

Załącznik do uchwały nr 1941/14
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 13 listopada 2014 r.

Gmina Gryfino
ul. 1 Maja 16
74-100 Gryfino

WWRPO.VIII.3162.35.2014.KSz

DECYZJA
Nr WWRPO/45/W/2014

podjęta w dniu 13 listopada 2014 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Andrzej Jakubowski - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Wojciech Drożdż - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - 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 j.t 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 2013 r., poz. 885 j.t. ze zm.) art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t. ze zm.) oraz 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. j.t ze zm.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Gminy Gryfino z siedzibą przy ul. 1 Maja 16 w Gryfinie, środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.03.03-32-002/10-00 zawartej w Gryfinie w dniu 09 listopada 2010 r. na realizację projektu pn. „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Parku Regionalnym w Gryfinie” w łącznej kwocie 54 173,50 zł (słownie: pięćdziesiąt cztery tysiące sto siedemdziesiąt trzy złote 50/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych liczonymi w następujący sposób:

- od kwoty 29 853,46 zł (słownie: dwadzieścia dziewięć tysięcy osiemset pięćdziesiąt trzy złote 46/100) od daty przekazania środków, tj. od dnia 09 listopada 2012 r. do dnia zwrotu środków;
- od kwoty 24 320,04 zł (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta dwadzieścia złotych 04/100) od daty przekazania środków, tj. od dnia 28 grudnia 2012 r. do dnia zwrotu środków.

Zwrot nastąpi poprzez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi na podstawie wniosku o płatność nr WNP-RPZP.01.03.03-32-002/10-10/K02 złożonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 o kwotę podlegającą zwrotowi wraz z należnymi odsetkami.

Uzasadnienie

Beneficjent - Gmina Gryfino z siedzibą przy ul. 1 Maja 16 w Gryfinie - w dniu 09 listopada 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.01.03.03-32-002/10-00 na realizację projektu pn. „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Parku Regionalnym w Gryfinie” Oś priorytetowa 1. „Gospodarka – Innowacje – Technologie”, Działanie 1.3. „Zaawansowane usługi wsparcia dla Przedsiębiorstw”, Poddziałanie 1.3.3. „Wzrost atrakcyjności inwestycyjnej”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy: nr UDA-RPZP.01.03.03-32-002/10-01 z dnia 19 czerwca 2012 r., nr UDA-RPZP.01.03.03-32-002/10-02 z dnia 21 stycznia 2013 r., nr UDA-RPZP.01.03.03-32-002/10-03 z dnia 04 marca 2013 r. oraz nr UDA-RPZP.01.03.03-32-002/10-04 z dnia 22 lipca 2013 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.03.03-32-002/10-00 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. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wniosek 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).

Beneficjent składając wniosek o dofinansowanie w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwanego dalej: RPO WZ) oświadczył, że nie może odzyskać poniesionego w ramach realizacji dofinansowanego projektu podatku od towarów i usług (zwanego dalej podatkiem VAT), jednocześnie zobowiązał się do zwrotu zrefundowanej w ramach projektu części poniesionego podatku VAT, jeżeli zaistnieją przesłanki umożliwiające odzyskanie tego podatku zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (stan prawny obowiązujący na dzień złożenia wniosku o dofinansowanie: Dz. U. z 2004 r. nr 54 poz. 535 ze zm.). Za „odzyskanie” podatku VAT należy rozumieć odliczenie go od podatku VAT należnego lub zwrot w określonych przypadkach, według warunków ściśle określonych przepisami ustawy o podatku od towarów i usług z 11 marca 2004 r.

Ponadto podpisując w dniu 09 listopada 2010 r. umowę o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązał się do składania do IZ RPO WZ aktualizacji oświadczenia dotyczącego kwalifikowalności VAT w terminie do dnia 31 grudnia każdego roku przez okres od dnia zawarcia umowy o dofinansowanie do 5 lat od zakończenia realizacji projektu (§ 4 ust. 5 umowy o dofinansowanie).

Zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie nr WND-RPZP.01.03.03-32-002/10 (pkt C.7 Opis przedsięwzięcia (z wyłączeniem cross – financingu)) przedmiotem projektu było uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Parku Regionalnym w Gryfinie w infrastrukturę niezbędną do jego funkcjonowania. Projekt składał się z dwóch etapów. Etap I został zrealizowany i dotyczył budowy tłocznej kanalizacji sanitarnej. Etap II obejmował zaś prace planowane do realizacji w zakres których, wchodziła budowa:

- sieci wodociągowej,
- kanalizacji ściekowej,
- kanalizacji deszczowej,
- położenie, przebudowa i budowa sieci elektroenergetycznej,
- przebudowa kanalizacji teletechnicznej TP,
- położeni linii światłowodowej dla systemu monitoringu i transmisji danych,
- budowa dróg, ścieżek rowerowych i chodników.

W trakcie realizacji przedmiotowej inwestycji Gmina zaczęła rozważać możliwość skorzystania z prawa do odliczenia podatku VAT od poniesionych wydatków. Tym samym pismem z dnia 25 marca 2013 r. Beneficjent zwrócił się do IZ RPO WZ z wnioskiem o udzielenie informacji, wskazując, iż w momencie ubiegania się o dofinansowanie Gmina zaznaczyła, iż nie będzie miała możliwości odzyskania podatku VAT, gdyż elementów powstałych w wyniku realizacji inwestycji nie będzie wykorzystywała do wykonywania czynności opodatkowanych podatkiem VAT. Niemniej jednak w trakcie realizacji inwestycji Gmina zastanawiała się nad ewentualnym wydzierżawieniem kanalizacji sanitarnej, deszczowej oraz sieci wodociągowej – powstałych w wyniku realizacji projektu – do

Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Gryfinie (zwanej dalej PUK), tj. do spółki, w której Gmina posiada 100% udziałów. W konsekwencji z tytułu dzierżawy Beneficjent mógłby wystawiać faktury VAT na PUK, natomiast podatek VAT należny z tego tytułu mógłby wykazywać w rejestrach VAT i deklaracjach VAT-7. Gmina zaznaczyła, iż przedmiot inwestycji pozostanie własnością Gminy, tym samym prawa i obowiązki wynikające z zawartej umowy o dofinansowanie nie zostaną przeniesione na rzecz podmiotu trzeciego. W świetle powyższego Beneficjent zwrócił się z zapytaniem czy planowane wydzierżawienie powstałych w wyniku realizacji projektu: sieci kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągowej na rzecz PUK nie będzie naruszać zapisów umowy o dofinansowanie oraz założeń RPO WZ tj. Gmina wniosła o potwierdzenie, że podjęcie przez nią ww. czynności nie będzie się wiązało z koniecznością zwrotu przez Gminę otrzymanego dofinansowania, oraz czy w przypadku odzyskania przez Gminę podatku VAT, Gmina będzie zobowiązana do zwrotu jedynie części odzyskanego podatku tj. proporcjonalnie do otrzymanego dofinansowania, wraz z odsetkami naliczonymi od momentu przekazania Gminie środków pieniężnych.

