

Załącznik do uchwały nr 1387/19  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 06 sierpnia 2019 r.

Forest Sp. z o.o.  
ul. Bronisławy 17  
71 – 553 Szczecin

WWRPO.VIII.3162.28.2018.AM

**DECYZJA**  
**Nr WWRPO/2014-2020/7/W/2019**

podjęta w dniu 06 sierpnia 2019 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

*Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Stanisław Wziątek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Janusz Gromek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. c ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431 t. j. ze zm.), art. 207 ust. 12 a 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. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 512 t.j.) oraz art. 138 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 t.j. ze zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – Forest Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Bronisławy 17 w Szczecinie – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/1/W/2019 z dnia 5 lutego 2019 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A022/16-00 zawartej w Szczecinie w dniu 9 stycznia 2017 r. na realizację projektu pn. „Wzrost wykorzystania odnawialnych źródeł energii na terenie województwa zachodniopomorskiego poprzez budowę instalacji fotowoltaicznej w zakładzie w Dobrzanach przez firmę „Forest” Sp. z o.o.” w łącznej kwocie 176 375,00 zł (słownie: sto siedemdziesiąt sześć tysięcy

trzysta siedemdziesiąt pięć złotych 00/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych,

- utrzymuje w całości w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/1/W/2019 z dnia 5 lutego 2019 r.

### Uzasadnienie

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Szczecinie (zwany dalej WFOŚiGW) pełniący funkcję Instytucji Pośredniczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 w dniu 9 stycznia 2017 r. zawarł z Forest Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Bronisławy 17 w Szczecinie (zwana dalej Beneficjentem lub Spółką) umowę o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A022/16-00 (zwana dalej Umową) na realizację projektu pn. „Wzrost wykorzystania odnawialnych źródeł energii na terenie województwa zachodniopomorskiego poprzez budowę instalacji fotowoltaicznej w zakładzie w Dobrzanach przez firmę „Forest” Sp. z o.o.” (zwanym dalej Projektem). Dodatkowo pomiędzy Spółką a IZ RPO WZ zawarto aneks do Umowy nr RPZP.02.10.00-32-A022/16-01 z dnia 29 marca 2017 r.

W trakcie obowiązywania Umowy rozwiązaniu uległo porozumienie z dnia 6 maja 2015 r. na mocy, którego Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwana dalej IZ RPO WZ) powierzył WFOŚiGW wykonywanie zadań związanych z realizacją Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanym dalej RPO WZ 2014 – 2020). W wyniku powyższego IZ RPO WZ stała się stroną Umowy o czym Beneficjent został poinformowany pismem z dnia 19 maja 2017 r.

Umowa określa szczegółowe zasady dofinansowania Projektu, a także wynikające z nich prawa i obowiązki Beneficjenta. Zgodnie z jej postanowieniami IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację Projektu na podstawie poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji Projektu na podstawie wniosku o dofinansowanie, zgodnie z właściwymi przepisami prawa unijnego oraz polskiego, z zachowaniem zasad o których mowa w wytycznych horyzontalnych oraz wytycznych programowych, jak też z uwzględnieniem postanowień regulaminu naboru projektów do działania, na podstawie którego wymieniony projekt został wybrany do dofinansowania (§ 4 ust. 3 zd. 1 Umowy). Ponadto wymieniony w związku z realizacją Projektu, zgodnie z § 4 ust. 3 zd. 2 Umowy, 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) zapewnienie realizacji Projektu przez personel projektu posiadający kwalifikacje określone we wniosku o dofinansowanie,
- 4) zachowanie trwałości Projektu oraz rezultatów.

W tym miejscu wskazać należy dodatkowo, iż w myśl § 2 ust. 5 Umowy dofinansowanie na realizację Projektu może być przeznaczone na sfinansowanie wydatków poniesionych w jego ramach przed podpisaniem wymienionej umowy cywilnoprawnej, o ile wydatki dotyczyć będą okresu realizacji Projektu jak też zostaną uznane za kwalifikowalne zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym Wytycznymi horyzontalnymi wydanymi przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020, tj. Wytycznymi 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. (zwane dalej Wytycznymi) znajdującymi zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

W dniach 10 – 11 lipca 2018 r. na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431 t. j. ze zm., zwanej dalej uzrp) oraz § 16 Umowy IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę doraźną na dokumentach. W wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono, iż Beneficjent w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Kompleksowe wykonanie instalacji fotowoltaicznej w ramach projektu pn. „Wzrost wykorzystania odnawialnych źródeł energii na terenie województwa zachodniopomorskiego poprzez budowę

instalacji fotowoltaicznej w zakładzie w Dobrzanach przez firmę „Forest” Sp. z o.o.”” (zwanego dalej Zamówieniem) dopuścił się poniższych naruszeń polegających na:

