

Załącznik do uchwały nr 952/20
Zarządu Województwa
z dnia 15 lipca 2020 r.

J.G.
M.G.
wspólnicy spółki cywilnej
P. O. M. „G.” Sp. c. J.G. M.G.
ul. M.
(...) Z.

WWRPO.VIII.3162.54.2019.AK

DECYZJA
Nr WWRPO/2014-2020/14/W/2020

podjęta w dniu 15 lipca 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Stanisław Wziątek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,

Na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 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 t. j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t. j.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 512 t. j.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – J.G. i M.G. wspólników spółki cywilnej P. O. M. „G.” Sp. c. J.G. M.G. z siedzibą w Z. przy ul. M., części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-B143/17-00 zawartej w dniu 25 lipca 2018 r. na realizację projektu pn. „Inwestycje w odnawialne źródła energii przez P. O. M. „G.” SP. C. J.G. M.G.” w łącznej kwocie 20 750,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy siedemset r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej, na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem

Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 70 1020 4795 0000 9002 0300 8372, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu częściowy zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

W dniu 25 lipca 2018 r. J.G. i M.G. wspólnicy spółki cywilnej P. O. M. „G.” Sp. c. J.G. M.G. z siedzibą w Z. przy ul. M.(zwani dalej Beneficjentem lub Stroną) – zawarli z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwaną dalej IZ RPO WZ) umowę o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-B143/17-00 (zwaną dalej Umową) na realizację projektu pn. „Inwestycje w odnawialne źródła energii przez P. O. M. „G.” SP. C. J.G., M.G.” Oś Priorytetowa II „Gospodarka niskoemisyjna” Działanie 2.10 „Zwiększenie wykorzystania źródeł odnawialnych” (zwanym dalej Projektem). Pomiędzy Stroną, a IZ RPO WZ zawarto dodatkowo aneks do Umowy nr RPZP.02.10.00-32-B143/17-01 z dnia 25 lipca 2018 r.

Umowa określa szczegółowe zasady dofinansowania Projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z nimi związane. Zgodnie z jej zapisami IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych przez Beneficjenta na realizację Projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ wniosku o płatność. Natomiast Beneficjent na mocy § 4 ust. 3 umowy o dofinansowanie zobowiązał się do realizacji projektu na podstawie wniosku o dofinansowanie, zgodnie z właściwymi przepisami prawa m.in. unijnego oraz polskiego, z zachowaniem zasad o których mowa w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 z dnia 19 września 2016 r. (dalej: Wytyczne), jak też z uwzględnieniem postanowień regulaminu naboru, na podstawie którego projekt został wybrany do dofinansowania. W szczególności zobowiązał się do:

- 1) osiągnięcia wskaźników produktu oraz rezultatu określonych we wniosku o dofinansowanie,
- 2) realizacji Projektu w oparciu o harmonogram, stanowiący element wniosku o dofinansowanie,
- 3) zapewnienia realizacji Projektu przez personel projektu posiadający kwalifikacje określone we wniosku o dofinansowanie,
- 4) zachowania trwałości Projektu oraz jego rezultatów.

Na podstawie § 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie, środki przekazane na realizację projektu mogą być przeznaczone na sfinansowanie wydatków poniesionych w ramach Projektu przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, o ile wydatki zostaną uznane za kwalifikowalne zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym wytycznymi horyzontalnymi wydanymi przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju (obecnie Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej) w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskich Funduszy Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszy Spójności na lata 2014 – 2020, oraz będą dotyczyć okresu realizacji projektu. W tym miejscu wskazać należy, iż do niniejszej sprawy zastosowanie znajdą zatem Wytyczne, bowiem Beneficjent sfinansował wydatki na realizację Projektu przed podpisaniem Umowy.

Ponadto w oparciu o § 17 Umowy Beneficjent był zobowiązany do stosowania procedur określonych w Zasadach w zakresie udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014-2020 (dalej: Zasady), stanowiących załącznik nr 10 do umowy o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A048/16-00. Jednocześnie wskazać należy, że Beneficjent na podstawie art. 3 nie był zobowiązany do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 1843 t.j. ze zm., dalej: pzp) – wykluczenie podmiotowe.

Na mocy zapisów art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 16 umowy o dofinansowanie, w okresie od 25 marca 2019 r. do 15 maja 2019 r. w siedzibie organu przeprowadzono kontrolę doraźną. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36

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 z dnia 20 grudnia 2013 r. ze zm., dalej: rozporządzenie nr 1303/2013).

I tak w toku czynności kontrolnych zespół kontrolujący dokonał weryfikacji prawidłowości przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa i montaż elektrowni fotowoltaicznej o mocy 39,79 kW oraz pompy ciepła do CWU o mocy 2,2 kW” (zwane dalej Zamówieniem). IZ RPO WZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia ostatecznie stwierdziła wskazane poniżej naruszenia:

1. ustalenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu Zamówienia, poprzez wymaganie przez Beneficjenta od oferenta, aby w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył budowę pięciu instalacji fotowoltaicznej/-ych o mocy/-ach łącznych minimum 175 kW – pojedyncza instalacja nie mniejsza niż 35 kW, za co została nałożona korekta finansowa w wysokości 25% (poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 t.j), zwanym dalej Taryfikatorem);
2. wybór oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bowiem z przedstawionych referencji przez wykonawcę – E. Sp. z o.o. nie można określić czy spełniał postawione warunki w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie doświadczenia. Za przedmiotowe naruszenie została nałożona korekta finansowa w wysokości 25% (poz. 24 Taryfikatora);
3. brak możliwości weryfikacji, czy oferty wpłynęły w wyznaczonym przez Beneficjenta terminie, bowiem nie potwierdził on na ofercie daty i godziny jej wpływu. Za przedmiotowe naruszenie w zakresie braku zapewnienia właściwej ścieżki audytu została nałożona korekta finansowa w wysokości 5% (poz. 26 Taryfikatora).