W odpowiedzi na powyższe, IZ RPO WZ pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. wskazała, iż w analizowanej sprawie nie dojdzie do naruszenia zasady trwałości projektu w rozumieniu art. 57 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) jak również nie dojdzie do naruszenia zapisów § 16 umowy o dofinansowanie z uwzględnieniem Wytycznych dla Wnioskodawców obowiązujących dla poddziałania 1.3.3 „Wzrost atrakcyjności inwestycyjnej” – projekty indywidualne (zwane dalej Wytycznymi) regulujących dopuszczalność wprowadzenia zmian w projekcie. Odnosząc się zaś do kwalifikowalności podatku VAT, IZ RPO WZ podkreśliła, iż w przypadku, gdy Beneficjent uzyska prawo do odliczenia podatku VAT w związku z wykonywaniem czynności opodatkowanych traci jednocześnie prawo do jego kwalifikowania w ramach projektu. Zatem w opisanej przez Beneficjenta sytuacji podatek VAT dotyczący wydzierżawionej infrastruktury będzie stanowić w całości wydatek niekwalifikowalny. Jednocześnie IZ RPO WZ wskazała dodatkowo na konieczność wykazania proporcji w jakiej podatek VAT dotyczący zakupionych przez Beneficjenta towarów i usług towarzyszących ww. inwestycji również będzie podlegał odzyskaniu (dokumentacja projektowa, kosztorys, studium wykonalności, itd.). IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta, iż w jej opinii powyższe zagadnienie powinna uwzględnić interpretacja przepisów prawa podatkowego wydana przez właściwy organ. Nadto wskazano, iż kwota podatku VAT zrefundowana w ramach projektu, w części w której uzyskano prawo do jego odliczenia, będzie podlegała zwrotowi wraz z odsetkami zgodnie z art. 207 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 j.t. ze zm., zwana dalej u.f.p.). Z uwagi na powyższe wskazano, iż Beneficjent powinien ostatecznie zdecydować, czy i w jakim zakresie będzie miał możliwość ubiegania się o obniżenie podatku VAT należnego o podatek naliczony oraz niezwłoczne zweryfikowanie złożonego dnia 29 marca 2013 r. oświadczenia o kwalifikowalności podatku VAT.

Pismem z dnia 24 września 2013 r. Beneficjent poinformował IZ RPO WZ, iż uzyskał interpretację przepisów prawa podatkowego Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, w której potwierdzone zostało, iż w przypadku wydzierżawienia kanalizacji sanitarnej, deszczowej oraz sieci wodociągowej na rzecz PUK, Gminie będzie przysługiwało prawo do odzyskania podatku VAT. Beneficjent wskazał także, iż obecnie przed podjęciem ostatecznej decyzji w powyższym zakresie dokonuje analizy przedmiotowej sytuacji, jak również dokonał kalkulacji kwot podatku VAT jakie w jego opinii zobowiązany byłby zwrócić w przypadku wydzierżawienia omawianej infrastruktury.

Odnosząc się do powyższego IZ RPO WZ pismem z dnia 25 października 2013 r. w celu dokonania analizy poprawności przedstawionych przez Beneficjenta wyliczeń, zobowiązała go do sporządzenia tabelarycznego zestawienia faktur zrefundowanych w ramach projektu z podziałem na VAT kwalifikowalny i niekwalifikowalny oraz o przedstawienie metodologii dokonanego podziału.

Pismem z dnia 14 listopada 2013 r. Beneficjent przedstawił wymagane wyjaśnienia, jak również przedłożył złożony przez Gminę wniosek o wydanie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego wraz z otrzymaną interpretacją wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy.

IZ RPO WZ pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. poinformowała Beneficjenta, iż potwierdzenie poprawności przedstawionych przez Beneficjenta wyliczeń nastąpi po porównaniu przekazanej przez Gminę dokumentacji z ustaleniami dokonanymi w wyniku przeprowadzonej u Beneficjenta kontroli na zakończenie realizacji projektu, albowiem wskazać należy, iż na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 u.z.p.p.r. oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 04-10 września 2013 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową przedmiotowego projektu.

I tak, odnosząc się do etapu kontroli projektu, w tym miejscu wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był do stosowania procedur zapewniających ponoszenie wydatków

kwifikowalnych 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., uchwałą nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r. i uchwałą nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r. Z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych, w niniejszej sprawie uwzględniono Taryfikator w brzmieniu nadanym uchwałą nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r.

Ostatecznie po analizie wyjaśnień oraz zastrzeżeń przedłożonych przez Beneficjenta w ramach czynności kontrolnych (pismo Beneficjenta z dnia 31 stycznia 2014 r. oraz z dnia 25 kwietnia 2014 r.) ustalono, iż Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 spowodowanej naruszeniem w postępowaniu pn. „Roboty dodatkowe związane z realizacją inwestycji pn.: „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych parku Regionalnego w Gryfinie – etap II” art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez udzielenie części zamówienia w zakresie prac wykonanych w związku ze zmianą technologii wykonywania części robót związanych z budową sieci elektroenergetycznej ze względu na warunki gruntowe i z wymianą gruntu bez zachowania ustawowych przesłanek udzielania zamówień dodatkowych. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela 4 pkt 6 „Bezprawne udzielenie zamówień dodatkowych lub uzupełniających”).

Nadto w związku z oświadczeniem przez Beneficjenta, iż Gmina Gryfino rozważa odzyskanie podatku VAT w związku z realizowaną inwestycją, podczas czynności kontrolnych ponownie poinformowano Beneficjenta, iż w przypadku uzyskania przez Beneficjenta prawa do odliczenia podatku VAT w związku z wykonywaniem czynności opodatkowanych, utraci on jednocześnie prawo do jego kwalifikowania w ramach projektu. IZ RPO WZ wskazała także, iż o wysokości podatku VAT podlegającego zwrotowi wraz z odsetkami Beneficjent zostanie poinformowany odrębnym pismem (pismo IZ RPO WZ z dnia 11 kwietnia 2014 r. oraz z dnia 16 maja 2014 r.).

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach RPO WZ procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 06 czerwca 2014 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 1 140 675, 63 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 u.f.p. w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

W odpowiedzi na powyższe, Beneficjent pismem z dnia 17 czerwca 2014 r. wskazał, iż nie będzie się ubiegać o zwrot poniesionych w trakcie realizacji projektu kosztów podatku VAT. Powyższe stanowisko Beneficjent argumentował tym, iż nie będzie zawierać umowy dzierżawy sieci wodociągowej i kanalizacyjnej z PUK. Tym samym nie zaistnieje sytuacja opisywana przez Beneficjenta w pismach z dnia 25 marca 2013 r. oraz z dnia 24 września 2013 r., a co za tym idzie nie wystąpią przesłanki umożliwiające odzyskanie podatku VAT. Biorąc powyższe pod uwagę, Beneficjent wskazał, iż Gmina Gryfino nie zawarła, ani nie zamierza zawrzeć umowy dzierżawy z PUK, zatem nie uzyska prawnej ani faktycznej możliwości odzyskania podatku VAT, a tym samym podatek ten pozostanie wydatkiem kwalifikowalnym w ramach realizowanego projektu.

Z uwagi na bezskuteczny wpływ terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, z dniem 25 czerwca 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.01.03.03-32-002/10-00. Jednocześnie Beneficjent został pouczony o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień, zastrzeżeń w toku prowadzonego postępowania.