1. udzieleniu Zamówienia w sposób niezapewniający przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nieuzasadnione ograniczenie zakresu opisu przedmiotu wymienionego zamówienia oraz udostępnienie stosownej dokumentacji jedynie w siedzibie Beneficjenta czym uchybiono zapisom Wytycznych ujętych w Rozdziale 6.5 pkt 1,
2. sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia w sposób nieproporcjonalny do jego przedmiotu jak też zawężający konkurencję poprzez ustanowienie wymagań przewyższających potrzeby niezbędne do osiągnięcia celów Projektu czym uchybiono zapisom Wytycznych zawartych w Rozdziale 6.5.2 pkt 6,
3. nieprawidłowym sformułowaniu kryterium oceny ofert poprzez odniesienie się do właściwości wykonawcy a nie przedmiotu Zamówienia czym uchybiono zapisom Wytycznych ujętych w Rozdziale 6.5.2 pkt 7 lit. a i d,
4. wybraniu oferty bez uwzględnienia kryteriów ocen określonych w zapytaniu ofertowym poprzez niezastrzeżenie we wskazanym zapytaniu braku możliwości korzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów trzecich podczas gdy jeden z wykonawców polegający na takich zasobach otrzymał 0 punktów w odniesieniu do kryteriów dotyczących doświadczenia oraz referencji czym uchybiono zapisom Wytycznych zawartych w Rozdziale 6.5.2 pkt 8 lit. b,
5. dokonaniu istotnych zmian postanowień umowy zawartej z wykonawcą w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano jego wyboru poprzez określenie w zapytaniu ofertowym terminu realizacji Zamówienia na dzień inny niż ten wynikający ze wskazanej umowy czym uchybiono zapisom Wytycznych ujętych w Rozdziale 6.5.2 pkt 17.

Za powyższe naruszenia, zgodnie z Załącznikiem do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 t.j., zwanym dalej Rozporządzeniem) na podstawie odpowiednio jego pozycji 21, 12, ponownie 12, 13 oraz 28 nałożono każdorazowo 25 % stawkę korekty wydatków kwalifikowalnych przedkładanych do rozliczenia w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż odnośnie ostatniego ze stwierdzonych naruszeń, stawka korekty wynosi 100 % wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększone o 25 % wartości ostatecznego zakresu świadczenia (poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia), tj. 25 % liczone od wartości pomniejszonej o wartość dodatkową zamówienia wynikającą z niedozwolonej zmiany umowy. Z uwagi jednakże na fakt, iż dokonana przez Beneficjenta zmiana postanowień umowy zawartej z wykonawcą dotyczyła zmiany terminu realizacji Zamówienia, tj. nie prowadziła do zwiększenia jego wartości, zastosowano korektę w wysokości 25 %.

W związku z przedstawionymi wyżej ustaleniami zawartymi w protokole kontrolnym z dnia 7 sierpnia 2018 r. stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości indywidualnych 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.U.UE.L.2013.347.320 ze zm., zwanego dalej Rozporządzeniem nr 1303/2013), zgodnie z którym przywołane pojęcie oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej (zwanej dalej UE) poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Z uwagi na powyższe, na podstawie § 9 Rozporządzenia, w myśl którego w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości, do korekty wydatków kwalifikowalnych przedkładanych do rozliczenia w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia zastosowano stawkę w wysokości 25 %.

Wartość nieprawidłowości ustalona na podstawie wydatków kwalifikowalnych przedstawionych do dofinansowania zgodnie z umową z dnia 21 czerwca 2017 r. o wykonanie instalacji fotowoltaicznej zawartą pomiędzy Beneficjentem a S. s. c. wraz z aneksem z dnia 10 sierpnia 2017 r. i fakturami wyniosła 209 971,25 zł.

