.p. został zatem w opinii Beneficjenta zastosowany ze względu na:

- przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze (Zamawiający posiadał już systemy firm, które realizowały zadania w ramach realizacji projektu. Zamawiający nie mógł odrzucić posiadanego produktu z przyczyn projektowych, jak również byłoby to sprzeczne z zasadą rzetelnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Żaden inny dostawca nie był w stanie zintegrować swojego produktu z istniejącymi systemami będącymi w posiadaniu Zamawiającego);
- przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikające z odrębnych przepisów w szczególności zwianych z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Systemy stanowią własność zarówno prawną jak i intelektualną firm. Zamawiający posiadał licencje na użytkowanie systemów, jednak bez praw do ingerencji w kod źródłowy aplikacji. Ingerencja spowodowałaby utratę gwarancji na system oraz wsparcia technicznego. Dodatkowo ingerencja w element będący własnością intelektualną firm przez Zamawiającego lub przez wybrany inny podmiot naraziłaby zamawiającego docelowo na wysokie koszty odszkodowawcze. Podjęcie wykonania zamówienia przez innego wykonawcę w związku z ochroną praw autorskich było więc trwale niemożliwe).

Dodatkowo Beneficjent podniósł, iż relacje umowne między wykonawcą a zamawiającym oraz zapisy dotyczące praw autorskich i licencji uniemożliwiłyby zlecenie dalszych prac podmiotowi wyłonionemu w warunkach konkurencyjnych, co wiązałoby się z koniecznością rozpoczęcia wszystkiego od początku i wielokrotność nakłady, naruszając zasady celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, narażałoby na straty w mieniu publicznym i docelowo uniemożliwiłoby

terminową realizację zadania. Dalej Gmina Miasto Kołobrzeg zaznaczyła, iż przyjęcie zbyt wąskiego zakresu zamówienia przez zignorowanie usług lub produktów związanych z pierwotnym zamówieniem, których nie będzie można potem nabyć w trybie konkurencyjnym uniemożliwiałoby zawarcie umowy z wykonawcą oraz, że żadne z zakupionego oprogramowania dziedzinowego nie mogło być poprawnie rozszerzone bez przeprowadzenia autorskich szkoleń. Usługi te są nierozłączne i warunkują prawidłową realizację zamówienia.

Beneficjent wskazał także, iż przy składaniu wyjaśnień do wniosku o płatność nr WNP-RPZP.03.02.00-32-001/10-03/KO1 w piśmie nr INF.3044.07.2012.K z dnia 01 czerwca 2010 r., uszczegółowiono na jakiej podstawie dokonano zamówień z wolnej ręki i ww. wyjaśnienia zostały przyjęte przez IZ RPO WZ pismem nr WWRPO.V.4331.(03.02.00/2010/001).2012.DR.05.

Gmina Miasto Kołobrzeg zarzuciła także, iż w uzasadnieniu skarżonej decyzji brak jest odniesienia do przesłanek udzielenia zamówienia wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a p.z.p., jak również IZ RPO WZ nie odniosła się do art. 5 ust. 1 p.z.p., który Beneficjent w piśmie z dnia 04 lipca 2013 r. powołał jako podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W opinii Beneficjenta w świetle art. 5 ust. 1 p.z.p. dopuszczalne było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki niezależnie od zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 p.z.p. Przyjęcie ww. trybu zdaniem Beneficjenta było jedynym możliwym rozwiązaniem, aby zamówienie doszło do skutku w określonym terminie realizacji projektu. W ten sposób nie została naruszona zasada celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków w wysokości, w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, nie ponosząc tym samym strat w mieniu publicznym. Niezależnie od powyższego w opinii Beneficjenta Zamawiający w sposób wyczerpujący uzasadnił przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b p.z.p. wskazując związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy istnieniem praw wyłącznych oraz istnieniem wyłącznie jednego podmiotu zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym zawarte wcześniej umowy nie stanowiły podstawy ochrony praw autorskich, na co w opinii Beneficjenta wskazywano w decyzji. Beneficjent podniósł, iż powyższe stanowisko potwierdza opinia prawna przygotowana na zlecenie IZ RPO WZ z dnia 30 lipca 2013 r.

Nadto Beneficjent nie zgodził się w podniesionym w skarżonej decyzji zarzutem uzależnienia się od wykonawców systemów nabytych w pierwotnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwiających nabycie dalszych usług lub dostaw w trybach konkurencyjnych jednocześnie wskazując, iż nie ma to znaczenia dla sprawy. Beneficjent podkreślił, iż system elektronicznego obiegu dokumentów zakupiony został przez Gminę Miasto Kołobrzeg w ramach projektu „Wrota Parsęty” realizowanego przez Związek Miast i Gmin Dorzecza Parsęty, zaś program finansowo-księgowy Infosystem zakupiony został w roku 1997 tj. na długo przed wydaniem przez Urząd Zamówień Publicznych rekomendacji dotyczących udzielania zamówień na systemy informatyczne.

Beneficjent stoi na stanowisku, że w żaden sposób nie doszło do uszczuplenia budżetu Unii Europejskiej. Do takiego uszczuplenia mogłoby dojść, gdyby Beneficjent chciał budować cały system od nowa, co wiązałoby się z wielokrotnym przekroczeniem wartości projektu.

Niezależnie od powyższego Gmina podniosła, że w orzecznictwie sądów administracyjnych utrwalił się pogląd, że w sprawie ustalenia i nałożenia korekty finansowej powinna być wydana decyzja administracyjna. Brak takiej decyzji uniemożliwia skuteczne wydanie decyzji w przedmiocie zwrotu dofinansowania. Podsumowując Beneficjent wskazał, iż brak jest uzasadnionych przesłanek zarówno do zastosowania korekty finansowej, jak i orzeczenia o zwrocie części dofinansowania.

Z uwagi na konieczność dokonania szczegółowej analizy zarzutów wskazanych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, a także z uwagi na przewidziane terminy na zapoznanie się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań, jak również skomplikowany charakter sprawy, IZ RPO WZ postanowieniami z dnia 06 czerwca 2014 r. oraz 07 lipca 2014 r. zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania w przedmiocie zwrotu środków. Nadto pismem z dnia 10 lipca 2014 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 t.j. ze zm., zwanej dalej k.p.a.). W dniu 17 lipca 2014 r. Beneficjent skorzystał z przysługującego mu prawa do zapoznania się z aktami prowadzonego postępowania administracyjnego.

W związku ze złożonym wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ ponownie przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Gmin@ na fali”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta) oraz pełną analizę stanu

faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jak poniżej.

Wskazać należy, iż środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a u.z.p.p.r. ustalanie i nakładanie korekt finansowych, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach u.f.p., IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 u.f.p., w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

- 1) wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- 2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,
- 3) pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości

– podlegają zwrotowi przez Beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji o zwrocie na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy, z zastrzeżeniem ust. 8 i 10. Zwrot środków może jednak zostać dokonany przez pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz Beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi, co wynika z treści art. 207 ust. 2 u.f.p.

Naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p., dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 u.f.p., w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 u.f.p. wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p., są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych (ustawy p.z.p., a w konsekwencji także u.f.p.), jak i przepisów unijnych. Stosownie bowiem do art. 60 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (zwanego dalej rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006) instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za: a) zapewnienie, że operacje są wybierane do finansowania zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu operacyjnego oraz że spełniają one mające zastosowanie zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres ich realizacji, b) weryfikację, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi (...).