Następnie Beneficjent pismem z dnia 01 lipca 2014 r. podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 17 czerwca 2014 r. dotyczące nieodzyskiwania podatku VAT, dodatkowo wyjaśniając, iż eksploatacja infrastruktury technicznej powstałej w wyniku realizacji inwestycji została powierzona PUK na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego z przekazania składników infrastruktury technicznej (sieć kanalizacyjna i wodociągowa). Beneficjent wyjaśnił, iż przekazanie przedmiotowych składników infrastruktury ma na celu realizację przez PUK zadań użyteczności publicznej związanych z zaopatrzeniem w wodę i odprowadzaniem ścieków. Spółka to jednostka użyteczności publicznej wykonująca działalność z zakresu zadań własnych Gminy Gryfino związanych z gospodarką komunalną. Wszystkie udziały w spółce posiada Gmina Gryfino. Eksploatacja ww. infrastruktury przez PUK nie spowoduje możliwości odzyskania podatku VAT i nie będzie on odzyskiwany przez Gminę Gryfino. Nadto Beneficjent wyraził zgodę na potrącenie z płatności końcowej w projekcie kwoty korekty naliczonej za naruszenie p.z.p. wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

Postanowieniem z dnia 21 lipca 2014 r. IZ RPO WZ wydłużyła termin na zakończenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ. Następnie wiadomością e-mail z dnia 29 lipca 2014 r. Beneficjent przekazał skany umowy spółki PUK oraz protokołu zdawczo-odbiorczego.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014 r. IZ RPO WZ w związku z prowadzonym postępowaniem administracyjnym w przedmiocie zwrotu części środków wezwała Beneficjenta do złożenia, w terminie 7 dni od dnia doręczenia przedmiotowego pisma, pisemnych wyjaśnień w następujących kwestiach:

1. w jaki sposób obecnie są uregulowane kwestie użytkowania, eksploatacji i zarządzania składnikami infrastruktury technicznej wybudowanymi w ramach inwestycji pn. „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Parku Regionalnym w Gryfinie”. Nadto zwrócono się z prośbą o wskazanie czy i kiedy przedmiotowa umowa zostanie zawarta oraz proszono o przesłanie potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii protokołu zdawczo-odbiorczego z przekazania składników infrastruktury technicznej (sieć kanalizacyjna i wodociągowa);
2. jak została obecnie i zostanie w przyszłości uregulowana kwestia wzajemnych rozliczeń pomiędzy Gminą Gryfino a PUK w związku z przekazaniem infrastruktury technicznej wybudowanej w ramach inwestycji pn. „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Parku Regionalnym w Gryfinie”;
3. w przypadku ulokowania inwestycji na terenie Parku Regionalnego w Gryfinie oraz w innych przypadkach pobierania opłat w związku z eksploatacją infrastruktury wytworzonej w ramach projektu, proszono o wskazanie kto będzie wystawcą faktur VAT oraz czy uzyskane w ten sposób dochody/przychody będą zasilały budżet Gminy Gryfino, czy PUK;
4. w jaki sposób Gmina zamierza dysponować gruntami uzbrojonymi w ramach inwestycji na terenie Parku Regionalnego w Gryfinie oraz w jakiej formie nastąpiłoby ewentualne przekazanie gruntu pod inwestycje (np. dzierżawy, użyczenia, w innej formie). Proszono również o analizę i informację, na ile czynności prawne związane z przekazaniem gruntów będą miały wpływ na kwestię kwalifikowalności podatku VAT w projekcie.

Z uwagi na fakt oczekiwania na przedłożenie niezbędnych do podjęcia rozstrzygnięcia wyjaśnień oraz dokumentów, postanowieniem z dnia 22 sierpnia 2014 r. IZ RPO WZ wydłużyła termin na zakończenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2014 r. Beneficjent wniósł o przedłużenie terminu na przesłanie niezbędnych wyjaśnień do dnia 8 września 2014 r, na co IZ RPO WZ wyraziła zgodę pismem z dnia 2 września 2014 r.

Następnie pismem z dnia 8 września 2014 r. Beneficjent przedłożył niezbędne wyjaśnienia wskazując, iż kwestie użytkowania, eksploatacji i zarządzania składnikami infrastruktury technicznej wybudowanej w ramach projektu uregulowane są i realizowane na podstawie protokołu zdawczo – odbiorczego. Beneficjent ponownie podkreślił, iż przekazanie składników infrastruktury ma na celu realizację przez PUK zadań użyteczności publicznej związanych z zaopatrzeniem w wodę i odprowadzaniem ścieków. Z uwagi na fakt, iż zapisy protokołu zdawczo-odbiorczego umożliwiają sprawną eksploatację przez PUK składników infrastruktury technicznej wybudowanej w ramach projektu nie jest planowane zawarcie umowy pomiędzy Gminą Gryfino a PUK. Odnosząc się do kolejnego zapytania Beneficjent wskazał, iż infrastruktura techniczna wybudowana w ramach projektu została przekazana w użytkowanie, eksploatację i zarządzanie nieodpłatnie PUK i Beneficjent nie zamierza pobierać opłat od PUK z tytułu przekazania tejże infrastruktury. W nawiązaniu do trzeciego pytania, Gmina wskazała, iż w przypadku pobierania opłat w związku z eksploatacją infrastruktury wytworzonej w ramach projektu w związku z ulokowaniem inwestycji na terenie Parku Regionalnego w Gryfinie wystawcą faktur VAT za wykonane usługi eksploatacyjne (dostawa wody i odbiór ścieków) będzie PUK, a dochody/przychody z tego tytułu będą zasilały budżet spółki. Odpowiadając na ostatnie

zapytanie IZ RPO WZ, Beneficjent nadmieniał także, iż Gmina nie jest właścicielem gruntów uzbrojonych w ramach inwestycji na terenie Parku Regionalnego. Właścicielem gruntów, które zostały uzbrojone w ramach projektu jest Agencja Nieruchomości Rolnych Skarbu Państwa i to ona przekazuje grunty pod inwestycje w formie sprzedaży gruntu. Dlatego też Gmina nie występuje w procesie zbycia nieruchomości, a czynności prawne związane z przekazaniem gruntów pod inwestycje nie będą miały wpływu na kwalifikowalność podatku VAT w projekcie.

Z uwagi m.in. na znaczny stopień skomplikowania sprawy postanowieniami z dnia 22 września 2014 r. oraz 09 października 2014 r. IZ RPO WZ wydłużyła termin na zakończenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ. Jednocześnie IZ RPO WZ zleciła sporządzenie opinii podatkowej w zakresie możliwości odzyskania przez Beneficjenta podatku VAT w ramach realizowanego projektu, która to w formie pisemnej wpłynęła do IZ RPO WZ w dniu 23 października 2014 r. Nadto pismem z dnia 28 października 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. j.t zwanej dalej: k.p.a.).

IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Parku Regionalnym w Gryfinie” wraz załącznikami, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.03.03-32-002/10-00 z dnia 09 listopada 2010 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta oraz opinii podatkowej) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co doprowadziło do następujących wniosków.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii związanej z kwalifikowalnością podatku VAT, IZ RPO WZ wskazuje, iż zgodnie z Podręcznikiem Wnioskodawcy RPO WZ na lata 2007-2013 (zwany dalej Podręcznikiem Wnioskodawcy), który został przygotowany przez IZ RPO WZ w celu zapoznania potencjalnych Wnioskodawców z możliwościami oraz zasadami korzystania ze wsparcia oferowanego w ramach RPO WZ, w zgodzie z wytycznymi Ministerstwa Rozwoju Regionalnego dotyczącymi zasad kwalifikowania wydatków w ramach Funduszy Strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie 2007 – 2013 (obecnie Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju) podatek od towarów i usług może być uznany za wydatek kwalifikowalny tylko wtedy, gdy:

- a) został faktycznie poniesiony przez beneficjenta, oraz
- b) beneficjent nie ma prawnej możliwości odzyskania podatku VAT.