Beneficjent pismem z dnia 22 sierpnia 2018 r. złożył zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej Projektu. I tak, odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego ograniczenia zakresu opisu przedmiotu Zamówienia oraz udostępnienia stosownej dokumentacji jedynie w siedzibie Beneficjenta wymieniony podniósł, iż wskazał na czym ma polegać usługa oraz odesłał potencjalnych oferentów do stosownej dokumentacji (pozwolenie na budowę, projekt budowlany). Spółka nadmieniła przy tym, iż nie jest możliwe aby w zapytaniu ofertowym zawrzeć wszystkie niezbędne informacje potrzebne do przygotowania precyzyjnej oferty, dlatego celowe i powszechnie praktykowane jest odsyłanie do dokumentacji technicznej. W odniesieniu natomiast do zarzutu udostępnienia wskazanej dokumentacji jedynie w siedzibie Beneficjenta wymieniony stwierdził, iż przy Zamówieniu o wartości około 1 mln zł udanie się do niego bądź zlecenie tego zadania innemu podmiotowi nie było zbyt uciążliwe. Dodatkowo Beneficjent wskazał, iż omawiana dokumentacja projektowa objęta jest prawami autorskimi, a sam autor nie życzył sobie szerszego jej udostępniania. W kwestii stwierdzonego przez IZ RPO WZ naruszenia polegającego na ustanowieniu wymagań przewyższających potrzeby niezbędne do osiągnięcia celów Projektu, tj. aby elementy Zamówienia (inwertery, panele) były wyprodukowane w UE a inwertery pochodziły od producenta, który oferuje je od co najmniej 15 lat, Spółka wskazała, iż przywołane wyżej wymogi były racjonalne, przejrzyste i niedyskryminujące, jak również proporcjonalne do przedmiotu omawianego zamówienia. Ponadto wskazano, iż produkty spoza Europy, szczególnie produkty z krajów azjatyckich mają złą opinię. Z uwagi na powyższe Beneficjent uznał, iż produkty pochodzenia europejskiego lepiej spełnią wymagania odnośnie ich długotrwałej eksploatacji wynoszącej około 25 lat. Wymieniony wskazał przy tym, iż dostępność usług serwisowych czy możliwość wymiany omawianych produktów jest dużo lepsza właśnie dla produktów europejskich, chociażby ze względu na czas dostawy zamienników czy części zamiennych. Odnośnie natomiast drugiego z postawionych wymogów Spółka podniosła, iż inwertery jako produkty elektromechaniczne są urządzeniami pozornie nieskomplikowanymi, jednak te najlepsze pochodzą od firm o długoletnich tradycjach stawiających na innowacyjność i rozwój produktu na podstawie badań własnych. Tym samym sformułowanie warunku by inwertery pochodziły od producenta, które oferuje je od co najmniej 15 lat miało na celu zapewnienie i utrzymanie wskaźników inwestycji w okresie zakładanej minimalnej trwałości instalacji. Przechodząc niniejszym do przywołania zastrzeżeń Beneficjenta dotyczących naruszenia polegającego na nieprawidłowym sformułowaniu kryterium oceny ofert poprzez odniesienie się do właściwości wykonawcy (kryterium doświadczenia składające się z trzech podkryteriów) wymieniony wskazał, iż działanie na rynku jako autoryzowany serwis i autoryzowany przedstawiciel sprzedaży producenta inwerterów (podkryteria ujęte w punkcie 5.2 lit. b i c zapytania ofertowego z dnia 27 grudnia 2016 r.) dawało dużą pewność, że deklarowane warunki umowne w tym w szczególności w zakresie gwarancji czy rękojmi będą faktycznie dotrzymane. Przedsiębiorstwo, które uzyskało przywołane wyżej autoryzacje charakteryzuje się bowiem profesjonalną kadrą techniczną jak również zaplecem warsztatowym dzięki którym to właściwościom, w przypadku wystąpienia awarii urządzenia, istniała gwarancja szybkiej na nią reakcji jak też brak pośredników przy zakupie i instalacji niezbędnych elementów urządzenia. W tym miejscu wskazać należy, iż Spółka w omawianym piśmie z dnia 22 sierpnia 2018 r. nie wniosła zastrzeżeń odnośnie kwestionowanego podkryterium dotyczącego również właściwości wykonawcy o treści „Świadczenie usług na rynku fotowoltaiki co najmniej od 5 lat” (punkt 5.2 lit. a zapytania ofertowego z dnia 27 grudnia 2016 r.). Podważając istnienie kolejnej ze stwierdzonych nieprawidłowości jaką było wybranie oferty bez uwzględnienia kryteriów ocen określonych w zapytaniu ofertowym Spółka wskazała, że jeden z oferentów, tj. firma O. wbrew twierdzeniom ujętym w protokole pokontrolnym z dnia 7 sierpnia 2018 r. nie polegała na zasobach podmiotów trzecich a jedynie powoływała się na cudze referencje a ponadto ich nie przedłożyła. W nawiązaniu natomiast do stwierdzonego naruszenia polegającego na dokonaniu istotnej zmiany postanowień przywołanej już wyżej umowy z dnia 21 czerwca 2017 r. w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy Beneficjent podniósł, iż przesunięcie terminu realizacji Zamówienia wynikało z faktu przeprowadzenia przez wymienionego jeszcze jednej dużej inwestycji, tj. budowy hali produkcyjnej gdzie złe warunki pogodowe spowodowały szereg problemów na terenie prowadzonych prac budowlanych. Spółka wskazała ponadto, iż w chwili formułowania zapytania ofertowego oraz w chwili wyboru wykonawcy nie przewidywała zmiany terminu realizacji Zamówienia, ponieważ w tamtym czasie nie wiedziała na jakie problemy napotka w trakcie budowy wymienionej hali. Dodatkowo wyjaśniono, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do wydłużenia terminu wykonania wymienionego zamówienia a jedynie do przesunięcia go na później. Na zakończenie Beneficjent stwierdził, iż wbrew stanowisku zespołu kontrolującego zmiana terminu realizacji Zamówienia nie wpłynęła na krąg jego potencjalnych wykonawców.