W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów p.z.p., naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 u.f.p., albowiem podejmował działanie niezgodne z umową o dofinansowanie oraz przepisami prawa – p.z.p. Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany jest stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy ma obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących reguł, zasad i postanowień wynikających z Programu, Uszczegółowienia Programu, obowiązujących procedur, wytycznych, a także informacji IZ RPO WZ.

Jednym z zarzutów, na których Beneficjent oparł wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy jest zarzut przedwczesności wydania zaskarżonej decyzji z uwagi na brak uprzedniego wydania decyzji o ustaleniu korekty finansowej. Skarżąca, powołując się na orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 stycznia 2013 r. (sygn. akt II GSK 1777/12 i II GSK 1776/12) Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu (III SA/Po 1307/12, III SA/Po 1234/12) oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie (I SA/OI 182/13, I SA/OI 193/13) wskazała, iż organ powinien był w pierwszej kolejności wydać samoistną decyzję o ustaleniu korekty, a dopiero po

niej decyzję o zwrocie środków na podstawie art. 207 ust. 9 u.f.p. Stanowisko Strony nie zasługuje na aprobatę.

Odnosząc się do powyższego, na wstępie zaznaczenia wymaga, iż Instytucja Zarządzająca jest samoistnym organem administracji publicznej, który przygotowuje program operacyjny, zarządza nim oraz nadzoruje jego realizację. Instytucja Zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami (art. 60 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006). Do jej ogólnych zadań, w ramach wszystkich programów należy: kontrola realizacji programu oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych (art. 26 ust. 1 pkt 14 i 15a u.z.p.p.r.). Oczywistym jest zatem, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. nadaje Instytucji Zarządzającej obowiązek ustalania i nakładania korekt finansowych. Ustalanie korekt finansowych, aby mogło być uznane za rzeczywisty instrument nadzoru nad prawidłowością wydatkowania środków pochodzących z budżetu UE musi być traktowane jako działanie polegające na stwierdzeniu uchybień w zakresie przestrzegania m.in. przepisów dotyczących zamówień publicznych, a ponadto musi obejmować ocenę wagi tych naruszeń stosownie do art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006, bowiem bez tej oceny nie ma możliwości ustalenia korekt finansowych, które uzależnione są właśnie od wagi naruszeń. Nie ulega zatem wątpliwości, że IZ RPO WZ na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. może badać czy nie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, dokonywać oceny wagi tych naruszeń z punktu widzenia budżetu UE i ewentualnie nakładać korekty finansowe. Użycie zwrotu *nakładanie korekt finansowych* w sposób oczywisty wskazuje na kompetencję zakładającą jednostronne działanie wobec Beneficjenta. Niemniej jednak u.z.p.p.r. nie wskazuje trybu, w jakim ma być zrealizowane zadanie instytucji zarządzającej opisane w pkt 15a ww. przepisu, w szczególności co do formy. W zakresie odzyskiwania, w tym zwrotu przyznanych środków ustawodawca wyraźnie przewidział w u.z.p.p.r. wydawanie decyzji. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż przepisy u.z.p.p.r. nie regulują zasad i trybu postępowania w sprawie zwrotu uzyskanego przez Beneficjenta dofinansowania. Mając na uwadze powyższe nie można się zgodzić z argumentem Strony, iż decyzja wydana na podstawie art. 207 ust. 1 u.f.p. powinna być poprzedzona decyzją ustalającą korektę finansową, albowiem brak jest podstawy prawnej w oparciu o którą IZ RPO WZ podjęłaby taką decyzję. Niewątpliwie takiej podstawy nie stanowi art. 26 ust. 15a u.z.p.p.r., gdyż jest to norma wskazująca jedynie zadania Instytucji Zarządzającej, natomiast art. 98 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 to norma kompetencyjna dla Państwa Członkowskiego. Co więcej, w obu ww. przepisach brak jest wskazania w jakiej formie powinno się odbywać nałożenie korekty finansowej.

Ani z przepisów u.f.p., ani u.z.p.p.r. nie wynika skierowany do właściwych instytucji obowiązek ustalenia korekty finansowej w drodze odrębnej decyzji administracyjnej, a obowiązku tego nie można domniemywać. Przeciwnie, z treści art. 207 ust. 9 u.f.p. wynika jednoznacznie, iż po bezskutecznym upływie terminu do zwrotu środków, wywołanego skierowaniem wezwania do zwrotu, właściwy organ wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków. Z tego przepisu wynika właśnie, iż w decyzji wydawanej w trybie art. 207 u.f.p. organ nie tylko zobowiązuje beneficjenta do zwrotu, ale właśnie określa kwotę przypadającą do zwrotu – a w tym wypadku kwotę korekty. Zasadę tę potwierdza szereg orzeczeń sądów administracyjnych, w których nie kwestionowano sposobu ustalania korekt finansowych w decyzjach administracyjnych wydanych na podstawie art. 207 ust. 9 u.f.p. (m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 13 marca 2013 r., sygn. akt I SA/Gd 131/13; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt I SA/Sz 664/12; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 18 października 2012 r., sygn. akt I SA/Sz 348/12; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt II SA/Go 273/12; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 09 października 2012 r., sygn. akt VIII SA/Wa 593/13; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. akt II SA/Gl 1040/13; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt III SA/Wr 701/13; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 21 marca 2014 r., sygn. akt I SA/Sz 861/13).

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż samo ustalenie i nałożenie korekty nie prowadzi do ingerencji w prawa i obowiązki podmiotów zewnętrznych, nie może być utożsamiane z władczym rozstrzygnięciem i nie wymaga wydania decyzji administracyjnej. Władczym rozstrzygnięciem administracyjnym, rzeczywiście wpływającym na sytuację prawną beneficjentów jest natomiast dopiero decyzja wydawana w trybie art. 207 ust. 9 u.f.p. określająca *„kwotę przypadającą do zwrotu i termin od którego nalicza się odsetki oraz sposób zwrotu środków”*. Pisemne rozstrzygnięcie w przedmiocie ustalenia i nałożenia korekty samo w sobie nie rodzi dla beneficjenta żadnych skutków.

Dopiero wydanie rozstrzygnięcia zobowiązującego do zwrotu kwot wydatkowanych nieprawidłowo (rozstrzygnięcia w trybie art. 207 ust. 9 u.f.p.) może powodować takie skutki.

Dodatkowo trzeba mieć także na względzie, że obowiązek nakładania korekt w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami w projektach wynika wprawdzie z art. 98 Rozporządzenia 1083/2006, jednak przepis ten należy odczytywać łącznie z art. 27 lit b Rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 8 grudnia 2006 r. ustanawiającego szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, który wyjaśnia definicję „wstępnego ustalenia administracyjnego lub sądowego”. Według przywołanego przepisu „wstępnym ustaleniem administracyjnym lub sądowym” jest wstępna ocena pisemna wykonana przez właściwy podmiot administracyjny lub sądowy stwierdzająca, na podstawie konkretnych faktów, istnienie nieprawidłowości, bez uszczerbku dla możliwości późniejszego skorygowania lub wycofania wniosku dotyczącego istnienia nieprawidłowości w następstwie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania administracyjnego lub sądowego. Powyższe oznacza, że IZ RPO WZ powinna wskazać Beneficjentowi wysokość korekty finansowej w informacji pokontrolnej, a następnie w wezwaniu do zwrotu, co stanowi wstępne ustalenie administracyjne. Natomiast w związku z tym, że ustawodawca polski ustanowił tryb zwrotu środków wykorzystanych niezgodnie z procedurami w u.f.p. to wstępne ustalenie administracyjne poczynione przez IZ RPO WZ podlega następnie kontroli w trakcie postępowania administracyjnego prowadzonego w trybie art. 207 u.f.p. i kontroli sądowej (tak również WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyr. z dn. 29.05.2013r., II SA/Go 122/13).