Zgodnie z powyższym podatek VAT jest kosztem kwalifikowalnym, tylko wówczas, gdy został faktycznie poniesiony oraz nie jest możliwy do odzyskania, tj. Beneficjent na gruncie przepisów prawa nie ma prawnej możliwości jego odzyskania (nie nabędzie uprawnienia do obniżenia podatku należnego - związanego z opodatkowanymi czynnościami w projekcie - o podatek naliczony - związaną ze zrefundowanymi w projekcie zakupami towarów i usług oraz środków trwałych). Bez znaczenia pozostaje fakt czy Beneficjent z tej możliwości skorzysta czy też nie. Z uwagi na powyższe, w związku z tym, że prawo Beneficjenta do odzyskania podatku VAT naliczonego może ulec zmianie w okresie realizacji projektu Beneficjent, który wykaże we wniosku podatek VAT jako kwalifikowalny jest zobowiązany do przedstawienia aktualizacji oświadczenia dotyczącego kwalifikowalności VAT w terminie do dnia 31 grudnia każdego roku przez okres od dnia zawarcia umowy o dofinansowanie do 5 lat od zakończenia realizacji projektu, wskazując na brak możliwości odzyskania podatku VAT naliczonego zarówno na dzień sporządzania oświadczenia, jak również mając na uwadze planowany sposób wykorzystania w przyszłości majątku wytworzonego w związku z realizacją projektu. Jednocześnie Beneficjent zobowiązany jest dodatkowo do podpisania w oświadczeniu klauzuli, gdzie zobowiązuje się do zwrotu zrefundowanej części podatku jeżeli zaistnieją przesłanki umożliwiające odzyskanie tego podatku.

W analizowanej sprawie Beneficjent początkowo rozważał wydzierżawienie części infrastruktury technicznej wytworzonej w ramach projektu tj. kanalizacji sanitarnej, deszczowej oraz sieci wodociągowej do PUK. W powyższym wypadku (zgodnie z interpretacją indywidualną przepisów prawa podatkowego wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy) Beneficjentowi przysługiwałoby prawo do odliczenia podatku VAT od poniesionych wydatków. Ostatecznie jednak Beneficjent powierzył PUK na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego z przekazania składników infrastruktury technicznej (sieć kanalizacyjna i wodociągowa) eksploatację ww. infrastruktury technicznej powstałej w wyniku realizacji inwestycji. Tym samym IZ RPO WZ przeprowadziła analizę czy w świetle ww. okoliczności mając na względzie Wytyczne, Podręcznik oraz zasady RPO WZ, podatek VAT będzie nadal podatkiem kwalifikowalnym tj. czy Beneficjent nie będzie miał prawnej możliwości odzyskania przedmiotowego podatku.

Odnosząc się do powyższego, bezspornym pozostaje fakt, że kwota podatku VAT związana z nabyciem przez Gminę towarów i usług dotyczących realizacji inwestycji została przez Gminę

faktycznie poniesiona, co wynika wprost z dokumentów źródłowych w postaci faktur VAT oraz potwierdzeń zapłaty. Tym samym został wypełniony pierwszy z warunków niezbędnych do uznania podatku VAT za wydatek kwalifikowalny. Odnosząc się zaś do drugiego warunku tj. że Beneficjent nie może mieć prawnej możliwości odzyskania podatku VAT, analizując powyższe należy się odnieść do przepisów ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (Dz. U. z 2011 r. nr 177, poz. 1054 j.t ze zm., zwanej dalej u.p.t.u.).

Zgodnie z przepisem art. 86 ust. 1 u.p.t.u. „w zakresie, w jakim towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych, podatnikowi, o którym mowa w art. 15, przysługuje prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego, z zastrzeżeniem art. 114, art. 119 ust. 4, art. 120 ust. 17 i 19 oraz art. 124”. Natomiast w ust. 2 pkt 1 powołanego wyżej artykułu wskazano, że „kwotę podatku naliczonego stanowi suma kwot podatku wynikających z faktur otrzymanych przez podatnika z tytułu:

- a) nabycia towarów i usług,
- b) dokonania całości lub części zapłaty przed nabyciem towaru lub wykonaniem usługi”.

Powyższe przepisy ilustrują podstawową zasadę, zgodnie z którą podatek VAT naliczony wynikający z faktur VAT zakupu towarów i usług podlega odliczeniu w sytuacji, gdy nabyte towary lub usługi służą czynnościom opodatkowanym. Cytowany przepis art. 86 ust. 1 u.p.t.u. wyklucza możliwość dokonania obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego związanego z nabyciem towarów i usług, które nie są w ogóle wykorzystywane do czynności opodatkowanych, tj. są wykorzystywane do czynności zwolnionych od podatku lub niepodlegających temu podatkowi.

W związku z powyższym, w celu ustalenia prawa Beneficjenta do zwrotu podatku VAT zapłaconego przy nabyciu towarów i usług związanych z realizacją inwestycji, w ramach której powstała kanalizacja sanitarna, deszczowa, sieć wodociągowa, należy ustalić czy Gmina będzie wykorzystywać elementy tejże infrastruktury do czynności opodatkowanych.

Przepis art. 15 ust. 1 u.p.t.u. stanowi, że „podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności”. Stosownie do ust. 2 powołanego artykułu „działalność gospodarcza obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody. Działalność gospodarcza obejmuje w szczególności czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych”. Równocześnie w ust. 6 powołanego artykułu wskazano, że „nie uznaje się za podatnika organów władzy publicznej oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych”.

Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2013 r., poz. 594 j.t. ze zm., zwana dalej u.s.g.), zgodnie z którym „gmina wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność”, zaznaczyć należy, że przypisana gminie jako jednostce samorządu terytorialnego samodzielność działania ma znaczenie z uwagi na cytowaną wyżej definicję podatnika podatku od towarów i usług. Wynika z niej bowiem, iż tylko podmiot samodzielnie prowadzący działalność gospodarczą może być z tytułu tej czynności uznany za podatnika, o ile oczywiście wykonuje czynności z mocy ustawy podlegające opodatkowaniu. Jak wynika z przepisu art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. „opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju”. W przepisie art. 7 ust. 1 u.p.t.u. wskazano, że „przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel”. Natomiast przepis art. 8 ust. 1 u.p.t.u. stanowi, że „przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7”.

Z treści cytowanego powyżej przepisu art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., jednoznacznie wynika, że dostawa towarów i świadczenie usług co do zasady podlega opodatkowaniu podatkiem VAT jedynie wówczas, gdy czynności te są wykonywane odpłatnie. Jednakże ustawodawca przewidział od powyższej reguły wyjątki, które zostały zawarte w przepisach: art. 7 ust. 2 u.p.t.u. (w odniesieniu do dostawy towarów) oraz art. 8 ust. 2 u.p.t.u. (w odniesieniu do świadczenia usług).