W odpowiedzi na powyższe IZ RPO WZ pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r., odnosząc się do zastrzeżeń złożonych przez Beneficjenta, poinformowała wymienionego o odstąpieniu od wykazania

naruszenia w zakresie określenia dyskryminacyjnych kryteriów oceny ujętych w punkcie 5.2 lit. b i c zapytania ofertowego z dnia 27 grudnia 2016 r., przy jednoczesnym braku podstaw do zmiany stanowiska w pozostałym zakresie zawartego w protokole pokontrolnym z dnia 7 sierpnia 2018 r.

W wyniku nałożenia na wydatki związane z Zamówieniem 25 % korekty finansowej IZ RPO WZ pismem z dnia 10 września 2018 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 176 375,00 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania. Jednocześnie poinformowano wymienionego, iż z uwagi na fakt, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, zostały również poniesione z naruszeniem obowiązujących procedur nałożono na nie korektę finansową w wysokości 33 596,25 zł, która to kwota zostanie pomniejszona z płatności końcowej w Projekcie.

Następnie, z uwagi na bezskuteczny upływ terminu wskazanego w wezwaniu, w dniu 30 października 2018 r. wszczęto wobec Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych na podstawie Umowy w związku z wykorzystaniem ich z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ 2014 – 2020.

Na skutek wszczętego postępowania administracyjnego Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, po dokonaniu całościowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie odstąpił od stwierdzenia naruszenia polegającego na wybraniu oferty bez uwzględnienia kryteriów ocen określonych w zapytaniu ofertowym (Rozdział 6.5.2 pkt 7 lit. a i d Wytycznych) oraz naruszenia w postaci dokonania istotnych zmian postanowień umowy zawartej z wykonawcą w stosunku do treści oferty (Rozdział 6.5.2 pkt 7 lit. a i d Wytycznych). Jednakże z uwagi na brzmienie § 9 ust. 1 Rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu, wskazane wyżej odstąpienia nie wpłynęły na ostateczną wysokość określonej uprzednio korekty finansowej. Tym samym przywołany wyżej organ w dniu 5 lutego 2019 r. podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/2014-2020/1/W/2019 orzekającą od Beneficjenta zwrot środków otrzymanych w ramach RPO WZ 2014 – 2020 na podstawie Umowy na realizację Projektu w wysokości 176 375,00 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

Spółka korzystając z uprawnień wynikających z art. 207 ust. 12a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 t.j., zwanej dalej upf) pismem z dnia 21 lutego 2019 r. (wpływ do IZ RPO WZ w dniu 25 lutego 2019 r.), złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej przywołanym orzeczeniem administracyjnym wnosząc o jej uchylenie.

We wskazanym środku odwoławczym profesjonalny pełnomocnik Beneficjenta uznając za nieuzasadnione kwestionowanie prawidłowości postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy Zamówienia w znaczącej mierze powtórzył argumentację zawartą w zastrzeżeniach do protokołu kontrolnego ujętych w piśmie z dnia 22 sierpnia 2018 r. Jedynie bowiem w zakresie pominiętego uprzednio naruszenia polegającego na nieprawidłowym sformułowaniu kryterium oceny ofert poprzez odniesienie się do właściwości wykonawcy (podkryterium ujęte w punkcie 5.2 lit. a zapytania ofertowego z dnia 27 grudnia 2016 r.) przywołał dodatkowe okoliczności. I tak, wymieniony wskazał, iż uprawnienie do określenia jakie konkretne wymogi winni spełniać wykonawcy wynikało z obiektywnej i uzasadnionej potrzeby wykonania instalacji fotowoltaicznej w sposób zapewniający możliwość jej niezakłóconego działania.

Ze względu na konieczność przeanalizowania całokształtu materiału dowodowego IZ RPO WZ, postanowieniami z dnia 25 marca 2019 r., 25 kwietnia 2019 r. oraz z dnia 23 maja 2019 r. zawiadomiła Beneficjenta o przedłużeniu postępowania w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy łącznie do dnia 24 czerwca 2019 r. W trakcie trwania przywołanego wyżej okresu wymieniony organ administracji postanowieniem z dnia 4 czerwca 2019 r. sprostował z urzędu oczywistą omyłkę pisarską występującą w decyzji administracyjnej nr WWRPO/2014-2020/1/W/2019 z dnia 5 lutego 2019 r. w ten sposób, że na stronie 1 wskazanego orzeczenia (w opisie załącznika) zamiast „Załącznik do uchwały nr 185/19” powinno być „Załącznik nr 186/19”. Następnie, pismem z dnia 11 czerwca 2019 r. IZ RPO WZ poinformowała wymienionego o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie jak również pouczyła o uprawnieniach zawartych w art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 t.j. ze zm., zwanej dalej kpa). Mając na uwadze konieczność zapewnienia Beneficjentowi możliwości zapoznania się z aktami oraz wypowiedzenia się co do zebranych materiałów, a także zgłoszonych żądań oraz spełnienia wymogów formalnych określonych w kpa, wskazany organ wydłużył postępowanie administracyjne do dnia 24 lipca 2019 r. a następnie z tych samych przyczyn do dnia 23 sierpnia 2019 r.