W analizowanej sprawie postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków wykorzystanych niezgodnie z procedurami zostało wobec Strony wszczęte w związku z wynikiem kontroli planowej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ w dniach 7-9 października 2012 r. oraz dniach 14-16 października 2012 r. W trakcie trwania kontroli po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie ustalono, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia przepisów p.z.p., a w związku z tym doszło do stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości, w związku z czym ustalono w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 a u.z.p.p.r. wysokość korekty finansowej. Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 07 października 2011 r. (sygn. akt II GSK 1932/11) stwierdził, iż wynik kontroli udzielonego zamówienia publicznego jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Zamawiającego, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 u.f.p. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku kontroli IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Zatem postępowanie administracyjne, czyli władcze wkroczenie organu administracji publicznej następuje dopiero, jeśli Beneficjent dobrowolnie nie zastosuje się do zaleceń i ustaleń kontrolujących. Takie stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 grudnia 2010 r. (sygn. akt I SA/Gd 1115/10) uznając, że momentem, kiedy na styku regulacji o charakterze cywilnoprawnym i administracyjno-prawnym dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego jest moment, gdy organ podejmuje czynności o charakterze władczym (cechujące stosunek administracyjno-prawny), czyli podejmuje czynności zmierzające do wydania decyzji o zwrocie środków. Beneficjent został więc przez IZ RPO WZ wezwany na mocy art. 207 ust. 8 u.f.p. do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Następnie po bezskutecznym upływie 14-dniowego terminu, wobec Beneficjenta wszczęto postępowanie administracyjne, które zostało zakończone wydaniem przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego w dniu 16 kwietnia 2014 r. decyzji administracyjnej nr WWRPO/18/W/2014 orzekającej od Beneficjenta zwrot środków w wysokości 184 687,50 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z art. 25 pkt 1 u.z.p.p.r., za prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada Instytucja Zarządzająca, którą w przypadku RPO WZ jest Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, do obowiązków którego należy w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr, odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań.

Odnosząc się zaś do przytoczonych przez Beneficjenta wyroków wskazać należy, iż orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego, na które strona się powołuje nie przesądziły jednoznacznie o tym, że sposobem na wymierzenie korekty finansowej za naruszenia przepisów p.z.p. jest wydanie odrębnej decyzji administracyjnej ustalającej wysokość korekty – bez orzeczenia jej zwrotu, a dopiero następnie wydanie decyzji orzekającej zwrot tych środków. Sąd ten nie wyraził takiego stanowiska, lecz uchylając wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie, polecił jedynie ocenić, czy według Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie organ przed podjęciem zaskarżonej decyzji w przedmiocie zwrotu części środków na finansowanie powinien wydać decyzję administracyjną w przedmiocie ustalenia i nałożenia korekty finansowej. A to z uwagi na fakt, że WSA

w Olsztynie, mimo iż merytorycznie rozpoznał sprawę wywołaną wydaniem decyzji o ustaleniu wysokości środków do zwrotu w oparciu o art. 207 ust. 9 u.f.p. (orzekając co do zasadności zastosowania korekty), rozważał mimo to, w jakim trybie organ powinien ustalać wysokość korekty – a zatem mimo wydania orzeczenia ujawnił niepewność swoich ustaleń. Zaś przywołane orzeczenia WSA w Poznaniu (na dzień wydania niniejszej decyzji) nie są jeszcze prawomocne. Błędem jest zatem twierdzenie, że przywołane w skardze orzeczenia NSA (wyłącznie od wspomnianych wyżej wyroków WSA w Olsztynie) kształtują orzecznictwo administracyjne w kierunku uznania, że ustalenie korekty za naruszenie p.z.p. powinno się odbyć w odrębnym postępowaniu administracyjnym zakończonym decyzją administracyjną, poprzedzającym wszczęcie postępowania o zwrot tych środków w oparciu o art. 207 u.f.p. Wbrew twierdzeniom skarżącej, orzecznictwo sądów administracyjnych w przedmiocie ustalania i nakładania korekt finansowych w drodze decyzji wydawanej na podstawie art. 207 u.f.p. jest już ukształtowane (w zasadzie od drugiej połowy 2009r.), a w ostatnim czasie pojawiło się jedynie odstępstwo prezentowane przez WSA w Poznaniu, będące najprawdopodobniej wynikiem błędnego odczytania orzeczeń NSA z dnia 18 stycznia 2013 r. Dla przykładu WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 23.07.2013r. (III SA/GI 603/13) orzekł, iż podstawą do ustalenia i wymierzenia korekty finansowej za naruszenie przepisów p.z.p. jest art. 207 u.f.p. i art. 26 ust. 1 pkt 15 u.z.p.p.r. oraz że instytucja zarządzająca zastosowała właściwy tryb do ustalenia korekty wydając jedną decyzję – ustalającą kwotę do zwrotu. Podobnie WSA w Kielcach w wyroku z dn. 27.06.2013r. (I SA/Ke 241/13), WSA w Gorzowie Wielkopolskim w wyr. z dn. 29.05.2013r. (II SA/Go 122/13), WSA w Krakowie w wyroku z dn. 25.04.2013r. (III SA/Kr 956/12), czy też WSA w Olsztynie w wyroku z dn. 25.04.2013r. (I SA/OI 150/13). Powyższe potwierdził także WSA w Szczecinie w wyroku z dnia 21 marca 2014 r., (sygn. akt I SA/Sz 861/13) twierdząc, iż w przypadku wydania przez organ decyzji o zwrocie środków nie ma przeszkód do badania zasadności nakładanych korekt, gdyż jest to element decyzji dotyczący wysokości zwrotu środków finansowych. Dalej w ww. wyroku sąd wskazał, iż nie podziela poglądów sądów administracyjnych, zdaniem których korekty finansowe powinny być przez organ nakładane na beneficjenta decyzją, która winna poprzedzać decyzję o zwrocie środków finansowych wydaną na podstawie przepisów u.f.p. Przyjęcie takiego poglądu doprowadziłoby do podwójnego badania w sprawie zaistnienia nieprawidłowości w rozumieniu rozporządzenia nr 1083/2006, raz w postępowaniu dotyczącym prawidłowości nałożenia korekty finansowej w tym jej wysokości, np. w związku z naruszeniem odpowiednich przepisów prawa krajowego, np. p.z.p., a następnie konieczności zbadania tych samych przepisów w ramach postępowania o zwrocie środków finansowych. Nadto tożsame stanowisko prezentowane jest w najnowszym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z dnia 08 maja 2014 r., sygn. akt II GSK 249/13; wyrok z dnia 13 czerwca 2014 r., sygn. akt II GSK 2080/13).