I tak, stosownie do przepisu art. 8 ust. 2 u.p.t.u. „za odpłatne świadczenie usług uznaje się również:

- 1) użycie towarów stanowiących część przedsiębiorstwa podatnika do celów innych niż działalność gospodarcza podatnika, w tym w szczególności do celów osobistych podatnika lub jego pracowników, w tym byłych pracowników, wspólników, udziałowców, akcjonariuszy,

członków spółdzielni i ich domowników, członków organów stanowiących osób prawnych, członków stowarzyszenia, jeżeli podatnikowi przysługiwało, w całości lub w części, prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego z tytułu nabycia, importu lub wytworzenia tych towarów lub ich części składowych;

- 2) nieodpłatne świadczenie usług na cele osobiste podatnika lub jego pracowników, w tym byłych pracowników, wspólników, udziałowców, akcjonariuszy, członków spółdzielni i ich domowników, członków organów stanowiących osób prawnych, członków stowarzyszenia, oraz wszelkie inne nieodpłatne świadczenie usług do celów innych niż działalność gospodarcza podatnika."

Z powyższego przepisu wynika, że dla ustalenia czy dane nieodpłatne świadczenie usług podlega opodatkowaniu podatkiem VAT istotne jest ustalenie celu takiego świadczenia. Nieodpłatne świadczenie będzie bowiem podlegało opodatkowaniu w sytuacji, gdy nie będzie miało związku z prowadzoną działalnością. Przenosząc cytowane powyżej przepisy na grunt analizowanej sprawy stwierdzić należy, że Gmina Gryfino nieodpłatnie przekazała PUK infrastrukturę techniczną wybudowaną w ramach projektu pn. „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Parku Regionalnym w Gryfinie” w użytkowanie, eksploatację i zarządzanie. Zgodnie z oświadczeniem Gminy, PUK jest jednostką użyteczności publicznej wykonującą działalność z zakresu zadań własnych Gminy Gryfino, natomiast przekazanie składników infrastruktury technicznej ma na celu realizację przez PUK zadań użyteczności publicznej związanych z zaopatrzeniem w wodę i odprowadzaniem ścieków.

Z uwagi na brak umowy w powyższym zakresie łączącej Gminę z PUK, ustalenie właściwej treści czynności prawnej jest utrudnione. Tym niemniej, powołując się na oświadczenia Beneficjenta oraz treść protokołu zdawczo – odbiorczego należałoby uznać, że w analizowanej sytuacji dochodzi do powierzenia przez Gminę części zadań o charakterze użyteczności publicznej zależnej od niej spółce celowej powołanej właśnie w celu wykonywania określonych zadań własnych Gminy.

Zgodnie z treścią art. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r., nr 45, poz.236 j.t., ze zm., zwaną dalej u.g.k.) „gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego.” Z przepisu art. 1 ust. 2 u.g.k. wynika natomiast, że „gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.” Z kolei w przepisie art. 9 ust. 4 u.s.g. wskazano że „zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy, są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.”

Stosownie do art. 7 ust. 1 u.s.g. „zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy”. W pkt 3 powołanego przepisu wskazano w szczególności, że do zadań własnych gminy należą sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz. Równocześnie z przepisu art. 3 ust. 1 u.g.k. wynika, że „jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów u.f.p., w trybie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 oraz z 2010 r. Nr 106, poz. 675), przepisów ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536) i ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13) albo na zasadach ogólnych.”

Z cytowanych powyżej przepisów wynika, że Gmina miała prawo powierzyć część zadań własnych, polegających m.in. na zaopatrzeniu w wodę oraz odprowadzaniu ścieków, zależnej od siebie spółce celowej. Do tego celu niezbędne było przekazanie tejże spółce elementów wybudowanej infrastruktury. Przekazanie to odbyło się nieodpłatnie. Należy tu jednak podnieść wątpliwość, czy takie nieodpłatne przekazanie elementów infrastruktury stanowi świadczenie usług, o którym mowa w przepisie art. 8 ust. 2 u.p.t.u., podlegające opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi w interpretacji indywidualnej z dnia 7 września 2012 r., znak: IPTPP2/443-632/12-2/JS, w analogicznym stanie faktycznym uznał, że nieodpłatne świadczenie usług polegające na przekazaniu Przedsiębiorstwu Komunalnemu w nieodpłatne użytkowanie infrastruktury wodociągowej wybudowanej w ramach realizowanej inwestycji, będzie się odbywało w związku z

prowadzoną przez Gminę działalnością. Tym samym, zdaniem Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi, brak jest podstaw do traktowania tego nieodpłatnego udostępnienia jako odpłatnego świadczenia usług. Reasumując powyższe, Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi potwierdził stanowisko Beneficjenta, że czynność ta jako nieodpłatne świadczenie usług nie podlega opodatkowaniu podatkiem VAT, a w konsekwencji Beneficjent nie ma prawa do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego z faktur dokumentujących wydatki poniesione w związku z realizacją przedmiotowej inwestycji. Podobne stanowisko zaprezentował Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi w interpretacji indywidualnej z dnia 24 lipca 2013 r., znak: IPTPP1/443-320/13-4/RG, a także w interpretacji indywidualnej z dnia 1 kwietnia 2014 r., znak: IPTPP4/443-8/14-5/BM. Interpretacje te dotyczą co prawda przekazania nieodpłatnie infrastruktury wodno – kanalizacyjnej zakładowi budżetowemu, jednakże biorąc pod uwagę treść cytowanego wyżej przepisu art. 2 u.g.k., który uprawnia jednostki samorządu terytorialnego do prowadzenia gospodarki komunalnej w szczególności w formie samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego, należy uznać, że sytuacja prawna w tym zakresie jest analogiczna.

Podsumowując należy stwierdzić, że Gmina Gryfino, w związku z nieodpłatnym przekazaniem wytworzonej w ramach projektu infrastruktury spółce powołanej w celu realizacji części zadań własnych gminy, wykonuje czynność niepodlegającą opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. Tym samym nie ma prawnej możliwości odzyskania podatku VAT naliczonego wynikającego z faktur dokumentujących nabycie towarów i usług w związku z realizacją przedmiotowej inwestycji. Zatem IZ RPO WZ w świetle przedstawionych argumentów, jak również pełnej analizy prawno-podatkowej uznaje, że w opisanym w niniejszej decyzji stanie faktycznym, podatek VAT w analizowanym zakresie pozostaje wydatkiem kwalifikowalnym. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ podziela stanowisko zaprezentowane w opinii podatkowej z dnia 21 października 2014 r.

Odnosząc się następnie do stwierdzonego w ramach czynności kontrolnych w postępowaniu pn. „Roboty dodatkowe związane z realizacją inwestycji pn.: „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych parku Regionalnego w Gryfinie – etap II” naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez udzielenie części zamówienia bez zachowania ustawowych przesłanek udzielania zamówień dodatkowych, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

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 wyczerpanie zawiera art. 67 ust. 1 p.z.p. Zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (vide: 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 wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (vide: wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający może udzielić zamówień dodatkowych, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- 1) wykonawcą zamówień dodatkowych będzie dotychczasowy wykonawca usług lub robót budowlanych objętych zamówieniem podstawowym, a zatem nie jest możliwe zlecenie realizacji zamówienia dodatkowego dowolnie wybranemu podmiotowi;
- 2) zamówienia dodatkowe nie zostały objęte zamówieniem podstawowym;
- 3) zamówienia dodatkowe nie przekraczają łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego;
- 4) zamówienia dodatkowe są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- 5) wykonanie zamówień dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby Zamawiający (Beneficjent) mógł udzielić zamówienia dodatkowego w trybie z wolnej ręki. Przy czym nieprzewidziana sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć

charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego nie może być zatem następstwem zawinionych działań przez Zamawiającego.