W związku ze skorzystaniem przez Beneficjenta z prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień

oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku jak poniżej.

W pierwszej kolejności 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. Jedną z kompetencji, a zarazem obowiązków ustawowych IZ RPO WZ jest prowadzenie kontroli realizacji poszczególnych projektów w ramach RPO WZ, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi. 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 wykrycie nieprawidłowości w zakresie ich wydatkowania 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).

W przedmiotowej sprawie Beneficjent wykorzystał środki publiczne przekazane mu na podstawie Umowy z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ 2014 – 2020, do których stosowania był zobowiązany przystępując do konkursu, a następnie podpisując w dniu 9 stycznia 2017 r. przywołaną wyżej 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.

Na marginesie wskazać należy, że względu na fakt, iż sądy administracyjne w ramach perspektywy finansowej 2014 – 2020, nie wypracowały dotychczas orzecznictwa dotyczącego relacji między zasadami realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych, a normami prawnymi zawartymi w ufp, zasadnym jest posługiwanie się orzeczeniami wymienionych sądów wydanymi w czasie trwania poprzedniej perspektywy, tj. na lata 2007 – 2013. Z uwagi na powyższe, przywołać należy w tym miejscu wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2015 r. (sygn. akt II GSK 2109/14) zgodnie z którym, podpisana przez beneficjenta według wzoru 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 „innych procedur” mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Należy zaznaczyć, iż 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 Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. akt I SA/Rz 823/10). 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 cytowanym już w zaskarżonej decyzji 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 2014 – 2020, 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.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż pod sformułowaniem „inne procedury” użytym w art. 184 ufp należy rozumieć zarówno zapisy Umowy ale również Wytyczne. W tym miejscu wskazania wymaga, co podkreślano również w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji z dnia 5 lutego 2019 r., iż zapisy Wytycznych określają ujednoczone warunki i procedury dotyczące kwalifikowalności wydatków dla funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności gdzie zgodnie z omawianym dokumentem okres kwalifikowalności wydatków w ramach Projektu może przypadać na okres przed podpisaniem Umowy, niemniej jednak aby takie wydatki zostały uznane za kwalifikowalne muszą spełniać warunki w nim określone.

Zgodnie z Rozdziałem 6.5 pkt 1 Wytycznych właściwa instytucja zobowiązuje beneficjenta w umowie o dofinansowanie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. zł netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców gdzie spełnienie powyższych wymogów następuje w drodze zastosowania przepisów pzp lub zasady konkurencyjności. Wskazany wyżej obowiązek nałożono na Spółkę na podstawie § 17 Umowy.

W przedmiotowej sprawie, w związku z wynikami kontroli doraźnej przeprowadzonej w dniach 10 – 11 lipca 2018 r. ustalono, iż Beneficjent zawierając w zapytaniu ofertowym z dnia 27 grudnia 2016 r. informację, iż prace powinny być wykonane zgodnie z pozwoleniem na budowę z dnia 14 grudnia 2016 r. decyzja nr 975/2018 i zatwierdzonym wskazanym orzeczeniem projektem budowlanym, wskazując przy tym, iż dokumentacja projektowa zawierająca szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia jest dostępna w jego siedzibie, zastrzegając jednocześnie, iż przywołana dokumentacja nie będzie wysyłana do potencjalnych oferentów pocztą elektroniczną ani w żaden inny sposób, naruszył przywołaną wyżej regulację ujętą w Wytycznych.

Odnosząc się niniejszym do zarzutów Spółki zawartych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 21 lutego 2019 r., w którym zakwestionowana została zasadność ustaleń dokonanych przez IZ RPO WZ, wskazać należy na wstępie, iż słusznie wymieniona podnosi, że nie jest możliwym zawarcie w samym zapytaniu ofertowym szczegółowych informacji niezbędnych do precyzyjnego przygotowania oferty, stąd często w tego rodzaju dokumentach odsyła się potencjalnych wykonawców do dokumentacji projektowej. Jednakże w tego typu przypadkach, wymieniona dokumentacja powinna stanowić załącznik do zapytania ofertowego bądź też winna być udostępniona na równych zasadach wszystkim zainteresowanym i to w sposób, który nie będzie dolegliwy dla wykonawców mających siedzibę w znacznej odległości od siedziby Beneficjenta, w tym przede wszystkim dla potencjalnych wykonawców z innych państw członkowskich UE. W tym miejscu zwrócić należy uwagę również na fakt, iż na Spółce ciążył obowiązek opisanie przedmiotu Zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, czyniąc to za pomocą zrozumiałych i dostatecznie dokładnych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, iż Beneficjent poprzez nieuczynienie z dokumentacji projektowej części zapytania ofertowego a pozostawiając ją w swojej dyspozycji i udostępniając jedynie do wglądu w swojej siedzibie ograniczył do niej dostęp potencjalnie zainteresowanym wykonawcom co jest niezbędne do podjęcia przez nich decyzji o wyrażeniu zainteresowania otrzymaniem Zamówienia. Nadmienić przy tym należy, iż zasada równego traktowania wykonawców, do przestrzegania której zobowiązał się Beneficjent, jest zasadą zgodnie z którą zabrania się zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców. Zamawiający musi bowiem zagwarantować potencjalnym wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o przedmiotowym zamówieniu.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż wymieniony swoim działaniem polegającym na niejednoznacznym opisie przedmiotu Zamówienia naruszył zasady jego udzielania w wyniku czego IZ RPO WZ zgodnie z poz. 21 Załącznika do Rozporządzenia ustaliła korektę finansową w wysokości 10 %. W tym miejscu dodatkowo wskazać należy, co uczyniono również w zaskarżonej