Mając na uwadze powyższe należy wyjaśnić, iż zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 t.j., zwanym dalej Rozporządzeniem), w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu, a do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości. Tym samym w ramach przedmiotowego zamówienia za naruszenia wskazane w pkt 1 – 3 została nałożona łączna korekta finansowa w wysokości 25%.

Powyższe ustalenia IZ RPO WZ zostały przedstawione w protokole kontrolnym z dnia 16 maja 2019 r. Beneficjent pismem, które wpłynęło do IZ RPO WZ w dniu 6 czerwca 2019 r., złożył swoje zastrzeżenia do ustaleń pokontrolnych. W przedmiotowym piśmie Beneficjent wskazał, iż oznaczył warunek w przypadku planowanej instalacji o mocy 39kW polegający na wykazaniu posiadanego doświadczenia w budowie instalacji 35 kW, co nie jest warunkiem nadmiernym. Spółka wskazała, że wymóg wykazania doświadczenia w budowie 5 takich instalacji był spowodowany tym, że branża OZE rozwija się na tyle mocno, że z roku na rok powstają nowe technologie i rozwiązania techniczne. Zdaniem Beneficjenta wykonawca, który wykonał więcej takich instalacji jest bardziej wiarygodny, niż wykonawca okazjonalny, który wykonał tylko jedną instalację. Co do drugiego ze stwierdzonych naruszeń przez IZ RPO WZ Beneficjent wskazał, że jako załącznik do oferty wykonawca przedstawił wykaz prac wymienionych w referencjach. Ponadto, w referencji na instalację o mocy 4,4 MWp jest informacja, że E. Sp. z o.o. była współwykonawcą, tj. podmiotem, który wspólnie realizował inwestycję, a więc odpowiadał za całość jej realizacji. Dodatkowo w referencji na instalację o mocy

4.2. MWp pomimo, że E. Sp. z o.o. wskazana jest jako podwykonawca, to określony jest zakres prac oraz to, że inwestycje zakończono sukcesem. Kolejno w odniesieniu do trzeciego naruszenia stwierdzonego przez IZ RPO WZ wskazał, iż nie jest zobligowany przez prawo krajowe, Wytyczne lub dokumenty wewnętrzne do prowadzenia dziennika korespondencji. Beneficjent wskazał, że oferty wpłynęły do firmy w formie papierowej, a daty wpływu ofert nie zostały naniesione przez niego w formie adnotacji na ofercie, ale zostały potwierdzone w protokole z wyboru. Zdaniem Spółki jest to tożsame z jednostronnym oświadczeniem woli i dostatecznym potwierdzeniem dat wpływu.

Następnie pismem z dnia 19 czerwca 2019 r., IZ RPO WZ odnosząc się do wszystkich zastrzeżeń Spółki, poinformowała ją o braku podstaw do zmiany swojego stanowiska w odniesieniu do naruszeń wskazanych w pkt 1–3.

Pismem z dnia 01 października 2019 r. (odebrany w dniu 04 października 2019 r.) IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu w terminie 14 dni od doręczenia wezwania, środków w wysokości 20 750,00 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t. j. ze zm., dalej: ufp), w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej, 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.

W związku z tym, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu w wyznaczonym terminie, z dniem 23 października 2019 r. wobec Spółki wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach Umowy. Jednocześnie Strona została poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń w sprawie.

Mając na względzie trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego, postanowieniami z dnia 21 listopada 2019 r., 19 grudnia 2020 r., 22 stycznia 2020 r., 21 lutego 2020 r. i 16 marca 2020 r. przedłużono toczące się postępowanie administracyjne łącznie do dnia 24 kwietnia 2020 r.

W związku z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 491) pismem z dnia 23 kwietnia 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta, iż wobec wejścia w życie ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID–19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694, zwana dalej Ustawą COVID–19), na mocy art. 19 terminy określone w art. 35 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 t.j. ze zm., zwana dalej kpa) na załatwienie sprawy ulegają przedłużeniu o 3 miesiące. W przedmiotowym piśmie pouczono Stronę, iż w oparciu o art. 20 ust. 1 – 2 ustawą COVID–19, w przypadku, o którym mowa w art. 19 ww. ustawy, istnieje możliwość zawieszenia postępowania na uzasadniony wniosek Strony, jednak nie dłużej niż na 180 dni, przy czym za okres od dnia wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania do dnia doręczenia postanowienia o podjęciu zawieszono postępowania nie nalicza się odsetek. Jednocześnie poinformowano Stronę, iż zgodnie z art. 15 zys ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID–19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm., zwanej dalej Specustawą) w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID–19 bieg terminów procesowych w postępowaniach administracyjnych nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu na ten okres. Natomiast na podstawie art. 15 pkt. 1 zzzzzn Specustawy w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, w szczególności, gdy urząd administracji obsługujący organ administracji publicznej wykonuje zadania w sposób wyłączający bezpośrednią obsługę interesantów, organ administracji publicznej może odstąpić od zasady określonej w art. 10 § 1 kpa (zasada czynnego udziału strony).