W analizowanej sprawie w dniu 28 grudnia 2011 r. spisano protokół konieczności dot. kwalifikacji robót uzupełniających i dodatkowych związanych z realizacją inwestycji obejmującej uzbrojenie terenów inwestycyjnych Parku Regionalnego w Gryfinie. W przedmiotowym protokole konieczności zapisano m.in., iż:

- 1) „należy dokonać zmiany technologii wykonania części robót związanych z budową sieci elektroenergetycznej (w m. Gardno w pasie drogi wojewódzkiej nr 120), gdyż z uwagi na trudne warunki gruntowe wynikające z bardzo dużego nawodnienia gruntu działki przyległej do pasa drogi wojewódzkiej oraz zbyt stromej skarpy pasa drogowego niemożliwe jest wykonanie robót budowlanych metodą wykopu otwartego i konieczna jest, na odcinku ok. 200 mb realizacja tej części prac metodą przewiertu sterowanego wraz z ułożeniem przewodu w rurze osłonowej. Powyższa sytuacja gruntowo-wodna najprawdopodobniej zaistniała po zmianie ukształtowania terenu (podniesienia rzędnej części działki nr 5 obręb Gardno) co doprowadziło do zmiany kierunku spływu wód deszczowych do zlokalizowanego w pobliżu rowu melioracyjnego (...)” (pkt 2 protokołu konieczności z dnia 28 grudnia 2011 r. - zmiany technologii wykonania części robót związanych z budową sieci elektroenergetycznej ze względu na warunki gruntowe);
- 2) „intensywne opady deszczu w czasie trwania inwestycji (od sierpnia do października 2011 r.) doprowadziły do silnego nawodnienia i uplastycznienia gruntu w miejscu planowanych dróg wewnątrz Strefy Przemysłowej (szczególnie w miejscach obniżenia terenu). Wykonawca pomimo zaangażowania dużych środków technicznych przy panujących warunkach pogodowych, nie jest w stanie skutecznie zabezpieczyć warunków gruntowych określonych w projekcie budowlano-wykonawczym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, co w efekcie uniemożliwia realizację robót. Wskutek niesprzyjających warunków atmosferycznych oraz w wyniku zmiany użytkowania terenu przewidzianego pod strefę polegającą na rezygnacji z upraw rolnych, a co za tym idzie zmniejszenia chłonności warstw powierzchniowych gruntu i jednocześnie zalegania w spągu warstw gruntów spoistych nastąpiło gromadzenie się znacznych ilości wód spływających po powierzchni w lokalnych zagłębieniach terenu. Powyższa sytuacja została również potwierdzona przez nadzór autorski w piśmie nr P-608/2011/12 z dnia 11.10.2011 r., czego następstwem było opracowanie przez projektantów projektu zabezpieczenia (...)” (pkt 4 protokołu konieczności z dnia 28 grudnia 2011 r. - wymiana gruntu).

Mając powyższe na uwadze, odnosząc się do punktu 2 protokołu konieczności z dnia 28 grudnia 2011 r. w zakresie prac wykonanych w związku ze zmianą technologii wykonania części robót związanych z budową sieci elektroenergetycznej ze względu na warunki gruntowe (pkt 1 niniejszej decyzji), wskazać należy, iż w ocenie IZ RPO WZ sam fakt, iż Beneficjent na etapie przygotowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej SIWZ) nie przewidział wymienionych w ww. punkcie robót jako niezbędnych do wykonania zamówienia, nie oznacza, że roboty te nie były możliwe do przewidzenia. Inżynier Kontraktu w piśmie z dnia 28 października 2011 r. zaznaczył, iż „zastosowanie metody bezwykopowej wiąże się z występowaniem w rejonie robót silnie nawodnionych gruntów, których struktura przy tak silnym nawodnieniu uniemożliwia prowadzenie prac w wykopie otwartym, gdyż z uwagi na duże nachylenie gruntu, stwierdzić można duże prawdopodobieństwo występowania osuwisk mas ziemnych. Z uwagi na prowadzenie badań geologicznych na potrzeby opracowania projektowego w okresie z niewielką ilością opadów, projektant nie mógł przewidzieć, aż tak gwałtownych zmian nawodnienia gruntu (...)”. W nawiązaniu do powyższego IZ RPO WZ wskazuje, iż w trakcie sporządzania projektu na wykonanie zamówienia podstawowego istniała możliwość przeprowadzenia badań geologicznych z uwzględnieniem gwałtownych zmian nawodnienia gruntu (na przykład silne opady deszczu). W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą wskazane w protokole konieczności uzasadnienie wykonania robót dodatkowych nie wydaje się być wystarczające w kontekście okoliczności jakie muszą być spełnione, aby udzielić zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. W opinii IZ RPO WZ prawidłowym uzasadnieniem niemożności przewidzenia konieczności wykonania danych robót byłoby m.in. wskazanie, że na etapie przygotowywania projektu pierwotnego, dokonywane były stosowne ekspertyzy, które uwzględniałyby gwałtowne zmiany nawodnienia gruntu. A zatem - że została dołożona należyta staranność, by wyeliminować okoliczności możliwe do przewidzenia jako „normalne” czy „naturalne” wynikające na przykład z silnych opadów deszczu, których Zamawiający powinien był się spodziewać. Należy

bowiem podkreślić, że roboty dodatkowe nie dotyczą sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez zamawiającego chociaż mogła lub powinna być przewidziana, lecz sytuacji nieprzewidywalnej i niemożliwej do przewidzenia, co wskazane zostało wprost w ustawie. Zatem IZ RPO WZ wskazuje, iż w ww. przypadku konieczność wykonania robót dodatkowych była możliwa do przewidzenia przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego.

Nadto odnosząc się do punktu 4 protokołu konieczności z dnia 28 grudnia 2011 r. w zakresie prac wymiany gruntu (pkt 2 niniejszej decyzji), w ocenie IZ RPO WZ sam fakt, iż Beneficjent na etapie przygotowania SIWZ nie przewidział wymienionych w ww. punkcie robót jako niezbędnych do wykonania zamówienia, nie oznacza, że roboty te nie były możliwe do przewidzenia. Beneficjent miał świadomość zmiany sposobu użytkowania terenu przewidzianego pod strefę, a tym samym mógł przewidzieć, iż rezygnacja z upraw rolnych wpłynie negatywnie na warunki gruntowe na tym terenie, a więc miał możliwość uwzględnienia ewentualnych prac z tym związanych w opisie przedmiotu zamówienia. A zatem, w analizowanej sprawie nie została dołożona należyta staranność, by wyeliminować okoliczności możliwe do przewidzenia. Tym samym Beneficjent nie dochował należytej staranności przy opracowywaniu koncepcji i zakresu przyszłych robót. Wskazać należy, iż konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy uwzględnieniu zobiektywizowanej kategorii należytej staranności. Niestaranność planowania i przygotowania procesu inwestycyjnego nie usprawiedliwia udzielania zamówień dodatkowych. Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż przedstawione roboty, nie stanowiły robót niemożliwych do przewidzenia na etapie projektowania inwestycji.