decyzji z dnia 5 lutego 2019 r., iż w protokole pokontrolnym z dnia 7 sierpnia 2018 r. w sposób błędny określono wskazaną korektę na poziomie 25 % bowiem przywołana wyżej regulacja prawna przewiduje za ten rodzaj naruszenia korektę w wysokości 10 % z opcją obniżenia jej do 5 % co doprowadziło do zweryfikowania przedstawionego uprzednio stanowiska w tym zakresie.

Przechodząc niniejszym do omówienia kolejnego ze stwierdzonych naruszeń polegającego na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia w sposób nieproporcjonalny do jego przedmiotu jak też zawężający konkurencję wskazać należy, iż zgodnie z Rozdziałem 6.5.2 pkt 6 Wytucznych warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania (...), określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można przy tym formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. W myśl natomiast Rozdziału 6.5.2 pkt. 8 lit. a) i Wytucznych, opis przedmiotu zamówienia nie powinien odnosić się do określonego wyrobu lub źródła lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i został określony zakres równoważności (...).

Mając na uwadze przywołaną wyżej regulację stwierdzić należy, iż Beneficjent wskazując w ogłoszeniu o Zamówieniu, iż panele fotowoltaiczne oraz inwertery muszą być wyprodukowane w UE (pkt III 1 ogłoszenia), przy czym nieumożliwiając zaoferowania produktów równoważnych, jak też stawiając wymóg aby inwertery pochodziły od producenta, który oferuje je od co najmniej 15 lat (pkt III 2) ograniczył udział wykonawców oferujących produkty pochodzące spoza UE jak również wykonawców posiadających mniejsze niż przywołanej wyżej doświadczenie, a którzy mieliby możliwości i zasoby dla zrealizowania Zamówienia.

Przytoczonych wyżej ustaleń nie zmieniają złożone w tym zakresie wyjaśnienia Spółki zawarte we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 21 lutego 2019 r. w którym wymieniona jako powód sformułowania przywołanych wyżej warunków wskazała, iż produkty spoza Europy, szczególnie produkty z krajów azjatyckich mają złą opinię a tym samym produkty pochodzenia europejskiego lepiej spełniają wymagania odnośnie ich długotrwałej eksploatacji wynoszącej około 25 lat. Dodatkowo stwierdzono przy tym, iż dostępność usług serwisowych czy możliwość wymiany omawianych produktów jest dużo lepsza właśnie dla produktów europejskich, chociażby ze względu na czas ich dostawy. Wymienione okoliczności nie mają bowiem wpływu na fakt, iż zakaz opisywania przedmiotu Zamówienia poprzez odniesienie się do jego pochodzenia wynika wprost z Wytucznych. Jedynie bowiem w wyjątkowych sytuacjach, przy łącznym spełnieniu przywołanych wyżej przesłanek (Rozdział 6.5.2 pkt. 8 lit. a) i Wytucznych), Beneficjent mógł wskazać na pochodzenie konkretnego przedmiotu. Wprawdzie za zrozumiałe uznać należy zamierzenie wymienionego, by uzyskany przez niego produkt był jak najlepszej jakości, o tyle cel ten mógł zostać osiągnięty w inny sposób, który nie naruszałby obowiązujących go regulacji. W tym miejscu ponownie wskazać należy, co uczyniono również w zaskarżonej decyzji z dnia 5 lutego 2019 r., iż Spółka mogła żądać aby oferowane produkty były zgodne z Dyrektywą nr 2014/35/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie harmonizacji i ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia, która stanowi podstawę przyznania produktowi oznakowania zgodnego z Deklaracją zgodności CE. Dodatkowo Beneficjent przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia mógł posłużyć się odwołaniem do posiadania przez oferowane produkty specjalistycznych certyfikatów, takich jak TÜV Rheinland czy Solar Keymark itp. Powyższe pozwoliłoby na uzyskanie pożądaných produktów cechujących się najwyższą jakością przy jednoczesnym braku wykluczenia produktów wyprodukowanych poza UE, np. pochodzących ze Stanów Zjednoczonych czy Japonii.