Kończąc powyższe rozważania warto wspomnieć, iż uznanie, jakby tego chciała Skarżąca, że powinny być wydawane dwie decyzje znacznie wydłużyłoby proces odzyskiwania środków, co nie leży w interesie tak organu jak i beneficjentów. Przeciwnie, wydawanie dwóch decyzji przy czym w takiej kolejności, iż najpierw decyzja ustalająca wysokość korekty, a następnie decyzja o zwrocie środków, po tym jak ta pierwsza stanie się ostateczna, byłoby działaniem zarówno niegospodarnym jak i z pokrzywdzeniem beneficjenta. Należy przecież pamiętać, że środki podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków do dnia zwrotu. Prowadzenie dwóch postępowań administracyjnych spowodowałoby znaczny wzrost ostatecznej należności do zwrotu.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów przedstawionych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy IZ RPO WZ ustaliła, iż w postępowaniach przetargowych pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”, „Zamówienie systemu Elektroniczny System Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” oraz „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” „Szkolenie w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” oraz pn. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg realizowanych w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Zamawiający nie spełnił przesłanek wynikających z trybu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) p.z.p.

Wskazać należy, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 p.z.p. zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 p.z.p.

Zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywołał Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) p.z.p. stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie powyższego przepisu uzależniona jest zatem od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzezwyteczalny. Zgodnie z przyjętymi przez Komitet Europejski Rady Ministrów na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2006 r., a opracowanymi przez Urząd Zamówień Publicznych w oparciu o orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i sądów polskich *Wytycznymi dotyczącymi interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki*, podstawą zastosowania przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) p.z.p., jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może ono być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. Zatem zastosowanie trybu z wolej ręki w oparciu o tę przesłankę zależne jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym. Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania jakim się ona cieszy u zamawiającego. Subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o omawianą przesłankę. Chodzi o fakt istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw/usług/robót budowlanych. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Jednocześnie, taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzezwyteczalny.

Mając powyższe na uwadze jak również odnosząc się do wskazanego we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zarzutu, iż w sprawie zaistniały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, bowiem Zamawiający posiadał już systemy firm, które realizowały zadania w ramach realizacji projektu, jak również żaden inny dostawca w opinii Beneficjenta nie był w stanie zintegrować swojego produktu z istniejącymi systemami będącymi w posiadaniu Zamawiającego, wskazać należy, iż powyższe wiąże się z przyczynami organizacyjno-prawnymi, które jednak nie mogą stanowić przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) p.z.p. Konieczność powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy nie może wynikać z uprzednio zawartych stosunków zobowiązaniowych czy też z faktu, iż dany wykonawca realizował uprzednio zamówienia na rzecz zamawiającego. Wskazane przez Skarżącą przyczyny nie dotyczą zagadnień technicznych, lecz zagadnień licencyjnych producenta oprogramowania. Zamawiający wskazuje na umowy licencyjne czyli stosunki kształtowane wolą stron, a nie zdarzenia o obiektywnym charakterze, na które strony nie mają wpływu. Tym samym powoływanie się przez Zamawiającego na realizację uprawnień wynikających z zobowiązania umownego będącego następstwem ustaleń stron zawartych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, ma swoje źródło w zdarzeniu, które nie ma charakteru technicznego, a tym samym nie spełnia przesłanki określonej w art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) p.z.p. Nie można bowiem uznać za przyczynę techniczną - jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej KIO) w uchwale z dnia 3 listopada 2011 r., (sygn. KIO/KD 81/11) - przyjęcie przez Zamawiającego założenia, że ze względu na postanowienia uprzednich umów jej wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji zamówienia. IZ RPO WZ ponownie podkreśla, iż samo przekonanie Zamawiającego, że tylko dotychczasowy realizator usługi daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem powołanych przesłanek. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki możliwe jest tylko w przypadku, gdy nie istnieje na rynku jakakolwiek inna możliwość wykonania zamówienia przez innego wykonawcę (innych wykonawców), która alternatywnie realizowałyby cele danego postępowania. Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) p.z.p. nie jest wystarczające wskazanie, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Przede wszystkim zamawiający

musi wykazać, że tylko wyłącznie jeden wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem, obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. W uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 r., (sygn. akt. KIO/KD 8/09.), KIO, odnosząc się do "przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze", wskazała, że: Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy p.z.p. nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. W analizowanej sprawie należy wskazać na oczywistość istnienia konkurencji na rynku usług technologii informacyjnej, a tym samym na potencjalną możliwość realizacji zamówienia przez inny niż wskazany przez Zamawiającego podmiot.

Nadto w przedmiotowej sprawie nie zachodzi również przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Należy wskazać, iż przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które uzasadniają udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p., nie wystarczy zatem by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego (prawem autorskim). Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p., konieczne jest zatem spełnienie dwóch przesłanek – istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy. Pamiętać należy, że przepisy szczególne ustawy p.z.p., w szczególności przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p., interpretować należy w świetle zasad udzielania zamówień publicznych określonych w przepisach ogólnych. Należą do nich zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców, wrazone w art. 7 ust. 1 p.z.p. W świetle tych zasad prawidłowa interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, w tym art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p., wymaga aby istniejący stan rzeczy spowodowany był przyczynami obiektywnymi, niezależnym w żaden sposób od czynności prawnych i innych działań zamawiającego. Nie można więc uznać, że spełnione zostały przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p., jeżeli okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu – tj. istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa – mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Innymi słowy działanie zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Istotny, jest również fakt, że ochrona praw wyłącznych nie może wynikać z wcześniej zawartych umów, w których zamieszczona była klauzula o ochronie tych praw. Umowna (kontraktowa) ochrona prawa wyłącznego nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wskazał, iż w analizowanej sprawie zachodzą przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów w szczególności związanych z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Beneficjent wskazał, iż systemy stanowią własność zarówno prawną jak i intelektualną firm. Zamawiający posiadał licencje na użytkowanie systemów, jednak bez praw do ingerencji w kod źródłowy aplikacji. Ingerencja spowodowałaby utratę gwarancji na system oraz wsparcia technicznego. Dodatkowo ingerencja w element będący własnością intelektualną firm przez Zamawiającego lub przez wybrany inny podmiot naraziłoby zamawiającego docelowo na wysokie koszty odszkodowawcze. Podjęcie wykonania zamówienia przez innego wykonawcę w związku z ochroną praw autorskich było więc trwale niemożliwe). Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, iż przywoływana ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych rozróżnia autorskie prawa majątkowe od praw osobistych. O ile autorskie prawa osobiste mają charakter niezbywalny, tak autorskim prawami majątkowymi twórca może swobodnie rozporządzać zawierając odpowiednie postanowienia w umowach. Staranny zamawiający udzielając zamówień powinien mieć świadomość obowiązywania tych przepisów i powinien zdawać sobie sprawę, że nie przeniesienie na zamawiającego określonych praw, czy też nie zagwarantowanie sobie prawa do korzystania z utworu w określony sposób albo określenie ich w taki sposób, który rodzi wątpliwości interpretacyjne, może uniemożliwić lub też utrudnić możliwość udzielania w przyszłości kolejnych zamówień publicznych przy udziale innych podmiotów niż dotychczasowy wykonawca

zamówienia, nie stanowiąc jednocześnie podstawy, w rozumieniu przepisów p.z.p., do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W rekomendacjach dotyczących udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne wydanych przez Urząd Zamówień Publicznych w 2009 r. wskazano, iż Zamawiający chcąc uzyskać prawo do swobodnej rozbudowy i modyfikacji systemu informatycznego powinien przede wszystkim w umowie o zamówienie publiczne zawrzeć postanowienia dotyczące:

- przeniesienia autorskich praw majątkowych do zakupywanego systemu, łącznie z prawem na udzielania zezwoleń na wykonywania zależnego prawa autorskiego; zamawiający w zależności od swoich potrzeb powinien szczegółowo i jednoznacznie określić pola eksploatacji obejmujące autorskie prawa majątkowe (np. uprawniające zamawiającego do modyfikacji oprogramowania, jego kodów źródłowych itp.);
- przeniesienie praw powinno dotyczyć również kodów źródłowych w stosunku do nowoutworzonego systemu, ich swobodnej modyfikacji; jednocześnie, zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę w umowie do wydania kodów źródłowych oraz pełnej dokumentacji technicznej systemu;
- warunki gwarancji jakości powinny być tak zapisywane, by nie ograniczyć lub wyłączyć uprawnień zamawiającego z posiadania autorskich praw majątkowych, zatem modyfikacja oprogramowania, jego kodów źródłowych prowadzona niezależnie od pierwotnego wykonawcy nie powinna mieć wpływu na uprawnienia zamawiającego wynikłe z gwarancji udzielonej przez wykonawcę;
- w zawieranej umowie powinna być jednocześnie uregulowana kwestia ewentualnego przeniesienia na zamawiającego praw do licencji lub sublicencji oprogramowania niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania zamawianego systemu; postanowienia przyszłej umowy powinny zawierać takie zapisy, aby warunki udzielanych przez wykonawcę licencji nie stanowiły bariery do dokonania modyfikacji lub rozbudowy oprogramowania.

Przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, iż przytoczone rekomendacje zostały przyjęte w 2009 r. a jak wskazuje Skarżąca system elektronicznego obiegu dokumentów zakupiony został przez Gminę Miasto Kołobrzeg w ramach projektu „Wrota Parsęty” realizowanego przez Związek Miast i Gmin Dorzecza Parsęty, zaś program finansowo-księgowy Infosystem zakupiony został w roku 1997 tj. na długo przed wydaniem ww. rekomendacji. Jak sama nazwa wskazuje są to jedynie rekomendacje oparte na analizie przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Beneficjent podpisując pierwotne umowy miał dostęp do ustawy p.z.p. i powinien jej zapisy interpretować w sposób zgodny z jej treścią oraz celem. IZ RPO WZ przytacza przedmiotowe rekomendacje, aby wyjaśnić Beneficjentowi zasadność przesłanek, którymi się kierują podczas analizy przedmiotowej sprawy.

W tym miejscu należy wskazać, iż oprogramowanie eDOK zostało pierwotnie udostępnione Zamawiającemu na skutek udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego konsorcjum firm: WINUEL S.A. - AGB SPIN S.A. - SYGNITY S.A. - zgodnie z treścią umowy nr ZDP.IV.341-04/07 z dnia 19.12.2007 r. Stosownie do zapisów tej umowy wykonawca udzielił Zamawiającemu niewyłącznej odpłatnej licencji na korzystanie z oprogramowania na wymienionych w tej umowie polach eksploatacji. W przypadku Zintegrowanego Systemu Finansowo-Księgowego (postępowanie pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany system Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”) oprogramowanie to zostało u Zamawiającego zainstalowane na podstawie umowy nr 221/110/97 z dnia 11.09.1997 r. zawartej z Panem Tadeuszem Groszkiem i Panem Romanem Groszkiem prowadzącymi działalność gospodarczą pod firmą Usługi Informatyczne INFO-SYSTEM (obecnie - USŁUGI INFORMATYCZNE INFO-SYSTEM Roman i Tadeusz Groszek Spółka jawna w Legionowie). Kolejna umowa nr INF.3044.11.2011.K z dnia 18.11.2011 r. zawarta została w celu kontynuacji i rozwoju istniejącego systemu poprzez dostawę i zainstalowanie odpowiednich rozszerzeń licencji oprogramowania. Oprogramowanie Zintegrowany System Zarządzania Oświatą (postępowanie pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”) zostało u Zamawiającego zainstalowane na podstawie umowy licencyjnej z dnia 17.08.2006 r. zawartej z VULCAN Sp. z o.o. we Wrocławiu. Stosownie do zapisu § 4 przedmiotowej umowy żadne jej postanowienie nie może być interpretowane jako przenoszące na Licencjonobiorcę własności praw do oprogramowania i dokumentacji. Autorskie prawa majątkowe do nich pozostają przy Licencjonodawcy. Kolejna umowa nr INF.3044.07.2011.K z dnia 18.11.2011 r. zawarta została w celu kontynuacji i rozbudowy istniejącego programu SIGMA OPTIVUM. Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż Zamawiający nie wykorzystał możliwości, aby należycie zabezpieczyć swoje interesy w przyszłości poprzez odpowiednie zapisy umowne. Zamawiający już na etapie pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien był w taki sposób określić warunki realizacji umowy, aby w przyszłości uniezależnić się od wykonawcy zamówionego systemu informatycznego, jak również zapewnić sobie możliwość ewentualnego zlecenia rozbudowy, modyfikacji, dostosowania, aktualizacji, utrzymania i innych czynności z nim

powiązanych, w jednym z trybów podstawowych. Innymi słowy zapisy umowy dotyczącej systemu informatycznego powinny w jak największym stopniu zabezpieczać interesy Zamawiającego. Warto dodać, że zgodnie ze stanowiskiem KIO zawartym w uchwale z dnia 25 października 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 77/10), samo istnienie produktu, stworzonego na potrzeby Zamawiającego, z którego obecnie on korzysta nie stanowi o obiektywnej przyczynie technicznej uniemożliwiającej udział innych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przyjęcie przez zamawiającego założenia, że ze względu na wykonanie uprzedniej umowy ich wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji kolejnego zamówienia prowadzi do naruszenia zasad wolnego rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne. Działania takie stoją w sprzeczności z ustawą p.z.p., a ich sankcjonowanie prowadzi do patologii systemu zamówień publicznych. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r. II GSK 7/06 Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie gdzie wyrażony został pogląd, iż „ustawa Prawo zamówień publicznych w pewnym sensie godzi zupełnie różne wartości związane z funkcjonowaniem nowoczesnego państwa - tj. zasady wolnego rynku z jednej strony i konieczną dbałość o finanse publiczne z drugiej strony. Ta reguła (zależność) powinna być brana pod uwagę przy wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych, a więc także przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c tej ustawy. Powołane przepisy - przy przyjęciu wspomnianego założenia - nie mogą w istocie pozbawiać podmiotów sektora finansów publicznych uzasadnionego dostępu do określonych dóbr związanych z działalnością twórczą, artystyczną lub do dóbr związanych z ochroną praw wyłącznych, ale nie mogą również być interpretowane w taki sposób, by możliwe było nabycie w trybie zamówienia z wolnej ręki każdego dzieła, z którym są związane czyjeś prawa autorskie. Takich dzieł w sferze szeroko rozumianego rynku towarów i usług jest wiele i gdyby przyjąć, że mogą one być nabywane na zasadach, których stosowania domaga się strona skarżąca, idea zamówień publicznych nie miałaby sensu. Zasadnie zatem podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w zaskarżonym wyroku, że praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki mogłaby doprowadzić do omijania wymogów Prawa zamówień publicznych przez jednostki sektora publicznego, które zawierałyby umowy wstępne (...) tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków z pominięciem wymogów tej ustawy”. Podobną ocenę wyraziła KIO w uchwale z dnia 8 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 9/09), stwierdzając że „ochrona praw wyłącznych nie może wynikać z wcześniej zawartych umów, w których zamieszczona była klauzula o ochronie tych praw. Izba stoi na stanowisku, że kontraktowa ochrona prawa wyłącznego nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy i nie może być obiektywną przesłanką do udzielenia zamówienia wykonawcą, z którym wcześniej zawarto tę umowę”. W analizowanej sprawie wszystkie zamówienia udzielone przez Beneficjenta w trybie z wolnej ręki w ramach projektu nr WND-RPZP.03.02.00-32-001/10 pn. „Gmin@ na fali” były niejako konsekwencją uprzednio zawartych umów w przedmiocie dostawy, instalacji i udostępnienia Gminie Miastu Kołobrzeg określonego oprogramowania komputerowego.