Zatem w obu ww. przypadkach nie zostały spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p., albowiem w analizowanej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacjami niemożliwymi wcześniej do przewidzenia. Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej: NSA) w wyroku z dnia 14 czerwca 2011 r. (sygn. akt. II GSK 688/10) wskazał, iż przez sytuację nieprzewidywalną należy rozumieć „(...) takie zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik. Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego (np. katastrofy, awarie)”. W analizowanej sprawie w trakcie sporządzania projektu na wykonanie zamówienia podstawowego istniała możliwość przeprowadzenia badań geologicznych z uwzględnieniem gwałtownych zmian nawodnienia gruntu (pkt 2 protokołu konieczności). Nadto z uwagi na zmianę sposobu użytkowania terenu przewidzianego pod strefę, Zamawiający powinien był przewidzieć, że rezygnacja z upraw rolnych wpłynie negatywnie na warunki gruntowe na tym terenie (pkt 4 protokołu konieczności). Zatem wskazać należy, iż naruszenie przez Beneficjenta art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p wynika co do zasady z błędów i zaniedbań popełnianych w związku z przygotowaniem zamówienia podstawowego. W świetle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego. Konieczność udzielenia takiego zamówienia nie może wynikać ani ze względów gospodarczych, organizacyjnych, czy też skomplikowanego charakteru zamówienia (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 875/10), ani być następstwem zawinionych działań zamawiającego.

Podsumowując, w niniejszej sprawie, z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej, nie mamy do czynienia z sytuacjami niemożliwymi wcześniej do przewidzenia.

Wskazać należy, iż IZ RPO WZ podejmując czynności prowadzące do odzyskania środków nieprawidłowo wykorzystanych przez Beneficjenta uprzednio przyznanych w ramach umowy o dofinansowanie, wzięła pod uwagę nie tylko fakt naruszenia przez Beneficjenta przepisu p.z.p., lecz także okoliczność, że takie działanie lub zaniechanie Beneficjenta spowodowało lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku.

W nawiązaniu do powyższego podkreślić należy, iż w myśl art. 98 ust. 1 rozporządzeniem Rady (WE) nr 1083/2006 państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. Zgodnie z ust. 2 ww. rozporządzenia państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 60 lit. b ww. rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 do zadań Instytucji Zarządzającej należy, m.in. „weryfikacja, że współfinansowane towary i usługi są dostarczane, oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. Tym samym IZ RPO WZ na podstawie własnego postępowania wyjaśniającego i ustaleń stwierdza, czy w trakcie realizacji projektu objętego dofinansowaniem w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Stosownie do wyniku tych ustaleń instytucja zarządzająca zobowiązana jest następnie podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa”.

Z powyższego wynika, że Instytucji Zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Należy dodać, iż stosownie do brzmienia art. 2 pkt 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 poprzez określenie "operacja", o którym mowa powyżej rozumie się projekt lub grupę projektów wybranych przez instytucję zarządzającą danym programem operacyjnym lub na jej odpowiedzialność, zgodnie z kryteriami ustanowionymi przez komitet monitorujący, i realizowanych przez jednego lub więcej beneficjentów, pozwalające na osiągnięcie celów osi priorytetowej, do której odnosi się ta operacja. Z kolei termin "nieprawidłowość" definiuje się jako: jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego (art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006). Wobec powyższego 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 Unii Europejskiej. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Europejski Trybunał Sprawiedliwości 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. Zaś wykrycie takowego naruszenia i uznanie go za nieprawidłowość rodzi obowiązek nałożenia korekty finansowej (art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006). Ponadto zaznaczyć należy, iż definicja nieprawidłowości odnosi się także do potencjalnej szkody w unijnym budżecie ogólnym, a więc sytuacji, w której niewykrycie nieprawidłowości poniesionego wydatku prowadziło do starty w budżecie UE przez jego sfinansowanie. Podkreślić należy, iż powyższa sytuacja dotyczy nie tylko faktycznej szkody spowodowanej przez nieprawidłowość, ale także stopnia zagrożenia, jaki jej istnienie wywiera na inne wydatki dokonane w ramach programu operacyjnego. Podobnie wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi, w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt. III SA/Łd 828/12) „nieprawidłowością w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 jest więc także naruszenie prawa (zarówno UE jak i przepisów krajowych), które mogłoby spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej, choć w okolicznościach konkretnej sprawy szkody tej nie spowodowało. Wystarczy potencjalna możliwość, że szkoda taka mogłaby wystąpić.”

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż w analizowanej sprawie w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe związane z realizacją inwestycji pn.: „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych parku Regionalnego w Gryfinie – etap II” 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. Zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki. Beneficjent nie przestrzegając ww. zasad, przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkody, bowiem poniósł wydatki, które przy ich zachowaniu mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Faktem jest, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów p.z.p. przez Beneficjenta pojawić mogłoby się więcej potencjalnych wykonawców, którzy złożyliby ofertę korzystniejszą niż ta, która ostatecznie została wybrana. Jednoznacznym jest, iż dla oceny dochowania ww. zasad przez Beneficjenta nie wystarczy zbadać czy spełnił on wszystkie formalne obowiązki wynikające z umowy o dofinansowanie, równocześnie koniecznym jest ustalenie czy Beneficjent zapewnił osiągnięcie celu zasady konkurencyjności m.in. poprzez dokonanie wyboru najlepszej oferty w warunkach uczciwej konkurencji, wolnego dostępu do zamówień współfinansowanych ze środków publicznych czy równego traktowania wykonawców (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt V SA/Wa 20/12; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt II GSK 1258/12). Na każdym etapie postępowania wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez

stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Tym samym Beneficjent swoim działaniem ograniczył dostępność oferty potencjalnym wykonawcom, co w efekcie przynajmniej potencjalnie przyczyniło się do powstania szkody w budżecie unijnym.

Mając powyższe na uwadze, po przeanalizowaniu całej dokumentacji, IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie stwierdziła w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe związane z realizacją inwestycji pn.: „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych parku Regionalnego w Gryfinie – etap II” naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez udzielenie części zamówienia w zakresie prac wykonanych w związku ze zmianą technologii wykonywania części robót związanych z budową sieci elektroenergetycznej ze względu na warunki gruntowe i z wymianą gruntu bez zachowania ustawowych przesłanek udzielania zamówień dodatkowych.

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 ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

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. Pod pojęciem "inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków", o których mowa w art. 184 u.f.p. należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta (tak NSA w wyroku z dnia 19.06.2012, sygn. akt II GSK 732/11). 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. Powyższy pogląd potwierdził NSA w wyroku z dnia 13.02.2014 r. (sygn. akt II GSK 1980/12), gdzie Sąd wskazał, iż nie sposób przyjąć, aby ustawodawca do procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków nie zaliczał przepisów prawa – p.z.p. lub też innych ustaw mających zastosowanie przy realizacji określonego projektu.

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. Wskazać należy, iż prawidłowe stosowanie przepisów ustawy, umowy o dofinansowanie oraz dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, a co za tym idzie prawidłowe udzielanie zamówień publicznych podczas realizacji inwestycji współfinansowanej ze środków unijnych stanowi jeden z warunków rozliczenia projektu.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż jak wynika z Wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju, zwane dalej Wytycznymi MIR) ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może nastąpić 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. 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 co do wagi naruszenia. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdzie stwierdzono naruszenie przepisów p.z.p. w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe związane z realizacją inwestycji pn.: „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych parku Regionalnego w Gryfinie – etap II”. 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 naruszenia podlegałyby zwrotowi w pełnej wysokości.