W odpowiedzi na powyższe Beneficjent pismem z dnia 05 maja 2020 r. wyraził wolę czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym, ponadto wniósł o przesłanie przed wydaniem decyzji w drodze mailowej kompletnej dokumentacji stanowiącej podstawę wydanego rozstrzygnięcia w celu realizacji zasady określonej w art. 10 kpa.

Kolejno pismem z dnia 03 czerwca 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała o zamiarze zakończenia postępowania administracyjnego, a także przekazała Stronie odpowiedź na ww. pismo oraz informację

w związku ze zmianą Specustawy. Wskazano, iż wobec wejścia w życie ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. z 2020 poz.875, dalej: ustawa zmieniająca) art. 15zszs Specustawy, został uchylony. Jednocześnie wskazano, iż zgodnie z art. 68 ust. 6 i 7 ustawy zmieniającej terminy w postępowaniach, o których mowa w art. 15zszs ustawy zmienianej w art. 46, których bieg nie rozpoczął się lub uległ zawieszeniu na podstawie art. 15zszs tej ustawy, rozpoczynają bieg lub biegną dalej po upływie 7 dni od dnia wejścia w życie ww. ustawy. Natomiast odnośnie pisma Strony z dnia 05 maja 2020 r. wskazano jakie dokumenty w szczególności będą stanowić podstawę wydania decyzji, a także wymieniono pisma, które znajdują się w aktach administracyjnych od wszczęcia postępowania administracyjnego, które były Beneficjentowi przekazywane już w toku prowadzonego postępowania administracyjnego. Wobec powyższego IZ RPO WZ zwróciła się z prośbą do Beneficjenta, o wskazanie dokumentów, które organ ma przesłać drogą elektroniczną w terminie 7 dni od daty otrzymania przedmiotowego pisma.

IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie, w tym Umowy wraz z aneksami, dokumentacji z kontroli przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, a także stanowiska Beneficjenta w niniejszej sprawie, co pozwoliło na zajęcie stanowiska jak poniżej.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowanych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Obowiązkiem IZ RPO WZ jest zatem nie tylko ustalanie zasad konkursu, zawieranie umów z beneficjentami czy zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, ale również czuwanie nad przebiegiem realizacji projektu i weryfikowanie czy w całym okresie realizacji projekt, na który przekazano środki publiczne, realizowany jest zgodnie z prawem oraz zasadami określonymi przez IZ RPO WZ dla danego konkursu. Stwierdzenie wykorzystania środków publicznych z naruszeniem procedur w tym w szczególności Zasad i Wytycznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. Należy wskazać, iż do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi, jak wynika z art. 9 ust. 2 ustawy wdrożeniowej, nie tylko dokonywanie płatności na rzecz beneficjentów (pkt 4), ale i również prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów (pkt 7) oraz nakładanie korekt finansowych (pkt 8), jak też odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, w tym m.in. wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań (pkt 9 lit. a).

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie podjęła czynności mające na celu odzyskanie środków finansowych. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 1 ufp, 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 ostatecznej decyzji o zwrocie na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Dodatkowo na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku gdy beneficjent nie zwrócił środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia upływu terminu, o którym mowa w art. 207 ust.1 ufp zostaje on wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, z zastrzeżeniem art. 207 ust. 7 ufp.

Beneficjent wykorzystał środki publiczne przekazane mu na podstawie Umowy z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ, do których stosowania był zobowiązany podpisując w dniu 25 lipca 2018 r. Umowę. Poprzez naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, należy rozumieć przede wszystkim procedury wskazane w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze

środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. W niniejszym przypadku naruszonymi procedurami są przede wszystkim te wynikające z Zasad i Wytucznych.

Z uwagi na powyższe, przywołać należy w tym miejscu wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 15.01.2020 r. (sygn. akt I SA/Sz 810/19), zgodnie z którym umowa o dofinansowanie stanowi podstawę dofinansowania projektu, ponieważ określa warunki, na jakich przyznawane są środki, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Umowa jest zatem elementem projektu, co oznacza, że realizacja jej postanowień w sposób niewłaściwy lub sprzeczny z ich treścią powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o których mowa w ufp. Kolejno, w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 12.03.2018 r. (sygn. akt IV SA/GI 815/17) wskazano, iż w świetle art. 184 ust. 1 ufp 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. 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 zawartymi w umowie o dofinansowanie. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych, jak i przepisów unijnych. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą sądów administracyjnych, pojęcie innych procedur obowiązujących przy wykorzystaniu obejmuje nie tylko procedury uregulowane w przepisach powszechnie obowiązujących, lecz też normy określone w ramach systemu realizacji programu. Podpisana przez Beneficjenta umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu mieszczą się umowy zawierane przez Beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Ponadto pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są także postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ. Tym samym Beneficjent podpisując Umowę zobowiązał się do ich przestrzegania i postępowania zgodnie z ich literą. W tym miejscu nadmienić należy ponadto, iż zasady konkursu określone w regulaminie są jednakowe dla wszystkich i nie mogą być zmieniane dla potrzeb poszczególnych beneficjentów, a każdy przystępując do konkursu godzi się na te zasady (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 01 grudnia 2016 r., sygn. akt I SA/Sz 319/16). Co więcej zaznaczyć należy, iż przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację obowiązujących Zasad oraz innych norm wynikających z dokumentacji konkursowej oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest bowiem obowiązkiem a podmioty, w opinii których uregulowania wynikające z przywołanych dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne nie muszą składać wniosków aplikacyjnych czy podpisywać umowy o dofinansowanie. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu 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 winno być przeprowadzone w sposób celowy i oszczędny. Dlatego też niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 12 Umowy. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ

RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Wskazania wymaga, iż Zasady, do stosowania których Beneficjent zobowiązał się podpisując Umowę (§ 17 ust. 3 Umowy), stanowią zbiór informacji niezbędnych do prawidłowego udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ m.in. przez podmioty niezobowiązane do stosowania pzp oraz wskazują na sposób przeprowadzenia i dokumentowania procedury związanej z udzieleniem zamówienia. Zgodnie z Zasadami udzielenie zamówienia w ramach projektu następuje z zgodnie z zasadą konkurencyjności w przypadku:

1. Beneficjenta niebędącego podmiotem zobowiązanym zgodnie z art. 3 pzp do jej stosowania, w przypadku zamówień począwszy od wartości 20 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) (np. przedsiębiorcy);
2. Beneficjenta, o którym mowa w pkt 1):
 - a) w przypadku zamówień o wartości niższej od kwoty określonej w art. 4 pkt 8 pzp, a jednocześnie równej lub przekraczającej 20 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT), lub
 - b) w przypadku zamówień sektorowych o wartości niższej od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, a jednocześnie równej lub przekraczającej 20 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT).

Z uwagi na fakt, iż wartość Zamówienia wynosi 254 389,40 zł netto, a także w związku z wyłączeniem podmiotowym, o którym mowa w pkt. 1, Beneficjent zobowiązany był do jego udzielania, zgodnie z Rozdziałem 3.2.2. Zasad, tj. Zasadą konkurencyjności dla zamówień powyższej 50 tys. zł.

Kolejno wskazać należy, że zgodnie z Rozdziałem 2.1 pkt 7 Zasad, do najważniejszych zasad wydatkowania środków publicznych należą:

- a) zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, która służy temu aby zarówno na etapie przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Zasada ta zobowiązuje również do czuwania nad tym, aby wykonawcy postępowali wobec siebie uczciwie, zgodnie z zasadami obrotu gospodarczego i obowiązującym porządkiem prawnym;
- b) zasada jawności i przejrzystości gwarantująca, że postępowanie o udzielenie zamówienia zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Celem tej zasady jest również zapewnienie wszystkim zainteresowanym zapoznania się z informacją o zamówieniu, jak i zagwarantowanie, że osoby występujące po stronie zamawiającego są bezstronne i obiektywne w czasie przygotowania i prowadzenia postępowania;
- c) zasada celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, która zapewnić ma uzyskanie jak najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku.

Beneficjent w dniu 4 grudnia 2017 r. opublikował na swojej stronie internetowej zapytanie ofertowe nr 1/PV/2017 (zwane dalej: Zapytaniem ofertowym) i przesłał je do trzech potencjalnych wykonawców. Zgodnie z punktem II „Opis przedmiotu zamówienia” Zapytania ofertowego przedmiotem Zamówienia było dostawa i montaż, elektrowni fotowoltaicznej o mocy 39,78 kW oraz pompy ciepła do CWU o mocy 2,2 kW. Do postępowania o udzielenie Zamówienia zgłosiło się trzech wykonawców, z czego dwóch zostało wykluczonych ze względu na brak spełnienia warunku z pkt. VII „Wiedza i doświadczenie” Zapytania ofertowego, tj. brak przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienia kryterium doświadczenia. W wyniku powyższego wybrano ofertę złożoną przez E. Sp. z o.o. (zwana dalej: Wykonawcą), które jako jedyne, zdaniem Beneficjenta spełniało postawione wymogi w postępowaniu o udzielenie Zamówienia. W dniu 29 grudnia 2017 r. pomiędzy Beneficjentem, a Wykonawcą została zawarta umowa nr R56/29/12/2017/MK.

Przechodząc do omówienia pierwszego ze stwierdzonych naruszeń przez IZ RPO WZ należy

wskazać, że w pkt. VII „Wiedza i doświadczenie”, Beneficjent wymagał od potencjalnych wykonawców, aby w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli budowę pięciu instalacji fotowoltaicznej/–ych o mocy/–ach łącznych minimum 175 kW – pojedyncza instalacja nie mniejsza niż 35 kW. Należy podkreślić, że zgodnie z pkt II „Opis przedmiotu zamówienia” Zapytania ofertowego przedmiotem Zamówienia była dostawa i montaż elektrowni fotowoltaicznej o mocy 39,78 kW oraz pompy ciepła do CWU o mocy 2.2 kW.

Zgodnie z zapisami Wytycznych warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, o którym mowa w 6.5.2 Wytycznych, pkt. 8 lit. a), określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Powyższe zostało również wskazane w rozdziale 2.5. pkt. 3 obowiązujących Beneficjenta Zasad.