Dalej mając powyższe na uwadze odnosząc się jednocześnie do stwierdzenia Beneficjenta, iż ingerencja w posiadane systemy spowodowałaby utratę gwarancji na system oraz wsparcia technicznego należy przytoczyć zapisy uchwały KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO/KD 43/12), w której zwrócono uwagę, że "(...) Zamawiający konstruując umowę o zamówienie publiczne na dostarczony system mógł w sposób wyraźny doprecyzować, że dodanie dodatkowych elementów systemu przez inny podmiot nie wpłynie na uprawnienia zamawiającego z tytułu gwarancji na dostarczony system. W konsekwencji to nie przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, lecz zaniechanie Zamawiającego odpowiedniego ukształtowania postanowień umownych były powodem dla którego zdecydował się udzielić zamówienia wykonawcy realizującemu system". Również w uchwale KIO z dnia 3 listopada 2011 r., (sygn. akt KIO/KD 81/11), wskazano, że "(...) konieczność powierzenia realizacji zamówienia konkretnemu wykonawcy nie może być konsekwencją postanowień uprzednio zawartych umów z wykonawcą, w tym związanych z warunkami gwarancji jakości, albowiem w zawieranej umowie o zamówienie publiczne należy tak określać warunki gwarancji, by nie ograniczać lub wyłączać uprawnień Zamawiającego w zakresie autorskich praw majątkowych. Zatem te postanowienia powinny umożliwiać rozwój systemu, zmianę jego kodów źródłowych, oraz nie ograniczać lub wyłączać uprawnień Zamawiającego wynikających z gwarancji udzielonej przez wykonawcę. (...)”

Powyższe rozważania należy przyjąć odpowiednio na potrzeby analizy pozostałych zamówień przeprowadzonych przez Beneficjenta. I tak IZ RPO WZ w całości podtrzymuje swoje argumenty przedstawione w skarżonej decyzji. Ponownie wskazać należy, iż Zamawiający udzielił w trybie przepisu art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit a) i b) p.z.p. zamówienia na przeprowadzenie przez Sygnity S.A. szkoleń z zakresu obsługi Programu eDOKweb (umowa NR INF.3044.04.2012 z dnia 10 kwietnia 2012 r.). Zgodnie z treścią wniosku o wyrażenie zgody na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej

ręki: „(...) dystrybucja oprogramowania odbywa się wyłącznie w oparciu o zasoby własne firmy, firma nie prowadzi dystrybucji w oparciu o jakąkolwiek sieć dystrybutorów, dealerów czy partnerów handlowych. Usługi informatyczne oraz szkolenia realizowane są wyłącznie w oparciu o certyfikowanych konsultantów. Firma jako jedyna posiada wersje szkoleniowe do swoich produktów”. Nadto zgodnie z zapisem § 10 ust. 1 umowy nr INF.3044.10.2011.K, począwszy od dnia podpisania protokołu odbioru, wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznej, nieprzenoszalnej licencji na korzystanie z oprogramowania na wymienionych w niej polach eksploatacji. Podnieść w tym miejscu należy, iż wskazane zapisy de facto uniemożliwiają innym podmiotom odpowiednie dla potrzeb Zamawiającego przygotowanie i realizowanie usługi szkoleniowej pomimo, że oprogramowanie to może być znane oraz powszechnie wykorzystywane w środowisku informatycznym. Taki zaś stan rzeczy wynikający z faktu, że zamówienie na przeprowadzenie usług szkolenia jest konsekwencją poprzedniego zamówienia (umowa nr INF.3044.10.2011.K), które zostało udzielone w trybie niekonkurencyjnym, nie może spotkać się z akceptacją. Zaaprobowanie stanowiska Beneficjenta, że omawianym przypadkiem jedynym podmiotem mogącym zrealizować zamówienie na usługi szkoleniowe jest tylko ten wykonawca, który był stroną poprzedniej umowy byłoby równoznaczne z akceptacją tworzenia przez Zamawiających w ramach umów o zamówienie publiczne swoistego rodzaju monopolu, a zatem akceptacją patologii na rynku zamówień publicznych.

Zaś umowa licencyjna z dnia 17.08.2006 r. (Szkolenie UONETu w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg) nie przewidywała eksploatacji oprogramowania polegającej na jego udostępnianiu na potrzeby przygotowania i przeprowadzania szkoleń innym podmiotom poza samym autorem, tj. VULCAN Sp. z o.o. Zgodnie z warunkami umowy nr INF.3044.06.2011.K z dnia 14.09.2011 r. wykonawca miał m.in. opracować i dostarczyć materiały szkoleniowe dla uczestników szkoleń (§ 2 ust. 3 pkt 7 umowy). Wobec powyższego, żaden inny podmiot nie mógł w sposób należyty wykonać usługi w zakresie szkolenia w postępowaniu się tym oprogramowaniem. Tymczasem jak już wskazywano powyżej umowna ochrona praw autorskich (prawa wyłączne przynależne VULCAN Sp. z o.o.) nie może uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p.

Odnosząc się do korzystnej zdaniem Beneficjenta dla niego opinii Kancelarii Radców Prawnych z dnia 30 lipca 2013 r. IZ RPO WZ ponownie podkreśla (o czym była już mowa w skarżonej decyzji nr WWRPO/18/W/2014), iż sporządzone opinie prawne mają jedynie charakter pomocniczy. Instytucja Zarządzająca jest samoistnym organem administracji publicznej, który przygotowuje program operacyjny, zarządza nim oraz nadzoruje jego realizację. Do jej ogólnych zadań, w ramach wszystkich programów należy: kontrola realizacji programu oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych. Oczywistym jest zatem, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Niezależnie od powyższego, zdaniem organu, opinia prawna z dnia 30 lipca 2013 r. wskazuje jedynie na możliwość uznania za prawidłowe udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p. jeśli Zamawiający w wystarczający sposób uzasadniłby możliwość zastosowania wspomnianego przepisu przedkładając w tym zakresie stosowne dokumenty, do czego zdaniem organu nie doszło, o czym Beneficjent został poinformowany w piśmie z dnia 03 grudnia 2013 r. stanowiącym odpowiedź organu na zastrzeżenia pokontrolne.

Reasumując IZ RPO WZ ponownie podkreśla (o czym była już mowa z skarżonej decyzji) jeśli chodzi o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) p.z.p. Zamawiający winien pamiętać, że fakt iż zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę musi wynikać z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, których to Beneficjent nie wykazał. Nadto pod uwagę powinni być brani również wykonawcy pochodzący z innych państw członkowskich UE. Z kolei jeśli chodzi o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) p.z.p., należy przypomnieć, iż ochrona praw wyłącznych musi wynikać z odrębnych przepisów. Zakresem tego przepisu są objęte wyłącznie sytuacje, w których ochrona taka wynika z przepisów prawa, nie zaś ze stosunku zobowiązaniowego. Nieprawidłową praktyką, której dopuścił się również Zamawiający w niniejszej sprawie jest „uzależnienie się” od wykonawcy systemu nabytego w pierwotnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwiające nabycie dalszych niezbędnych usług lub dostaw w trybach konkurencyjnych. Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie pierwotnego zamówienia publicznego powinien dochować należytej staranności i nie tworzyć na przyszłość nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję. Zamawiający mógł w tym celu już w umowie na wykonanie systemu zagwarantować sobie przeniesienie majątkowych praw autorskich do systemu, w takim zakresie, aby bez przeszkód ewentualne zamówienie na poprawki bądź rozbudowę systemu mógł powierzyć również innemu wykonawcy, wybranemu w procedurze konkurencyjnej. Nie zapewniając sobie takiej możliwości Beneficjent naruszył zasadę konkurencyjności i równego traktowania, której dochowanie co do zasady zawsze daje możliwość

wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szeregu wykonawców, mogących zaproponować dogodniejsze warunki realizacji aniżeli podmiot, który zdaniem Beneficjenta był jedynym, mogącym zrealizować zamówienie w ramach projektu pn. „Gmin@ na fali”.

Podsumowując w okolicznościach faktycznych sprawy, nie wystąpiły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) p.z.p. uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

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

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego tego, iż w uzasadnieniu skarżonej decyzji IZ RPO WZ nie odniosła się do art. 5 ust. 1 p.z.p., który Beneficjent w piśmie z dnia 04 lipca 2013 r. powołał jako podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z ww. przepisem w przypadku zamówień, o których mowa w art. 5 ust. 1 (zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym określone w załączniku nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym oraz załączniku nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym), zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1 (a więc z pominięciem przesłanek wyboru tych trybów), w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Zatem powyższy przepis wskazuje na dodatkową możliwość udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki poza przesłankami ustawowymi określonymi w art. 67 ust. 1 p.z.p., uzależniając powyższe od charakteru usług (usługi niepriorytetowe) oraz od szczególnych sytuacji, które zostały określone w tym przepisie jako negatywne skutki zastosowania innego trybu udzielenia zamówienia niż zamówienie z wolnej ręki. Analizując powyższe przesłanki wskazać należy, iż uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki należy uznać za wystarczające wówczas, gdy Zamawiający uprawdopodobni, że zastosowanie trybu gwarantującego zachowanie konkurencji tworzy możliwość powstania skutków niekorzystnych, jest niecelowe, trudne czy jest wręcz niemożliwe do przeprowadzenia. Sformułowanie ustawy „mogłoby” pozwala na rezygnację z innych niż tryb zamówienia z wolnej ręki trybów, gdy Zamawiający wykaże podstawy do przypuszczeń, że konsekwencją ich zastosowania byłyby okoliczności wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1-4 p.z.p. Ponadto, niezbędne jest wykazanie nie tylko celowości odstąpienia od trybów podstawowych, ale również niemożności ich zastosowania. Negatywne skutki wskazane przez ustawodawcę w art. 5 ust. 1a p.z.p. odnoszą się do sytuacji związanych z okolicznościami wiążącymi się z zasadami gospodarności, finansów publicznych i interesem gospodarczym, czy też publicznym. Nakładają one nacisk na celowość, oszczędność i efektywność wydatków, ich terminowość, czy też terminowość realizacji zadań i ewentualnych strat, co do mienia publicznego (Uchwała KIO z dnia 13 maja 2011 r. sygn. akt: KIO/KD 37/11). Zamawiający w swoich wyjaśnieniach wskazuje przepis art. 5 ust. 1a ustawy jako podstawę wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający nie wykazał jednak, że zastosowanie innego trybu niż zamówienie z wolnej ręki, spowodowałoby wystąpienie okoliczności wskazanych w ww. przepisie. Wskazać należy, iż niezwykle istotna jest odpowiednia argumentacja uzasadniająca zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1a p.z.p. Każdorazowo uzasadnienie takie powinno być prawdziwe i obiektywne, a przywołana argumentacja poparta konkretnymi faktami oraz dowodami. Niedopuszczalna bowiem jest sytuacja, gdy argumentacja mająca na celu uzasadnienie zastosowania tego wyjątkowego trybu udzielania zamówienia publicznego ogranicza się jedynie do literalnego przywołania okoliczności i przesłanek

wymienionych wprost w treści przepisu art. 5 ust. 1a pkt 1–4 p.z.p. Takie uzasadnienie nie stanowi dostatecznej podstawy do stwierdzenia, że zostały spełnione ustawowe przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania rozwiązań opisanych w przepisie art. 5 ust. 1a p.z.p. A z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający de facto ograniczył się do przepisana treści omawianego przepisu nie uprawdopodobniając dostatecznie wystąpienie przedmiotowych okoliczności. Beneficjent argumentował przyjęcie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki tym, iż był on jedynym możliwym rozwiązaniem, aby zamówienie doszło do skutku w określonym terminie realizacji projektu. W ten sposób w opinii Beneficjenta nie została naruszona zasada celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków (zakup oprogramowania z zakupem praw do kodów źródłowych przekroczyłoby, zdaniem Beneficjenta wielokrotnie przewidzianą wartość zamówienia) bez naruszenia zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań i nie ponosząc tym samym strat w mieniu publicznym (zdaniem Beneficjenta wymiana systemów na nowe, a tym samym przeszkolenie użytkowników wymagałoby podwojenia wydatków i wydłużenia terminu realizacji projektu, który przekroczyłby termin realizacji projektu oraz nie pozwoliłby osiągnąć zamierzonego celu). Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż Skarżąca nie uprawdopodobniła zaistnienia ww. przesłanek. Przywołana argumentacja nie została poparta konkretnymi faktami oraz dowodami. Tym samym należy stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie nie znajdzie zastosowania art. 5 ust. 1a p.z.p.

Nadto warto wspomnieć, iż fakt zawarcia przytoczonych przez Beneficjenta zapisów w studium wykonalności stanowiącego załącznik do wniosku o dofinansowanie projektu nr WND-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 nie stanowi podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Albowiem jak już wyczerpująco wskazano muszą zaistnieć przesłanki enumeratywnie wymienione w art. 67 ust. 1 p.z.p. (czy też te przesłanki, o których mowa w art. 5 ust. 1a p.z.p.).

Odnosząc się do następnego zarzutu Beneficjenta, iż przy składaniu wyjaśnień do wniosku o płatność nr WNP-RPZP.03.02.00-32-001/10-03/KO1 w piśmie nr INF.3044.07.2012.K z dnia 01 czerwca 2010 r., uszczegółowił na jakiej podstawie dokonano zamówień z wolnej ręki i ww. wyjaśnienia zostały przez IZ RPO WZ przyjęte pismem nr WWRPO.V.4331.(03.02.00/2010/001). 2012.DR.05. podkreślić należy, iż IZ RPO WZ przytoczonym pismem poinformowała jedynie Beneficjenta, iż w wyniku pozytywnej weryfikacji formalnej i merytoryczno-finansowej wniosku o płatność została zatwierdzona wnioskowana kwota do wypłaty. Niemniej jednak Beneficjent został poinformowany, iż kwalifikowalność oraz poprawność poniesienia wydatków ujętych w przedmiotowym wniosku o płatność zostanie poddana ostatecznej weryfikacji w czasie kontroli przeprowadzonej na miejscu realizacji projektu po zatwierdzeniu wniosku o płatność końcową. Wskazać należy, iż nawet w sytuacji, gdy instytucja przyznająca środki pozytywnie oceniła wniosek o dofinansowanie, to jeśli na dalszym etapie jego realizacji ustaliła, że część lub całość wydatków nie spełnia wymogów dotyczących wydatkowania środków zgodnie z procedurami, pierwotna ocena projektu nie jest dla Beneficjenta argumentem przemawiającym za poprawnością wydatkowania środków. Wskazać należy, iż kwalifikowalność poniesionych wydatków oceniana jest zarówno w trakcie realizacji projektu jak i po jego zakończeniu. W przedmiotowej sprawie nieprawidłowości w stosowaniu p.z.p. stwierdzono dopiero po złożeniu wniosku o płatność końcową, na etapie czynności kontrolnych, ustalając za wskazane naruszenia korektę finansową.

Z przyczyn szczegółowo opisanych w niniejszej decyzji wskazać należy, iż Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006, przez które rozumieć należy jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Szkada w budżecie UE określona została na dwa sposoby: jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi oraz szkoda potencjalna, na którą składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Zgodnie z powyższym do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Zarówno Komisja Europejska, jak i TSUE przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego, którego poszczególne regulacje zostały przytoczone powyżej na etapie opisu nieprawidłowości jakiej dopuścił się Beneficjent. W przedmiotowej sprawie Beneficjent wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ z naruszeniem procedur, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty.

Reasumując, IZ RPO WZ stwierdziła naruszenia przepisów p.z.p. w pięciu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z Wytocznych MIR zarazem wynika, iż ustalenie wysokości

korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. Do jej zastosowania konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez Beneficjenta lub grożącej na skutek zachowania Beneficjenta. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, za niekwalifikowalną część wydatku przyjmuje się kwotę odpowiednią do wagi naruszenia. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia jak już wspomniano wcześniej, w przedmiotowej sprawie, gdzie stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) p.z.p. w pięciu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, iż stosowanie Taryfikatora do obliczania korekt finansowych jest działaniem korzystniejszym dla Beneficjenta (opinię tę podziela także MIR), bowiem w przypadku, gdyby nie zastosowano metody wskaźnikowej, wszystkie wydatki związane z dokonaniem naruszeniem podlegałyby zwrotowi w pełnej wysokości.

Po całościowej analizie materiału zgromadzonego w sprawie, z uwagi na wagę i charakter szczegółowo opisanych naruszeń, których dopuścił się Beneficjent podczas stosowania p.z.p., IZ RPO WZ do wyliczenia wysokości korekty przyjęła maksymalne wskaźniki procentowe, bowiem Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisów prawa, które mogło spowodować szkodę finansową w budżecie UE. Poprzez swoje działanie Beneficjent ograniczył równy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewniając równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczając konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniu większej ilości oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia w tym niższą cenę. Tym samym IZ RPO WZ nie widzi podstaw do obniżenia wskaźnika w ramach przedmiotowych postępowań.

IZ RPO WZ ustalając wysokość kwoty wymaganej do zwrotu wzięła pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym przede wszystkim naruszone przez Beneficjenta przepisy prawa a ponadto zapisów umowy o dofinansowanie. IZ RPO WZ stwierdziła wykorzystanie przez Beneficjenta środków z naruszeniem procedur i w oparciu o art. 207 ust. 8 u.f.p. wezwała go do zwrotu części przekazanego dofinansowania. Ustalając kwotę do zwrotu, IZ RPO WZ kierowała się przede wszystkim rodzajem i wagą dokonanych naruszeń oraz konsekwencjami z nich wynikającymi.

Stosując zapisy Taryfikatora zastosowano korektę finansową odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- 1) postępowania pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” (naruszenie art. 67 ust. 1 p.z.p.) wobec umowy nr INF.3044.11.2011.K z dnia 18.11.2011 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (kwotę korekty finansowej, tj. 72 937,50 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (75%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. 389 000,00 zł),
- 2) postępowania pn. „Zamówienie systemu Elektroniczny System Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” (naruszenie art. 67 ust. 1 p.z.p.) wobec umowy nr INF.3044.10.2011.K z dnia 18.11.2011 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (kwotę korekty finansowej, tj. 46 875,00 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (75%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. 250 000,00 zł),
- 3) postępowania pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” (naruszenie art. 67 ust. 1 p.z.p.) wobec umowy nr INF.3044.07.2011.K z dnia 18.11.2011 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (kwotę korekty finansowej, tj. 47 812,50 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (75%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. 255 000,00 zł),
- 4) postępowania pn. „Szkolenie z obsługi Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” (naruszenie art. 67 ust. 1 p.z.p.) wobec umowy nr INF.3044.04.2012.K z dnia 10.04.2012 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik

na poziomie 25% (kwotę korekty finansowej, tj. 18 187,50 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (75%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. 97 000,00 zł),

- 5) postępowania pn. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg realizowanych w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” (naruszenie art. 67 ust. 1 p.z.p.) wobec umowy nr INF.3044.06.2011.K z dnia 14.09.2011 r. nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (kwotę korekty finansowej, tj. 17 062,50 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (75%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. 91 000,00 zł).

Wobec ww. ustaleń, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, została przez IZ RPO WZ ustalona w kwocie 202 875,00 zł. Powyższa kwota zawiera dotychczas wypłaconą Beneficjentowi należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 184 687,50 zł (którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwotę, o którą zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. 18 187,50 zł.

Kwota 18 187,50 zł dotyczy korekty finansowej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków Beneficjentowi określa umowa o dofinansowanie, według której jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o kwoty ustalonej korekty. Podsumowując decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 184 687,50 zł wraz z odsetkami.

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

Kierując się powyższym oraz mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie, wyjaśnienia Beneficjenta, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję z dnia 16 kwietnia 2014 r. nr WWRPO/18/W/2014 orzekającą zwrot od Beneficjenta części środków, które otrzymał na podstawie umowy nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. na realizację projektu pn. „Gmin@ na fali”.

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

MARSZAŁEK WOJEWÓDZTWA

Olgięrd Geblewicz

Otrzymują:

1. Gmina Miasto Kołobrzeg
ul. Ratuszowa 13
78-100 Kołobrzeg
2. a/a

INSPEKTOR
w Wydziale Wdrażania
Regionalnego Programu Operacyjnego
Dystrykt
Kamila Szymańska

INSPEKTOR
w Wydziale Wdrażania
Regionalnego Programu Operacyjnego
Aurelia Ławicka

ZASTĘPCA DYREKTORA
Wydziału Wdrażania
Regionalnego Programu Operacyjnego
Agnieszka Gębicka