W analizowanej sprawie wysokość powstałej szkody w związku z naruszeniem przepisów p.z.p. jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby to wkład UE, dlatego zasadne było posłużenie się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania przy zachowaniu zasad konkurencyjności. Na uwagę zasługuje również fakt, iż każdy przypadek wykrycia naruszenia rozpatrywany jest przez IZ RPO WZ indywidualnie, a do oceny danej nieprawidłowości w szczególności brany jest pod uwagę stopień naruszenia oraz okoliczności jego wystąpienia.

Wskazać należy, iż zgodnie z wytycznymi MIR, przedstawione w tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Obniżenie zalecanej stawki maksymalnej nie może jednak przekroczyć 50% wartości wskaźnika wyjściowego i jest dopuszczalne jedynie w odniesieniu do tych kategorii nieprawidłowości, którym nie zostały przypisane stawki korekt wyrażone w postaci przedziałów. Niemniej jednak ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do instytucji zarządzającej właściwym programem operacyjnym. Taryfikator za naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. przewiduje wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela 4 pkt 6 „Bezprawne udzielenie zamówień dodatkowych lub uzupełniających.”). Po przeanalizowaniu całokształtu materiału dowodowego w sprawie, z uwagi na wagę i charakter szczegółowo opisanego powyżej naruszenia, którego dopuścił się Beneficjent podczas stosowania p.z.p., IZ RPO WZ do wyliczenia wysokości korekty przyjęła maksymalny wskaźnik procentowy, bowiem Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisu prawa, które mogło spowodować znaczną szkodę finansową w budżecie UE. Podkreślić należy, iż swoim działaniem 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, albowiem w ogóle nie przeprowadził postępowania. Tym samym IZ RPO WZ nie widzi podstaw do obniżenia poziomu wartości wskaźnika.

Warto jeszcze wspomnieć, iż jak wskazał NSA w wyroku z dnia 08 maja 2014 r. (sygn. II GSK 249/13) nałożenie korekt finansowych jest rezultatem postanowień umownych, które Beneficjent przyjął podpisując umowę, a ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest w przypadku umowy o dofinansowanie obowiązek przestrzegania przepisów ustawy p.z.p. NSA pokreślił, iż nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania. Taryfikator przewiduje nałożenie na Beneficjenta odpowiednich korekt finansowych w przypadku stwierdzenia naruszenia przez niego procedur udzielania zamówień

publicznych wspólnotowych lub/i przepisów ustawy p.z.p., przy czym Beneficjent podpisując umowę wyraża zgodę na zastosowanie przez Instytucję Zarządzającą zaleceń określonych przez MIR. Wytyczne, co do zasady nie stanowią źródła prawa, lecz w stosunkach między stronami umowy, stają się warunkami umowy poprzez stosowne zapisy w umowach.

Stosując zatem zapisy Taryfikatora w wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono i nałożono korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (kwotę korekty finansowej, tj. 69 660,48 zł obliczono jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (50%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia – tj. wobec umowy nr 1/271.21/2011 z dnia 31 stycznia 2012 r. (w zakresie prac wykonanych w związku ze zmianą technologii wykonywania części robót związanych z budową sieci elektroenergetycznej ze względu na warunki gruntowe i z wymianą gruntu) tj. 557 283,69 zł.

Wobec ww. ustaleń, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, została przez IZ RPO WZ ustalona w kwocie 69 660,48 zł. Powyższa kwota zawiera dotychczas wypłaconą Beneficjentowi należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 54 173,50 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. 15 486,98 zł.

Kwota 15 486,98 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej 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 decyzją o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 54 173,50 zł wraz z odsetkami.

Konkludując, w trakcie trwania czynności kontrolnych po szczegółowej analizie dokumentacji oraz stanu faktycznego w sprawie ustalono, że Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisów p.z.p. (naruszenie procedur stosownie do art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p.), które spowodowało potencjalną szkodę finansową w budżecie UE, a zaistnienie takiej okoliczności jest jednoznaczne z wystąpieniem nieprawidłowości w projekcie, co wiąże się z nałożeniem stosownie do art. 26 ust. 1 pkt 15a u.z.p.p.r. korekty finansowej w oparciu o zapisy Taryfikatora. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych, jak również informacji, iż w przypadku podjęcia przez Gminę decyzji o wydzierżawieniu części składników infrastruktury technicznej powstałej w ramach projektu, Gmina uzyska prawną możliwość odzyskania podatku VAT, IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE. Tym samym Beneficjent został 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 w przedmiocie zwrotu środków.

Analiza niniejszej sprawy, odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii kwalifikowalności podatku VAT, doprowadziła do wniosku, iż w świetle przedstawionych argumentów, jak również pełnej analizy prawno-podatkowej, w opisanym w niniejszej decyzji stanie faktycznym, Beneficjent nie ma prawnej możliwości odzyskania podatku VAT w analizowanym zakresie, tym samym pozostaje on wydatkiem kwalifikowalnym. Odnosząc się zaś do stwierdzonego naruszenia p.z.p., IZ RPO WZ po analizie całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, stwierdziła, iż Beneficjent w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe związane z realizacją inwestycji pn.: „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych parku Regionalnego w Gryfinie – etap II” naruszył dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p., poprzez udzielenie części zamówienia bez zachowania ustawowych przesłanek udzielania zamówień dodatkowych. W tym miejscu wskazać należy, iż pismem z dnia z dnia 01 lipca 2014 r. Beneficjent wyraził zgodę na potrącenie z płatności końcowej w projekcie kwoty korekty naliczonej za naruszenie p.z.p. wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Niemniej jednak z uwagi na fakt, iż przedmiotowa zgoda została wyrażona i wpłynęła do IZ RPO WZ po wyznaczonym zgodnie z przepisami u.f.p. w wezwaniu do zwrotu środków z dnia 06 czerwca 2014 r. terminie 14 dni, jak również mając na względzie treść art. 207 ust. 9 pkt 1 u.f.p. tj. iż po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków, z

uwzględnieniem ust. 2, IZ RPO WZ zobowiązana była do wszczęcia postępowania administracyjnego, zakończonego niniejszą decyzją.

Podsumowując w związku z zaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. (naruszenie przepisu p.z.p.) oraz z uwagi na bezskuteczny upływ terminu, o którym mowa w art. 207 ust. 8 u.f.p. koniecznym stało się pojęcie przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przedmiotowej decyzji administracyjnej. 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 u.z.p.p.r., odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań.

W tym miejscu należy dodać, iż z dniem 13 września 2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2014 r., poz. 1146), którą zmieniono m.in. zapisy art. 207 u.f.p. Z uwagi na fakt, iż ww. ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. w zakresie powyższej zmiany nie wprowadziła przepisów przejściowych, przepis art. 207 w zmienionym brzmieniu należy stosować począwszy od dnia 13 września 2014 r., a zatem stanowi on podstawę prawną wydania niniejszej decyzji administracyjnej.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie, wyniki kontroli koniecznym stało się wydanie niniejszej decyzji. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ orzeka jak w sentencji.

Pouczenie

Od niniejszej decyzji nie służy odwołanie, jednakże Strona 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.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) Gmina Gryfino
ul. 1 Maja 16
74-100 Gryfino
- 2) a/a