Przechodząc niniejszym do omówienia zastrzeżeń złożonych w zakresie drugiego ze stawianych wymogów, tj. warunku aby inwertery pochodziły od podmiotu, który oferuje je od co najmniej 15 lat gdzie Spółka podniosła m. in., iż przywołane kryterium wynika z faktu, iż najlepsze inwertery pochodzą od firm o długoletnich tradycjach stawiających na innowacyjność i rozwój stwierdzić należy, iż wbrew stanowisku wymienionej wskazanie odpowiednio długiego okresu produkowania danego produktu nie gwarantuje uzyskania jego najwyższej jakości. Również bowiem i w tym przypadku Beneficjent chcąc uzyskać produkt najlepszej jakości winien odnieść się do stosownych norm europejskich, czy certyfikatów branżowych. Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż ukształtowanie przez wymienionego omawianego warunku w ten sposób, że inwertery muszą pochodzić od producenta, który oferuje je od co najmniej 15 lat, spowodowało znaczne ograniczenie rynku. Wyłączona bowiem została możliwość oferowania inwerterów przez producentów o mniejszym niż 15 letnie doświadczenie, co tym samym doprowadziło do wyłączenia z udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia tych podmiotów, które mimo charakteryzowanie się krótszym stażem na rynku, oferowały produkty dobrej jakości, jak i tych podmiotów, które wykupiły stosowne prawa autorskie i patenty do

produkcji inwerterów opracowanych przez innych większych wykonawców. Z uwagi na stwierdzone naruszenie IZ RPO WZ na podstawie poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia ustaliła korektę finansową w wysokości 25%.

Ostatnim ze stwierdzonych naruszeń jest zastosowanie w omawianym postępowaniu ofertowym nieprawidłowego kryterium oceny oferty poprzez odniesienie się do właściwości wykonawcy a nie przedmiotu Zamówienia w postaci posiadania co najmniej 5 letniego doświadczenia w świadczeniu usług na rynku fotowoltaiki (punkt 5.2 lit. a zapytania ofertowego z dnia 27 grudnia 2016 r.). W tym miejscu wskazania wymaga, iż zgodnie z Rozdziałem 6.5.2 pkt 7 Wytucznych kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenia zamówienia winny być formułowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy czym m. in. każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (Rozdział 6.5.2 pkt 7 lit. a Wytucznych) jak też kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (Rozdział 6.5.2 pkt 7 lit. d Wytucznych). Z uwagi na brzmienie powyższych regulacji stwierdzić należy, iż określone przez Beneficjenta kryteria oceny ofert powinny odnosić się do przedmiotu Zamówienia, a zatem w przedmiotowej sprawie winny nawiązywać do właściwości elementów omawianego zamówienia wchodzących w skład instalacji fotowoltaicznej, tj. inwerterów oraz paneli fotowoltaicznych czego wymieniony nie uczynił. Dodatkowo wskazać należy, iż użyte sformułowanie w szczególności nie ma charakteru zamkniętego co oznacza, iż w Rozdziale 6.5.2 pkt 7 lit. d Wytucznych nie zostały wymienione wszystkie właściwości wykonawcy, które nie mogą być przedmiotem oceny oferty. Powyższe oznacza, iż odwołanie się do doświadczenia wykonawcy w postaci świadczenia usług z zakresu fotowoltaiki w okresie co najmniej 5 lat zawiera się w zakresie wskazanej regulacji. A zatem za niedopuszczalne uznać należy stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty kryterium doświadczenia wykonawcy.

Odnosząc się niniejszym do złożonych w powyższym zakresie wyjaśnień Beneficjenta zawartych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, w których wymieniony podnosił, iż uprawnienie do określenia jakie konkretne wymogi winni spełniać wykonawcy wynikało z obiektywnej i uzasadnionej potrzeby wykonania instalacji fotowoltaicznej w sposób zapewniający możliwość jej niezakłóconego działania, stwierdzić należy, iż podobnie jak w przypadku stwierdzonego naruszenia dotyczącego sformułowania warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu Zamówienia zakaz odwoływania się do doświadczenia wykonawcy wynika wprost z cytowanych wyżej regulacji ujętych w Wytucznych. Ponadto wskazać należy, iż Beneficjent chcąc aby omawiana instalacja funkcjonowała prawidłowo, winien odwołać się, jak wskazywano już wyżej, do właściwości elementów stanowiących przedmiot Zamówienia a nie właściwości samego wykonawcy. Tym samym w związku ze stwierdzonym naruszeniem IZ RPO WZ na podstawie poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia ustaliła korektę finansową w wysokości 25%.

Podsumowując wszystko powyższe wskazać należy, iż po dokonaniu szczegółowej analizy zebranej dokumentacji w tym okoliczności faktycznych występujących w przedmiotowej sprawie, a także złożonych wyjaśnień zawartych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 21 lutego 2019 r. IZ RPO WZ podtrzymała swoje stanowisko wyrażone uprzednio w zaskarżonej decyzji z dnia 5 lutego 2019 r. zgodnie z którym Beneficjent poprzez swoje działanie naruszył regulacje ujęte w Wytucznych, tj. w rozdziale 6.5 punkt 1 oraz w rozdziale 6.5.2 w punktach 6 i 7 lit. a i d, do stosowania których był zobowiązany (§ 4 ust. 3 Umowy). Za powyższe, zgodnie z przedstawioną kolejnością stwierdzonych naruszeń na podstawie Załącznika do Rozporządzenia pozycja 21, 12 oraz ponownie 12 zastosowano korekty finansowe na poziomie odpowiednio 10 %, 25 % oraz 25 % gdzie w myśl § 9 przywołanego aktu normatywnego, regulującego kwestię istnienia kilku nieprawidłowości indywidualnych w ramach jednego zamówienia, zastosowano korektę o najwyższej wysokości, tj. 25 %.

Konsekwencją stwierdzonych wyżej naruszeń zapisów ujętych w Wytucznych 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.

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). Z regulacji art. 44 ust. 3 ufp wynika, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane m.in. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Celowość wydatków oznacza ich słuszość, niezbędnosć oraz związek z realizacją wykonywanego zadania publicznego. Pod pojęciem oszczędności należy

rozumieć natomiast minimalizację wykorzystywanych zasobów przy czym istotne jest także, aby oszczędne wydatkowanie nie oznaczało obniżenia jakości działalności. (tak, komentarz do art. 44 ufp B. Kucia – Guściora (w:) Smoleń (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2014). 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.

Ponadto podkreślić należy, iż na podstawie cytowanego już wyżej § 2 ust. 5 Umowy Beneficjent finansując wydatki poniesione w ramach Projektu przed podpisaniem Umowy zobowiązany był stosować obowiązujące przepisy w tym Wytyczne. Naruszenie reguł postępowania obowiązujących przy wykorzystywaniu środków pomocowych stanowi naruszenie art. 184 ufp poprzez naruszenie zapisów Umowy odnoszących się do Wytycznych. 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 ze stwierdzonym naruszeniem art. 44 ust. 3 ufp oraz art. 184 ufp, wymieniony 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 wydatku, który poprzez niewłaściwe a opisane wyżej działania Beneficjenta polegające w szczególności na nieuzasadnionym ograniczeniu zakresu przedmiotu Zamówienia oraz udostępnieniu stosownej dokumentacji jedynie w siedzibie wymienionego jak też ustanowieniu wymagań przewyższających potrzeby niezbędne do osiągnięcia celów Projektu ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, którzy nie wykluczone, iż złożyliby oferty korzystniejsze od tej ostatecznie wybranej. W tym miejscu stwierdzić należy ponadto, na co wskazywano już w zaskarżonej decyzji z dnia 5 lutego 2019 r., 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

świadczą, iż naruszenie prawa wynikające z jego działania wykluczało negatywny wpływ na budżet UE.

Zgodnie z brzmieniem § 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 209 971,25 zł (988 100,00 zł x 25% x 85%) z czego kwota 33 596,25 zł zostanie pomniejszona z wniosku o płatność końcową (środki niewypłacone, co do których zgoda Beneficjenta na ich pomniejszenie nie jest wymagana). Do zwrotu pozostała zatem kwota 176 375,00 zł (209 971,25 zł – 33 596,25 zł) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia ich przekazania.

Wynik kontroli udzielonego Zamówienia jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Beneficjenta, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 ufp, który obligował IZ RPO WZ do skierowania do wymienionego wezwania do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Bezskuteczny upływ 14 - dniowego terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, skutkuje wobec Strony wszczęciem postępowania administracyjnego zakończonego wydaniem decyzji administracyjnej określającej kwotę wymaganą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków (art. 207 ust. 9 ufp).

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 decyzji o zwrocie na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Jednocześnie wskazuje się, że na podstawie art. 207 ust. 4 pkt. 3 ufp w przypadku braku zwrotu środków wraz z odsetkami w terminie określonym wydaną decyzją, Beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymywania środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Okres wykluczenia kończy się z upływem trzech lat liczonych od dnia dokonania zwrotu wymienionych środków (art. 207 ust. 5 ufp).

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

Mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności Umowę oraz wyjaśnienia Beneficjenta, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylecia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję z dnia 5 lutego 2019 r. nr WWRPO/2014-2020/1/W/2019 nakazującą Beneficjentowi zwrot środków, które otrzymał na podstawie Umowy na realizację Projektu.

### **Pouczenie**

Od niniejszej decyzji przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, ul. Staromłyńska 10 w terminie 30 dni od daty jej doręczenia za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 1 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000,00 zł i nie więcej niż 100 000,00 zł (§ 1 pkt 4 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.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

Kamil Soiński – radca prawny  
EOL Soiński Radca Prawny S.C.  
ul. 3 maja 30/III piętro  
70 – 215 Szczecin