Generalnie Beneficjent, jako Zamawiający ma prawo stawiać warunki udziału w postępowaniu, które mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia, jednakże warunki udziału w postępowaniu nie powinny być wygórowane, co potwierdza orzecznictwo sądów: „Zamawiający określając opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, umożliwiając udział w postępowaniu każdemu wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia” (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 r. sygn. akt X Ga 509/11). Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być określane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz powinny umożliwiać ocenę zdolności podmiotu do realizacji zamówienia, przy czym nie mogą one zawężyć konkurencji poprzez ustanowienie wymagań przewyższających potrzeby niezbędne do osiągnięcia celów projektu i prowadzących do dyskryminacji wykonawców. Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający musi mieć pewność, że nie doprowadzi do nieuzasadnionego wyeliminowania wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia. Nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Określenie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyrażenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do zamówienia. Formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego doświadczenie, personel, zasoby techniczne, finansowe itd. oraz powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwej realizacji umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność przejawiać się powinna przy tym w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia. Wobec powyższego Beneficjent powinien przede wszystkim ocenić, czy przyjęty poziom postawionych warunków nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do zrealizowania zamówienia.

Spółka wymagając od wykonawców ukończenia budowy pięciu instalacji fotowoltaicznej/–ych o mocy/–ach łącznych minimum 175 kW – pojedyncza instalacja nie mniejsza niż 35 kW zawężyła krąg potencjalnych wykonawców. Postawienie w ten sposób warunku w postępowaniu ofertowym dyskryminuje udział w postępowaniu podmiotów, które mają potencjał w przedmiocie Zamówienia, bowiem wykonały np. trzy instalacje o mocy 35kW i kilka mniejszych, co powoduje, że byłyby zdolne do wykonania przedmiotowego Zamówienia. Już wymóg wykazania się 2 – 3 robotami o określonych parametrach pozwala stwierdzić, że dany wykonawca jest doświadczonym i zdolnym do poprawnego wykonania zamówienia. Należy mieć na uwadze, że postawione warunki w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być skuteczne dla osiągnięcia założonych celów, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane lub dolegliwe w

stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego przez zamawiającego celu. Jednocześnie zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie Zamówienia, oferty złożyły trzy podmioty, z czego przedsiębiorstwa: B. M.B. i P.-L. G.K. zostały wykluczone z uwagi na brak posiadania odpowiedniego doświadczenia, co również świadczy, o tym że warunek ten był nadmierny.

Wobec powyższego uznać należy, że przy takim przedmiocie zamówienia postawienie takiego wymogu w zakresie doświadczenia jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Za przedmiotowe naruszenie, IZ RPO WZ nałożyła korektę finansową w oparciu o wskaźnik w wysokości 25% (tabela Taryfikatora poz. 12).

Kolejno, jak już wcześniej wskazano w Zapytaniu ofertowym Beneficjent w pkt. VII Wiedza i doświadczenie, wymagał od potencjalnych wykonawców, aby w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył budowę pięciu instalacji fotowoltaicznej/-ych o mocy/-ach łącznych minimum 175 kW – pojedyncza instalacja nie mniejsza niż 35 kW. Wykaz prac, które były prowadzone w okresie 3 lat od terminu, w którym upływa składanie ofert, potencjalni wykonawcy mieli przedstawić w Załączniku nr 3 Zapytania ofertowego – Wykaz przeprowadzonych prac. Do oferty zgodnie z zapisami w Zapytaniu ofertowym w punkcie X Lista dokumentów/oświadczeń wymaganych od wykonawcy, należało załączyć inne dokumenty potwierdzające kwalifikowalność oraz oświadczenia złożone przez potencjalnych wykonawców postępowania.

W odpowiedzi na tak sformułowane Zapytanie ofertowe, ofertę złożyła m. in. E. Sp. z o.o. – późniejszy wykonawca, która przedłożyła referencje wystawioną przez firmę:

1. S. A.Ł. – wykonanie instalacji fotowoltaicznej o mocy 2,9 MWp,
2. A. A.Ł. – wykonanie instalacji fotowoltaicznej o mocy 4,4 MWp,
3. K. G. – wykonanie instalacji fotowoltaicznej o mocy 4,2. MWp.
4. Z. M. P. – wykonanie instalacji fotowoltaicznej o mocy 39,82 kWp,
5. S. A.Ł. – wykonanie instalacji fotowoltaicznej o mocy 1,3 MWp.

Z referencji przedstawionych przez E. Sp. z o.o. wynika, iż instalacje wskazane w pkt 2 i 3 wykonała jako podwykonawca. Ponadto, z przedstawionych referencji nie wynika jaki zakres prac wykonała E. Sp. z o.o. w ramach inwestycji wskazanych w pkt 1 i 2. Organ pragnie zwrócić uwagę, iż wykonanie inwestycji jako podwykonawca nie jest tożsame z samodzielnym wykonaniem zadania. W związku z czym IZ RPO WZ nie jest w stanie zweryfikować, czy E. Sp. z o.o. wykonywała zamówienie w całości czy w części. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że E. Sp. z o.o. nie spełniała postawionych warunków w Zapytaniu ofertowym w pkt. VII Wiedza i doświadczenie.

Zgodnie z Rozdziałem 6.5.2 ust. 11 lit. b Wytycznych: w celu spełnienia zasady konkurencyjności należy wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny. Wybór oferty jest dokumentowany protokołem postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w ust. 17 (rozdział 6.5.2. Wytycznych). Postępowanie może zakończyć się wyborem kilku wykonawców, gdy zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.

W niniejszym Postępowaniu ofertowym Beneficjent udzielił Zamówienia podmiotowi, który nie spełniał postawionych warunków w postępowaniu, a co za tym idzie naruszył zasadę konkurencyjności. Wobec czego za przedmiotowe naruszenie w zakresie wyboru wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, nałożona korekta finansowa w wysokości 25% (poz. 24 Taryfikatora).

Odnosząc się do ostatniego ze stwierdzonych naruszeń przez IZ RPO WZ, tj. naruszenia w zakresie dokumentowania postępowania o udzielenie zamówienia poprzez brak właściwej ścieżki audytu wskazać należy, iż Beneficjent w niniejszym postępowaniu ofertowym nie potwierdził daty i godziny wpływu ofert. W dniu 27 marca 2019 r. IZ RPO WZ mailowo wezwała Beneficjenta o przesłanie potwierdzenia wpływu ofert w wyznaczonym terminie. Beneficjent nie przesłał w dokumencie potwierdzającego powyższe. Co prawda, ani Wytyczne ani Zasady nie nakazują prowadzenia przez Beneficjentów ewidencji korespondencji przychodzącej, jednakże zgodnie z Rozdziałem 2.2. pkt 1 Zasad Beneficjent zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w ramach projektu w sposób zapewniający w szczególności zachowanie uczciwej

konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Beneficjent zobowiązany jest do dokumentowania przeprowadzonej procedury w sposób umożliwiający weryfikację poszczególnych czynności.

Analizując Postępowanie ofertowe, IZ RPO WZ nie miała możliwości sprawdzenia, czy wykazane w Protokole z wyboru ofert nr 1/PV/2017 z dnia 24 grudnia 2017 r. (zwany dalej: Protokołem) oferty zostały złożone w terminie, tj. do dnia 22 grudnia 2017 r. do godziny 16:00. Z treści Protokołu wynika, że w dniu 19 grudnia 2017 r. ofertę złożyły dwa podmioty, w tym Wykonawca, a trzecia oferta została złożona w dniu 20 grudnia 2017 r. Jednocześnie wskazać należy, że Protokół nie może stanowić potwierdzenia wpływu ofert, co więcej został on sporządzony 5 dni po złożeniu pierwszej z ofert.

Powyższym działaniem Beneficjent naruszył zasadę jawności i przejrzystości (Rozdział 2.1 pkt 7 lit b), bowiem, uniemożliwił zarówno organowi jak i podmiotom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia – możliwość zapoznania się z istotnymi informacjami dotyczącymi postępowania ofertowego, wobec czego organ nie miał możliwości weryfikacji, czy oferty złożone przez potencjalnych wykonawców zostały złożone prawidłowo, tj. we właściwym terminie.

Podsumowując powyższe, za naruszenie w zakresie dokumentowania postępowania o udzielenie Zamówienia poprzez brak zapewnienia właściwej ścieżki audytu Taryfikator w pozycji 26 przewiduje korektę finansową w wysokości 25% z możliwością jej obniżenia do 10% lub 5%. Ze względu na charakter i wagę niniejszego naruszenia IZ RPO WZ na etapie kontroli obniżyła wysokość korekty finansowej do 5%.

Konkludując wszystko powyższe wskazać należy, iż konsekwencją stwierdzonych wyżej naruszeń zapisów ujętych w Wytocznych i Zasadach było doprowadzenie do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców i zmniejszenia konkurencji w postępowaniu ofertowym, co z kolei prowadziło do stworzenia sytuacji w której działania podjęte przez Beneficjenta mogły wyeliminować potencjalnych wykonawców Zamówienia mogących zrealizować jego przedmiot po cenie niższej od zaoferowanej przez wybrany podmiot. Beneficjent w przedmiotowej sprawie co prawda był zwolniony ze stosowania pzp, jednakże odnosząc się do pojęcia zapewnienia przy udzielaniu zamówień zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, IZ RPO WZ sięgnie do mogącego mieć istotne znaczenie, orzecznictwa wypracowanego na podstawie zasad określonych w art. 7 pzp. Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) w wyroku z dnia 28 sierpnia 2019 r. (sygn. akt I GSK 1264/18) wskazał, iż prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego, polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Ponadto NSA w wyroku z dnia 6 marca 2019 r. (sygn. akt. I GSK 1056/18) określił, iż poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. Zamawiający nie ma więc prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź zniechęcać potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego. Stąd obowiązkiem zamawiającego jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób. Ponadto do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 pzp nie jest konieczne, ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W sytuacji, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi, towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu, poprzez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim, w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, to jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (tak: NSA w wyroku z dnia 28 sierpnia 2019 r. sygn. akt I GSK 3157/18). Zgodnie natomiast z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z 19 maja 2016 r. (KIO/KD 34/16, LEX nr 2110662), KIO stwierdziła, iż „naruszenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić nie tylko bezpośrednio poprzez wskazanie konkretnego produktu lub wykonawcy, ale także przez takie dokonanie opisu, które umożliwia dostęp do zamówienia jednemu lub kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie

wykonać dane zamówienie. Przy czym może zdarzyć się tak, że przy braku możliwości składania ofert częściowych opis nawet jednego z wielu zamawianych produktów może spowodować niemożliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty – zgodnej ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Po dokonaniu szczegółowej analizy zebranej dokumentacji w tym okoliczności faktycznych występujących w przedmiotowej sprawie, a także złożonych wyjaśnień Beneficjenta, IZ RPO WZ stwierdza, iż Spółka poprzez swoje działanie nie zastosowała zapisów ujętych w Wytycznych i Zasadach.

Jednocześnie wskazania wymaga, iż Beneficjent przystępując do konkursu, a następnie podpisując Umowę zobowiązał się do stosowania odpowiednich zasad gospodarowania środkami publicznymi wynikającymi z przepisów ufp (§ 17 ust. 1 Umowy). Regulacja art. 44 ust. 3 ufp przewiduje kilka zasad obowiązujących przy dokonywaniu wydatków, które muszą być spełnione łącznie. Są to: celowość i oszczędność, efektywność, skuteczność i terminowość. Celowość oznacza, że poniesienie wydatku jest niezbędne do realizacji zadania publicznego. Oszczędność wiąże się z ograniczeniem wysokości wydatku do minimum niezbędnego, aby zrealizować zadanie na odpowiednim poziomie jakościowym. Uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów jest określane jako efektywność wydatków. Optymalny dobór metod i środków służących osiągnięciu założonych celów określa się skutecznością wydatków. Ponoszenie wydatków w określonych terminach określa się zasadą terminowości (tak: Zbigniew Ofiarski w komentarzu „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, wyd. WKP 2019). Na podstawie zapisów Umowy konieczność zachowania powyższych zasad, sprowadza się w szczególności do konieczności wypełnienia przez Beneficjenta obowiązku wybrania i udzielenia zamówienia w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Nieprzestrzeganie przez Beneficjenta reguł postępowania obowiązujących przy wykorzystywaniu środków pomocowych stanowi naruszenie art. 184 ufp poprzez naruszenie zapisów Umowy odnoszących się do Wytycznych oraz Zasad. Wzór Umowy jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Omawiany wzór 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 we wskazanej umowie cywilnoprawnej. Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, iż w związku z niezastosowaniem zapisów Wytycznych i Zasad oraz art. 44 ust. 3 ufp i art. 184 ufp, dopuścił się nieprawidłowości indywidualnej wymienionej w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Wskazać należy, iż do stwierdzenia przywołanej nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet UE poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Warunkiem nałożenia korekty finansowej i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości, ustaliła, iż Beneficjent swoim działaniem doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych mu w ramach RPO WZ 2014 – 2020 niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp oraz art. 184 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wskazanej normy prawnej, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatków który gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób prawidłowy, tj. nienaruszający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, byłyby niższe. Powyższe mogło doprowadzić do sytuacji, w której działania podjęte w trakcie udzielania zamówienia (w szczególności określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu Zamówienia) spowodowałyby wyeliminowanie potencjalnego wykonawcy zamówienia oferującego zrealizowanie jego przedmiotu po cenie niższej od

zaoferowanej przez wybrany podmiot. Niewykluczone, iż potencjalni oferenci złożą oferty korzystniejsze od tej ostatecznie wybranej. W tym miejscu stwierdzić należy ponadto, iż zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju ujętym w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ), a wypracowanym na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanym dalej TSUE) z dnia 14 lipca 2014 r. w sprawie C-406/14, właściwa miejscowo instytucja zarządzająca, wbrew dotychczasowej praktyce polegającej na uwidacznianiu negatywnych skutków finansowych (choćby potencjalnych) dla budżetu UE, winna obecnie wykazywać jedynie, że nie można wykluczyć, że naruszenie prawa miało wpływ na budżet, a ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych spoczywa na beneficjencie. Powyższa wykładnia nieprawidłowości znajduje swoje odzwierciedlenie również w wyroku TSUE z dnia 6 grudnia 2017 r. wydanym w sprawie C-408/16. Na marginesie wskazania wymaga, iż przywołane wyroki odnoszą się do definicji nieprawidłowości zawartej w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. U. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm.), który to akt normatywny obowiązywał w czasie trwania poprzedniej perspektywy finansowej, tj. na lata 2007 – 2013. Jednakże w Rozporządzeniu nr 1303/2013 pojęcie nieprawidłowości zdefiniowane jest niemalże identycznie co pozwala przyjąć, że przywołana wyżej wykładnia dokonana przez TSUE nie ulegnie zmianie w obecnej perspektywie finansowej. Odnośnie powyższych rozważań podkreślenia wymaga fakt, iż Beneficjent zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i w toku postępowania administracyjnego nie przedstawił okoliczności mogących świadczyć, iż naruszenie prawa wynikające z jego działania wykluczało negatywny wpływ na budżet UE.

Mając na uwadze wszystko powyższe, zgodnie z przedstawioną kolejnością stwierdzonych naruszeń, tj. dotyczących następująco: postawienia nadmiernego warunku udziału w postępowaniu, braku spełniania warunków w postępowaniu przez wykonawcę, braku zapewnienia ścieżki audytu na podstawie Taryfikatora (poz. 12, 24 oraz poz. 26 Tabeli) zastosowano korekty finansowe na poziomie odpowiednio 25%, 25% oraz 5%. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 6 marca 2019 r. sygn. akt I GSK 839/18, przyjmuje się, że „wysokość szkody jest ujęta w poszczególnych pozycjach Taryfikatora, w którym poszczególnym, zindywidualizowanym naruszeniem przypisana jest wysokość korekty. Wysokość tej korekty jest ustalana w Taryfikatorze relatywnie do szkody powodowanej przez naruszenia”.

W toku postępowania administracyjnego IZ RPO WZ przeanalizowała możliwość obniżenia nałożonych na Beneficjenta korekt finansowych w wysokości 25%, określonych w pozycjach 12 i 24 Taryfikatora odpowiednio do 10% lub 5%.

I tak w stosunku do naruszenia polegającego na ustaleniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu Zamówienia (poz. 12 Taryfikatora) IZ RPO WZ uznała, że istnieje prawdopodobieństwo, że gdyby Beneficjent prawidłowo sformułował warunki udziału w postępowaniu, to do udziału w procedurze konkurencyjnej przystąpiliby inni wykonawcy, którzy mogliby zaoferować wykonanie zamówienia po niższej cenie. Jednocześnie wskazać należy, że gdyby nie tak wysoko postawione warunki Zamówienia to pozostali potencjalni wykonawcy, którzy złożą swoje oferty nie zostaliby wykluczeni z postępowania.

W odniesieniu do naruszenia polegającego na wyborze oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (poz. 24 Taryfikatora), to wskazać należy, że gdyby Beneficjent poprawnie ocenił złożoną ofertę pod kątem spełniania wprost wymagań postawionych w ofercie, to nie doszłoby do udzielenia Zamówienia E. Sp. z o.o.

Z uwagi na rażący charakter naruszeń IZ RPO WZ nie widzi podstaw do obniżenia poziomu korekty finansowej w odniesieniu do ww. naruszeń. IZ RPO WZ poprzez nieuznanie wszystkich wydatków związanych z kwestionowanym zamówieniem publicznym za niekwalifikowalne, zastosowała wobec Beneficjenta lżejszą dolegliwość finansową w postaci jedynie 25% korekty przewidzianej Taryfikatorem.

Za naruszenia polegającego na braku możliwości weryfikacji, czy oferty wpłynęły w wyznaczonym terminie, Taryfikator w pozycji 26 przewiduje korektę finansową w wysokości 25%, którą można obniżyć do 10% lub 5%. IZ RPO WZ już na etapie czynności kontrolnych, mając na uwadze wagę i

charakter naruszenia oraz fakt, że był on jedynym brakiem w dokumentacji dotyczącej postępowania, uniemożliwiający ocenę przebiegu postępowania, obniżyła wysokość korekty finansowej do 5%.

Zatem, mając na względzie zapis § 9 Rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych stosuje się korektę finansową o najwyższej wartości – IZ RPO WZ w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, zastosowała stawkę procentową Taryfikatora w wysokości 25% (łącznie dla trzech stwierdzonych naruszeń). Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obniżenie wartości korekty finansowej oblicza się według wzoru: $Wk = W\% \times Wkw \times Wś$, gdzie Wk to wartość korekty finansowej, Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia, $Wś$ – procentowa wartość współfinansowania UE, $W\%$ – stawka procentowa. Po dokonaniu stosownych wyliczeń w oparciu o przywołany wyżej wzór wartość korekty finansowej wyniosła 51 875,00 zł (25% x 250 000,00 zł x 83%).

Powyższa kwota zawiera należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 20 750,00 zł, którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych (liczone od dnia przekazania poszczególnych środków do dnia zwrotu) oraz kwotę korekty finansowej, o którą zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. 31 125,00 zł.

Kwota 31 125,00 zł dotyczy wysokości wydatków uznanych za niekwalifikowalne, które zostały nałożone 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 wymienionemu określa Umowa, zgodnie z którą 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 kwotę ustalonej korekty. Konkludując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 20 750,00 zł (51 875,00 zł – 31 125,00 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Konkludując, mając na uwadze niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, zaistniała konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach upf. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 12 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 upf.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

Pouczenie

Od przedmiotowej decyzji nie służy odwołanie, jednakże Strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z siedzibą w Szczecinie przy ul. Korsarzy 34, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

W trakcie biegu terminu do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może zrzec się prawa do jego złożenia wobec IZ RPO WZ, która wydała decyzję. Z dniem doręczenia IZ RPO WZ oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Zgodnie z art. 52 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2012 r. Prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (Dz. U z 2018 r. poz. 1302 tekst jednolity ze zm.) jeżeli Stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 3% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 400,00 zł (§ 1 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku gdy beneficjent nie zwrócił środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia upływu terminu, o którym mowa w art. 207 ust.1 ufp zostaje on wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, z zastrzeżeniem art. 207 ust. 7 ufp.

Na podstawie art. 21 ustawy z dnia 03 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694) Strona w celu ograniczenia negatywnych skutków wystąpienia COVID-19 może zwrócić się do IZ RPO WZ z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji, na okres nie dłuższy niż 180 dni. Wstrzymanie wykonania decyzji następuje w drodze postanowienia, na które służy zażalenie. Postanowienie, może być w każdym czasie uchylone, jeżeli ustąpiły przyczyny, dla których zostało wydane. Za okres od dnia wydania postanowienia o wstrzymaniu wykonania decyzji do dnia doręczenia postanowienia uchylającego to postanowienie nie nalicza się odsetek.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego