



Załącznik do uchwały nr 1239/18
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 12 lipca 2018 r.

Baltic Steel Sp. z o.o.
ul. Przestrzenna 11
70-800 Szczecin

WWRPO.VIII.3162.81.2016.ASz

DECYZJA Nr WWRPO/13/W/2018

podjęta w dniu 12 lipca 2018 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

*Olgięrd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek 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 2018 poz. 1307 t.j.), art. 44 ust 3, 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 2017 r., poz. 2077 t.j. ze zm.) w zw. 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 2018 r. poz. 913 t.j. ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 t.j. ze zm.) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2017 poz. 935),

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – Baltic Steel Sp. z o.o. – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/1/W/2018 z dnia 12 lutego 2018 r. orzekającą zwrot części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 zawartej w dniu 18 czerwca 2013 r. na realizację projektu pn. „Rozbudowa B&S sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego” w łącznej kwocie 1 496 360,98 zł (słownie: jeden milion czterysta dziewięćdziesiąt sześć tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych 98/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych,

– utrzymuje w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/1/W/2018 z dnia 12 lutego 2018 r. w całości.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2018 poz. 1307 t.j., dalej: uzppr), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację

programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, 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 o finansach publicznych.

W dniu 18 czerwca 2013 r. B&S Sp. z o.o. (obecnie Baltic Steel Sp. z o.o.) zawarła z IZ RPO WZ umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 na realizację projektu pn. „Rozbudowa B&S sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego” Oś priorytetowa 1 „Gospodarka – Innowacje – Technologie”, Działanie 1.1 „Wzrost konkurencyjności przedsiębiorstw poprzez innowacyjne inwestycje”, Poddziałanie 1.1.3 „Inwestycje MSP w nowe technologie”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy: nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-01 z dnia 18 czerwca 2013 r., nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-02 z dnia 6 września 2013 r. i nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-03 z dnia 3 marca 2014 r.

W ramach przedmiotowej umowy określone zostały szczegółowe zasady dofinansowania projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie, zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Natomiast Beneficjent, w § 4 ust 4 umowy o dofinansowanie, zobowiązał się realizować projekt z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku o dofinansowanie. Ponadto w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent obowiązany był do przestrzegania właściwych przepisów pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego oraz właściwych przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących odpowiednich reguł, zasad i postanowień wynikających z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: RPO WZ), Uszczegółowienia RPO WZ, obowiązujących procedur, wytycznych, informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Tym samym Beneficjent zobowiązał się m.in. do przestrzegania Wytycznych dla Wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie projektu w ramach RPO WZ obowiązujących w ramach RPO WZ dla konkursu RPOWZ/1.1.3/2012/1 (dalej: Wytyczne).

W związku z zakończeniem realizacji projektu, na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr i § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 8 – 9 czerwca 2015 r. IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową projektu. Po przeprowadzeniu czynności kontrolnych IZ RPO WZ pismem z dnia 18 września 2015 r. poinformowała Beneficjenta o ostatecznym stanowisku w sprawie, nie stwierdzając zastrzeżeń w zakresie kwalifikowalności wydatków.

Niezależnie od działań IZ RPO WZ w dniu 29 września 2015 r. Urząd Kontroli Skarbowej w Szczecinie (dalej: UKS) wszczął wobec B&S Sp. z o.o. postępowanie kontrolne w przedmiocie wywiązywania się z warunków finansowania pomocy ze środków pochodzących z Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE). W przekazanym do IZ RPO WZ piśmie z dnia 19 stycznia 2016 r. zawierającym wyniki kontroli UKS stwierdzono, iż Beneficjent naruszył § 4 ust. 4, § 11 ust. 3 – 7 umowy o dofinansowanie, a także pkt 2.3.1 Wytycznych pn. „Ocena kwalifikowalności wydatku” oraz rozdział 6 Wytycznych pn. „Realizacja projektu”. Ponadto stwierdzono, iż przy udzielaniu zamówienia doszło do naruszenia zasad przejrzystości oraz bezstronności m.in. poprzez udzielenie zamówienia podmiotowi powiązanemu osobowo z Beneficjentem.

W związku z wynikami kontroli UKS z dnia 19 stycznia 2016 r., IZ RPO WZ zdecydowała o przeprowadzeniu w dniach 24 – 25 maja 2016 r. kontroli doraźnej projektu, w toku której stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r., ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31 lipca 2006 r., ze zm., zwanego dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006), przez którą należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.

Tym samym IZ RPO WZ potwierdziła ustalenia UKS zawarte w wynikach kontroli z dnia 19 stycznia 2016 r. oraz stanowisko dotyczące braku możliwości uznania za kwalifikowalne wydatków w kwocie 2 493 934,96 zł.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami w dniu 13 września 2016 r. IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w kwocie 1 496 360,98 zł (kwota wydatków wynikająca z poziomu

dofinansowania, tj. 60 % x 2 493 934,96 zł) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

Z uwagi na brak dokonania zwrotu w wyznaczonym terminie, w dniu 10 października 2016 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu ww. środków.

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego w dniu 12 lutego 2018 r. podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/1/W/2018 orzekająca zwrot od Beneficjenta – Baltic Steel Sp. z o.o. – środków otrzymanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 w łącznej kwocie 1 496 360,98 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

W tym miejscu warto zaznaczyć, iż w trakcie trwania postępowania administracyjnego zakończonego ww. decyzją, tj. w dniu 24 maja 2017 r. dokonano zmiany wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: KRS) w ten sposób, iż w miejsce dotychczasowej firmy Beneficjenta, tj. „B&S” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wpisano Baltic Steel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Beneficjent korzystając ze swojego uprawnienia, pismem z dnia 2 marca 2018 r. (data wpływu do IZ RPO WZ w dniu 5 marca 2018 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem ww. decyzji. Decyzji administracyjnej nr WWRPO/1/W/2018 Beneficjent zarzucił naruszenie:

1. art. 77 § 1 oraz art. 80 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 t.j. ze zm., dalej: kpa) w zw. z art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 t.j., dalej: ufp) poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie dowolnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, tj. oparcie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jedynie na niektórych tendencyjnie ocenionych dowodach, a w konsekwencji dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z rzeczywistym stanem sprawy, w zakresie:
 - a. wystąpienia nieprawidłowości w wydatkowaniu środków w rozumieniu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp,
 - b. naruszenia warunków i zasad wydatkowania środków,
 - c. istnienia powiązań osobowych i kapitałowych pomiędzy Beneficjentem, a wybranym przez niego wykonawcą,
2. art. 44 ust. 3 ufp polegające na przyjęciu, że wskazany przepis może być podstawą orzeczenia o zwrocie dofinansowania,
3. art. 44 ust. 3 ufp w zw. z art. 77 § 1 oraz 80 kpa polegające na braku przeprowadzenia postępowania w celu ustalenia zaistnienia przesłanek zawartych w powołanym przepisie oraz orzeczenie, że takie przesłanki wystąpiły,
4. art. 8 kpa w związku z art. 6 kpa poprzez uznanie okoliczności związanych ze zbyciem udziałów przez K. S. za dostatecznie wyjaśnione w toku procedury uruchamiania dofinansowania i wypłacie dofinansowania, a następnie przyjęcie już po zakończeniu realizacji projektu, że badana okoliczność stanowi naruszenie uzasadniające orzeczenie o zwrocie dofinansowania.

W związku z powyższym Beneficjent wniósł o uchylenie decyzji administracyjnej nr WWRPO/1/W/2018 z dnia 12 lutego 2018 r. oraz o umorzenie postępowania w przedmiocie zwrotu środków.

Uzasadniając zarzut wskazany w pkt 1 lit. a Beneficjent podniósł, że IZ RPO WZ powieliła ustalenia UKS i nie odniosła się do argumentów podnoszonych przez Beneficjenta. Wskazane zostało, iż zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp przesłanką orzeczenia o zwrocie dofinansowania jest „wykorzystanie środków z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 ufp”. Zgodnie z ww. przepisem środki publiczne winny być wykorzystywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu, a ponadto odpowiednio stosuje się zasady rozliczania określone dla dotacji z budżetu państwa. Natomiast w decyzji IZ RPO WZ zostały wykazane jedynie okoliczności takie jak: powiązania osobowe pomiędzy podmiotami realizującymi projekt, realizacją dostaw po zawyżonych cenach oraz przeprowadzenie procedury wyboru wykonawcy i zaniechanie dochodzenia uzasadnionych roszczeń z tytułu nienależycie wykonanej umowy, powyższe – w opinii Beneficjenta – nie pozwala przyjąć, iż wystąpiła przesłanka określona w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Beneficjent wskazał zatem, iż nie dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, którą rozumie się jako jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechanie podmiotu gospodarczego, które mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE, w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Jednocześnie Beneficjent podniósł, iż w doktrynie i literaturze prezentowane jest stanowisko, iż systemu realizacji projektu nie można zaliczyć do źródeł prawa

powszechnie obowiązującego (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2011 r. sygn. akt. P1/11, OTK-A 2011/10/115), a tym samym regulacje te nie mogą stanowić podstawy stwierdzenia wystąpienia naruszenia procedur, o których mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 i art. 184 ust. 1 ufp.

Podsumowując ww. zarzut Beneficjent podniósł, iż – w jego opinii – zwrot dofinansowania może nastąpić tylko w przypadku naruszenia przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Zwrotu dofinansowania nie można zatem opierać na naruszeniach wywodzonych z dokumentów o charakterze nienormatywnym np. Wytycznych IZ RPO WZ, Podręcznika dla Beneficjentów RPO WZ, jak i umowy o dofinansowanie.

Argumentując zarzut określony w pkt 1 lit. b Beneficjent wskazał, iż wywiązał się ze wszystkich zasad, o których mowa w § 11 ust. 3 – 7 umowy o dofinansowanie. W szczególności podkreślił, iż dokonał rozeznania co do cen nabywanych w ramach projektu, usług i towarów, upublicznił ogłoszenie o realizowanych zamówieniach za pośrednictwem sieci Internet, dopuścił do prowadzonych przez siebie postępowań konkurencyjną, natomiast przy wyborze wykonawcy kierował się obiektywnym kryterium – kryterium ceny. Tym samym Beneficjent stwierdził, iż zapewnił zachowanie wszystkich zasad wynikających z umowy o dofinansowanie.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zarzucił, iż IZ RPO WZ błędnie ustaliła istnienie powiązań osobowych i kapitałowych pomiędzy Beneficjentem, a wybranym przez niego wykonawcą (pkt 1 lit. c). Wykonawcą bowiem zamówienia na dostawę i montaż przecinarki do cięcia laserowego, na dostawę ładowarki teleskopowej oraz na wykonanie robót remontowo – budowlanych we wschodniej części hali przy ul. Przestrzennej 11 w Szczecinie była spółka M. H. Sp. z o.o. (później F. P. Sp. z o.o.). Beneficjent wskazał, iż na dzień udzielenia wykonawcy zamówienia, tj. na dzień 23 września 2013 r., struktura własnościowa Beneficjenta i Wykonawcy przedstawiała się następująco:

1. B&S Sp. z o.o.:
 - a. Zarząd – P. B.,
 - b. prokurenci, pełnomocnicy – brak,
 - c. udziałowcy – P. B. i K. S. po 50% udziałów,
2. M. H. Sp. z o.o.:
 - a. Zarząd – M. R.,
 - b. prokurenci pełnomocnicy – brak,
 - c. udziałowcy – E. Sp. z o.o. – 99% udziałów.

W związku z powyższym Beneficjent zaznaczył, iż nieprawidłowe są ustalenia IZ RPO WZ, jakoby naruszył on § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie. Według Beneficjenta IZ RPO WZ w skarżonej decyzji nie odniosła się do okoliczności zbycia udziałów spółki B&S Sp. z o.o. przez K. S. na rzecz P. B., jak i tego, że K. S. nie był ani udziałowcem, ani członkiem zarządu lub prokurentem wykonawcy wyłonionego po zbyciu przez niego udziałów.

Uzasadniając zarzut wskazany w pkt 2 Beneficjent wskazał, iż art. 44 ust. 3 ufp reguluje kwestie związane z dokonywaniem wydatków publicznych. Natomiast treść art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp dotyczy kwestii odmiennej, tj. zasad zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Z powyższego Beneficjent wywiódł, iż do środków uzyskanych w ramach umowy o dofinansowanie przez podmiot, który nie należy do sektora finansów publicznych nie może mieć zastosowania art. 44 ust. 3 ufp. Tym samym Beneficjent wskazał, iż nie ma możliwości orzeczenia zwrotu środków uzyskanych przez niego na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 na podstawie art. 44 ust. 3 ufp albowiem nie mieści się on w zakresie podmiotowym ww. przepisu.

Niezależnie od ww. zastrzeżeń Beneficjent zarzucił (pkt 3) przedmiotowej decyzji administracyjnej, iż w żaden sposób nie została w niej przedstawiona, ani udowodniona kwestia naruszenia art. 44 ust. 3 ufp. W opinii Beneficjenta IZ RPO WZ stwierdziła powyższe naruszenie jedynie na podstawie wybiórczo ustalonych okoliczności.

Ostatnim wskazanym zarzutem (pkt 4) było naruszenie przez IZ RPO WZ art. 8 w zw. z art. 6 kpa albowiem kwestia zbycia przez K. S. udziałów, jak również sekwencja zdarzeń z tym związana, była doskonale znana IZ RPO WZ. Zbadanie powyższych okoliczności na etapie realizacji projektu o dofinansowanie doprowadziło do wypłaty transzy dofinansowania. Co za tym idzie, późniejsze ocenienie przez IZ RPO WZ powyższych okoliczności jako uzasadniających orzeczenie zwrotu dofinansowania stanowi jawne naruszenie zasady nakazującej organom administracji publicznej prowadzenie postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej.

IZ RPO WZ, z uwagi na znaczny stopień skomplikowania sprawy oraz konieczność dokonania szczegółowej analizy zarzutów wskazanych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 4 maja 2018 r., a następnie do dnia 5 czerwca 2018 r.

Nadto pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 t.j., dalej: kpa). Następnie ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 3 sierpnia 2018 r.

W związku ze złożonym wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ na nowo przeprowadziła postępowanie wyjaśniające obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Rozbudowa B&S Sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 wraz z aneksami, dokumentacji z kontroli przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, a także wyjaśnień Beneficjenta oraz wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do niego jak poniżej.

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

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

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

– podlegają zwrotowi przez Beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Dodatkowo na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku wystąpienia ww. okoliczności beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, jeżeli nie zwróci ww. środków w terminie zawartym w art. 207 ust. 1 ufp (14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji). Wykluczenie na podstawie art. 207 ust. 5 ufp następuje na okres 3 lat, liczonych od dnia dokonania zwrotu środków.

Należy podkreślić, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie, Wytycznych dla Wnioskodawców (dalej: Wytyczne), Uszczegółowienia RPO WZ. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur, na podstawie których wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzanej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (zob. art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. Określa ona warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane (art. 30 ust 1 i 2 uzppr), tym samym jest elementem projektu. W związku z powyższym również niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi.

Wytyczne regulują kwestie uznawania wydatków za kwalifikowalne. Zaznaczyć należy, iż wydatkami kwalifikowalnymi są takie wydatki, które spełniają wymogi określone w Rozporządzeniu nr 1083/2006, Rozporządzeniu (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i uchylające rozporządzenie (WE) 1783/1999, jak również uzppr i przepisach rozporządzeń oraz Wytycznych wydanych na jej podstawie, oraz Uszczegółowień Programu, jak również z dokumentacji konkursowej. Zawarte w przedmiotowych Wytycznych zapisy dotyczące kwalifikowalności wydatków zostały przygotowane w oparciu o „Krajowe

wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007 – 2013”, które zostały wydane na podstawie art. 35 ust. 2 pkt 1 uzppr oraz art. 56 ust. 4 Rozporządzenia nr 1083/2006.

Krajowe Wytyczne przewidują, iż instytucja zarządzająca regionalnym programem operacyjnym powinna dodatkowo ustanowić szczegółowe zasady dotyczące kwalifikowania wydatków dla projektów współfinansowanych w ramach danego Programu. Co więcej dodać należy, iż zasady ustanowione przez instytucję zarządzającą mogą być bardziej restrykcyjne, niż zasady określone w Krajowych Wytycznych. Niemniej jednak bezspornym jest fakt, iż zarówno Krajowe Wytyczne, jak i Wytyczne nie przewidują odstępstw od zawartych w nich zasad uznawania danego wydatku za kwalifikowalny.

Zgodnie z Wytycznymi za wydatki kwalifikowalne uznać można tylko takie, które spełniają łącznie poniższe kryteria:

- a) zostały poniesione w okresie kwalifikowalności wydatków,
- b) są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa wspólnotowego oraz prawa krajowego,
- c) są zgodne z postanowieniami RPO WZ,
- d) są zgodne z postanowieniami umowy o dofinansowanie projektu,
- e) są niezbędne do realizacji projektu i zostały poniesione w związku z realizacją projektu,
- f) zostały dokonane w sposób oszczędny, tzn. w oparciu o zasadę dążenia do uzyskania założonych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku,
- g) zostały należycie udokumentowane,
- h) są zgodne z katalogiem wydatków kwalifikowalnych określonym w Wytycznych.

Niespełnienie zatem którejkolwiek z powyższych przesłanek powoduje, iż dany wydatek nie może zostać uznany przez IZ RPO WZ za kwalifikowalny.

Na podstawie § 11 ust. 5 umowy o dofinansowanie Beneficjent, na którym nie ciąży obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje się zawierać umowy, z których będą realizowane wydatki w ramach projektu, np. w przypadku realizacji dostaw, zakupów, usług czy robót budowlanych poprzez wybór i udzielenie zamówień w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz zapewnić dołożenie wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności w wypełnianiu funkcji jakiegokolwiek podmiotu objętego umową w związku z realizowanym zamówieniem. Ponadto w § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie wskazano, iż Beneficjent nie może dokonać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo. Przez powiązania kapitałowe lub osobowe rozumie się wzajemne powiązania między Beneficjentem, a wykonawcą, polegające w szczególności na:

- 1) uczestniczeniu w spółce, jako wspólnik spółki cywilnej lub spółki osobowej;
- 2) pełnieniu funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika;
- 3) pozostawaniu w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności w wyborze wykonawcy, w szczególności pozostawanie w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.

Tym samym, zgodnie z umową o dofinansowanie, Beneficjenta obowiązywał kategorię zakaz nabywania towarów i usług od podmiotów powiązanych z nim kapitałowo lub osobowo. Beneficjent jest bowiem zobowiązany do unikania konfliktu interesów z jakimkolwiek podmiotem pozostającym w związku z realizowanym zamówieniem w ramach projektu. Jako podmioty powiązane należy rozumieć takie, z których jeden może wywierać na drugi dominujący wpływ. Pozycja dominująca może występować zarówno po stronie Beneficjenta, jak i innego przedsiębiorstwa w stosunku do Beneficjenta. Ponadto oprócz powiązań kapitałowych mogą występować jeszcze powiązania osobowe, tj. takie gdzie relacje pomiędzy przedsiębiorstwami zachodzą poprzez osoby fizyczne (wspólnik, udziałowiec, akcjonariusz, członek zarządu). Niemniej jednak w takim przypadku powiązanie nastąpi pod warunkiem, że wskazane podmioty prowadzą działalność na tym samym rynku lub rynkach pokrewnych. Rynek pokrewny to taki, który dla danego produktu lub usługi, znajduje się bezpośrednio na wyższym lub niższym szczeblu w stosunku do właściwego rynku. Tym samym nie tylko strona umowy z Beneficjentem, lecz każdy inny podmiot zaangażowany w realizację zamówień w projekcie nie może pozostawać w stosunku wywołującym konflikt interesów, przy czym powinność dołożenia należytej staranności celem uniknięcia tego typu sytuacji spoczywa na Beneficjencie. Co za tym idzie nawet w sytuacji umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą, czy też dalszym podwykonawcą lub producentem, podmiotem zapewniającym źródło finansowania towaru, usługi lub robót budowlanych w ostatecznym rozliczeniu występuje sam Beneficjent, czy to w ramach wkładu własnego czy ze środków publicznych, mamy do czynienia z podmiotem powiązaniem.

Pierwszym zarzutem stawianym we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Beneficjenta (pkt 1 lit. a) jest fakt, iż nie dopuścił się on naruszenia obowiązujących go w ramach realizacji projektu procedur, albowiem taka sytuacja może wystąpić jedynie w przypadku naruszenia przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Tym samym zwrot taki nie może się opierać na niedochowaniu obowiązków wynikających z dokumentów o charakterze nienormatywnym np. Wytycznych IZ RPO WZ, Podręcznika dla Beneficjentów RPO WZ, jak i umowy o dofinansowanie. Na potwierdzenie stawianego zarzutu Beneficjent przytoczył wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) z dnia 12 grudnia 2011 r. sygn. akt. P1/11, OTK-A 2011/10/115 z treści, którego przywołał fragment wskazujący, iż systemu realizacji projektu nie można zaliczyć do źródeł prawa powszechnie obowiązującego, a tym samym regulacje te nie mogą stanowić podstawy stwierdzenia wystąpienia naruszenia procedur, o których mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 i art. 184 ust. 1 ufp.

W celu odniesienia się do powyższego zarzutu IZ RPO WZ dokonała analizy przywołanego wyroku, jak i orzecznictwa sądów administracyjnych dotyczącego tego co wchodzi w zakres procedur obowiązujących Beneficjenta w ramach realizacji projektu (art. 184 ufp). Na wstępie zauważyć należy, iż powyższe orzeczenie TK dotyczyło zawartej w uzppr delegacji do uregulowania środków odwoławczych przysługujących wnioskodawcy w toku postępowania o dofinansowanie z programu operacyjnego, poza systemem źródeł powszechnie obowiązującego prawa. Tym samym sprawa zawisła przed TK w żaden sposób nie rozstrzygnęła o zawartych w ufp procedurach obowiązujących Beneficjenta w ramach realizacji umowy o dofinansowanie, zatem przedmiotowe orzeczenie nie znajdzie zastosowania w niniejszej sprawie.

Przechodząc do prezentowanej przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy koncepcji, jakoby do procedur obowiązujących w ramach realizacji projektu nie można było zaliczyć takich dokumentów jak np. Wytycznych IZ RPO WZ, Podręcznika dla Beneficjentów RPO WZ oraz umowy o dofinansowanie, jak i faktu ugruntowania ww. poglądu w doktrynie i literaturze przedmiotu, IZ RPO WZ dokonała analizy orzecznictwa NSA w zakresie przypadków kiedy możliwe jest zastosowanie art. 207 ust. 2 ufp, w tym m.in. wyroku: z dnia 16 listopada 2017, sygn. akt II GSK 489/16; z dnia 17 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 2420/15; z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 2384/15; z dnia 22 marca 2017 r., sygn. akt II GSK 3026/15, z dnia 18 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK 342/16, z dnia 10 listopada 2016 r. sygn. akt II GSK 1001/15, z dnia 20 października 2016 r., sygn. akt II GSK 733/15, jak również komentarza Ludmiły Lipec – Warzechy pn. „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, wyd. ABC 2011.

Znacząca liczba rozstrzygnięć NSA dotyczących przedmiotowej kwestii pozwala na stwierdzenie jakie stanowisko (pogląd) zostało ugruntowane w orzecznictwie i nauce prawa administracyjnego, a tym samym pozwala na określenie zakresu pojęcia „procedur”, o którym mowa w art. 184 ufp. W wyniku powyższej analizy IZ RPO WZ ustaliła, iż szeroko aprobowanym jest stanowisko zgodnie, z którym pojęcie „procedury” zawarte w 184 ust. 1 ufp dotyczy wszystkich procedur określonych w umowie międzynarodowej, jak też innych procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków, w tym również związanych z procesem realizacji zamówienia publicznego i wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, w której zostaje określony uzgodniony sposób działania beneficjenta. Sposób ten jest obowiązujący, a odstępstwo od niego bez wątpienia stanowi naruszenie procedur, o których mowa w art. 184 ufp.

Powyższe wskazuje – wbrew temu co twierdzi Beneficjent – iż ugruntowanym w doktrynie i literaturze jest pogląd zgodnie, z którym do zakresu pojęcia „innych procedur” należy włączyć również procedury wynikające z takich dokumentów jak: Wytyczne IZ RPO WZ, Podręcznik dla Beneficjentów RPO WZ, umowa o dofinansowanie. Co za tym idzie IZ RPO WZ może orzekać o zwrocie środków w związku ze stwierdzonymi w ramach realizacji projektu naruszeniami przepisów wynikających z ww. dokumentów. Powyższe potwierdza, iż Beneficjent naruszając zapisy umowy o dofinansowanie, tj. 4 ust. 4, § 11 ust. 3 – 7, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ufp.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zarzut Beneficjenta w zakresie wskazanym w pkt 1 lit. a jest niezasadny.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent zarzucił, iż IZ RPO WZ dokonała ustaleń faktycznych sprzecznych z rzeczywistym stanem sprawy w zakresie naruszenia warunków i zasad wydatkowania środków (pkt 1 lit. b). Beneficjent wskazał bowiem, iż dochował wszelkich zasad wynikających z § 11 ust. 3 – 7 umowy o dofinansowanie, w szczególności:

- zasady przejrzystości i jawności prowadzonych przez siebie postępowań poprzez upublicznienie informacji o zamówieniach,
- zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dopuszczenie konkurencji i porównanie ofert od co najmniej 3 podmiotów,
- zasady pisemności postępowania poprzez zgromadzenie dokumentacji potwierdzającej przeprowadzenie postępowań,

- zasady bezstronności i obiektywizmu poprzez porównanie złożonych ofert na podstawie obiektywnego kryterium i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie,
- zasady wydatkowania środków w sposób oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatków poprzez dopuszczenie konkurencji, dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryterium ceny.

IZ RPO WZ stwierdzając w decyzji administracyjnej nr WWRPO/1/W/2018 naruszenie zasady uczciwej konkurencji wskazała, iż nastąpiło ono poprzez niejednoznaczny i niejednolicie sformułowany opis przedmiotu zamówienia. Beneficjent bowiem nie ustalił żadnych warunków udziału w postępowaniu mających na celu weryfikację potencjału oferentów i ich zdolności do wykonania zlecenia oraz sformułował zapytanie ofertowe z pominięciem jednakowych, jasnych i czytelnych dla wszystkich potencjalnych oferentów kryteriów wyboru najlepszej oferty. Brak jednolitych i jednoznacznych kryteriów spowodował, iż zamówienie na dostawę przecinarki laserowej, ładowarki teleskopowej oraz robót modernizacyjnych zostało wykonane przez wybranego oferenta M. H. Sp. z o.o. (F. P. Sp. z o.o.), z którym Beneficjent był powiązany.

IZ RPO WZ w ramach postępowania administracyjnego ustaliła, iż w przeprowadzanych przez Beneficjenta postępowaniach o udzielnie zamówienia na dostawę przecinarki laserowej oraz ładowarki teleskopowej skierowała zapytanie ofertowe (a następnie otrzymała ofertę) od podmiotów, które nie dawały gwarancji co do jakości, jak i samego wykonania powierzonego zadania (nie przedstawiono dokumentów potwierdzających doświadczenie i kwalifikacje wykonawców). Ponadto oferenci nie dysponowali własnym sprzętem i kapitałem niezbędnym do wykonania zadania terminowo i w odpowiedniej jakości, w tym nie posiadali podpisanych umów z producentami i dystrybutorami przecinarek CNC.

Jednocześnie w ww. postępowanie na zakup przecinarki laserowej zostało przeprowadzone z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, bowiem pomimo określenia parametrów urządzenia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący dopuszczono do oceny oferty niezgodne z ogłoszeniem, tj. posiadające inne niż wymagane parametry.

W tym miejscu należy podkreślić, iż – jak ustalił do UKS w wyniku przesłuchania w dniu 12 listopada 2015 r. M. R. – M. H. Sp. z o.o. (F. P. Sp. z o.o.), który był wykonawcą zamówienia również nie specjalizowała się w dostawach przecinarek laserowych i plazmowych oraz ładowarek teleskopowych.

Warto zaznaczyć, iż zasada konkurencyjności oraz równego traktowania ma na celu prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i jednakowy dla wszystkich uczestników postępowania. Różnicowanie rynku powinno polegać na dokonaniu jego analizy i skierowaniu zapytań ofertowych do wytypowanych wykonawców. Zaproszenie powinno być poprzedzone wnikliwą analizą rynku w celu identyfikacji poszczególnych wykonawców, a w szczególności profilu ich działalności, ustalenia nazw i adresów oferentów, którzy mogliby być zainteresowani odpowiedzią na zaproszenie do złożenia oferty. Ponadto zapytania ofertowe powinny w sposób jednoznaczny i jednolity formułować zarówno opis przedmiotu zamówienia, termin ich składania, jak i kryteria oceny ofert.

Fakt sformułowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które umożliwiały udział w ww. postępowaniu podmiotom nieposiadającym stosownego doświadczenia dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia oraz dopuszczenia od oceny ofert niezgodnych z ogłoszeniem, spowodowało naruszenie § 11 ust. 3 – 7 umowy o dofinansowanie. Tym samym Beneficjent nie zagwarantował wydatkowania środków publicznych w sposób zgodny z zasadami obowiązującymi podmioty realizujące projekty w ramach RPO WZ, co mogło spowodować wybór oferty nie najkorzystniejszej cenowo. Konkludując IZ RPO WZ podtrzymuje ustalenia w ww. zakresie, które były przedmiotem decyzji administracyjnej nr WWRPO/1/W/2018 z dnia 12 lutego 2018 r.

Rozpatrując zarzut Beneficjenta dotyczący błędnego ustalenia przez IZ RPO WZ istnienia powiązań osobowych i kapitałowych pomiędzy Beneficjentem, a wybranym przez niego wykonawcą zauważyć trzeba, iż zgodnie z § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie Beneficjent nie może dokonać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo.

Ponadto zauważyć trzeba, iż zgodnie z § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie, aby można było mówić o naruszeniu ww. zasady wystarczy istnienie takiego stosunku faktycznego, który może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności w wyborze wykonawcy. Przesłanka ta ma charakter nieostry, lecz jej sformułowanie w taki sposób miało na celu objęcie jego zakresem wszystkich możliwych sytuacji, które mogą wskazywać, że Beneficjent jest osobiście zainteresowany udzieleniem zamówienia konkretnemu wykonawcy, a sytuacja ta nie mieści się w innych wymienionych kategoriach podmiotów.

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy zauważyć, iż w pomiędzy Beneficjentem, a wykonawcą istniały powiązania poprzez osobę K. S. prokurenta i współnika B&S Sp.

z o.o., który:

- na dzień 12 września 2013 r. pełnił funkcję prezesa zarządu w „E.” Sp. z o.o. będącej współnikiem M. H. Sp. z o.o.,
- na dzień 12 września 2013 r., tj. dzień zmiany struktury właścicielskiej M. H. Sp. z o.o. (tj. zastąpienie współnika „E.” Sp. z o.o. na Q. Sp. z o.o. s.k.a.), pełnił funkcję prokurenta w spółce Q. Sp. z o.o. s.k.a.

W tym miejscu wskazać należy, iż w odpowiedzi na zapytanie ofertowe Beneficjenta z dnia 9 września 2013 r. M. H. Sp. z o.o. (później F. P. Sp. z o.o.) złożyła ofertę z dnia 12 września 2013 r., tj. w dacie pełnienia przez K. S. funkcji prezesa zarządu w „E.” Sp. z o.o. Natomiast Beneficjent udzielił zamówienia, które jest przedmiotem niniejszego postępowania w dniu 23 września 2013 r., tj. w dacie pełnienia przez K. S. funkcji prokurenta w Q. Sp. z o.o. s.k.a. Tym samym udzielenie zamówienia miało miejsce w czasie gdy pomiędzy Beneficjentem, a M. H. Sp. z o.o. istniały powiązania osobowe poprzez osobę K. S.. Warto w tym miejscu wskazać, iż we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent sam wskazał, iż „E.” Sp. z o.o. posiadał 99% udziałów w M. H. Sp. z o.o. (później F. P. Sp. z o.o.).

Jednocześnie warto zauważyć, iż B&S Sp. z o.o. jak i M. H. Sp. z o.o. (później F. P. Sp. z o.o.) prowadzą działalność na tym samym rynku lub rynkach pokrewnych, albowiem zgodnie z KRS prowadzą one działalność określoną numerami PKD:

1. 41.1 (PKD 2007) Realizacja projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków,
2. 41.2 (PKD 2007) Roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych,
3. 68.1 (PKD 2007) Kupno i sprzedaż nieruchomości na własny rachunek,
4. 68.2 (PKD 2007) Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi,

jak również zbliżoną działalność określoną nr PKD:

1. 43.12 (PKD 2007) Przygotowanie terenu pod budowę,
2. 43.1 (PKD 2007) Rozbiórka i przygotowanie terenu pod budowę,
3. 43.9 (PKD 2007) Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane,
4. 43.99 (PKD 2007) Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indziej niesklasyfikowane,
5. 52.1 (PKD 2007) Magazynowanie i przechowywanie towarów,
6. 52.10.B (PKD 2007) Magazynowanie i przechowywanie pozostałych towarów,
7. 81.2 (PKD 2007) Sprzątanie obiektów,
8. 81.21 (PKD 2007) Niespecjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych,
9. 81.29 (PKD 2007) Pozostałe sprzątanie.

Przypomnieć należy, iż powiązania osobowe to takie gdzie relacje pomiędzy przedsiębiorstwami zachodzą poprzez osoby fizyczne (wspólnik, udziałowiec, akcjonariusz, członek zarządu). Warunkiem koniecznym, aby można było uznać istnienie takiego powiązania, jest fakt prowadzenia przez te podmioty działalności na tym samym rynku lub rynkach pokrewnych.

Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości IZ RPO WZ istnienie powiązań osobowych poprzez osobę K. S., zachodzących pomiędzy Beneficjentem a M. H. Sp. z o.o. (F. P. Sp. z o.o.), jak i fakt, że obie spółki działają na tożsamym rynku. Tym samym zarzut Beneficjenta w zakresie braku istnienia powiązań osobowych pomiędzy nim, a wykonawcą nie znajduje uzasadnienia w materiale dowodowym zebranym na etapie postępowania administracyjnego.

Wnosząc o ponowne rozpatrzenie sprawy Beneficjent podniósł, iż art. 44 ust. 3 ufp nie może mieć zastosowania przy orzekaniu zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich określonych w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp. Beneficjent wskazał przy tym, iż art. 44 ust. 3 ufp jest przepisem kierowanym do podmiotów dokonujących wydatków publicznych, np. Zarządu Województwa, ale nie dotyczy podmiotów gospodarczych.

Zgodnie z art. 1 pkt 11 ufp ustawa o finansach publicznych określa zasady gospodarowania środkami publicznymi pochodzącymi z budżetu UE oraz z innych źródeł zagranicznych, natomiast zgodnie z art. 2 pkt 5 ilekroć w ustawie jest mowa o środkach europejskich – rozumie się przez to środki pochodzące z funduszy strukturalnych (do których należy RPO WZ), a środki te zgodnie z art. 5 ust. 3 ufp są środkami publicznymi.

Tym samym przekazane Beneficjentowi na podstawie umowy o dofinansowanie środki są środkami publicznymi i powinny one być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Ponadto środki przyznane na podstawie umowy o dofinansowanie projektu są środkami publicznymi, którym gdy chodzi o ich udzielanie, przekazywanie i rozliczanie towarzyszy szczególnego rodzaju reżim prawny. Okoliczność ich przekazania przedsiębiorstwu na podstawie umowy o dofinansowanie projektu nie powoduje, że tracą one swój publiczny charakter i nie podlegają żadnej kontroli związanej z prawidłowością ich wydatkowania (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – dalej: NSA – z dnia 13 lutego 2014 r., Sygn. akt II GSK

1945/12). Potwierdzeniem tego stanu rzeczy jest między innymi treść umowy o dofinansowanie zawarta z IZ RPO WZ, a w szczególności § 13, który reguluje kwestie związane z kontrolą projektu.

Natomiast w art. 44 ust. 3 ufp zostały zawarte ogólne zasady ponoszenia wydatków ze środków publicznych określonych w ustawie. W dziale IV ufp pn. „Środki europejskie i inne środki pochodzące ze źródeł zagranicznych, niepodlegające zwrotowi”, w którym znajduje się art. 207 ust. 1 pkt 2, nie zostało zawarte żadne wyłączenie, które powodowałoby niemożność objęcia zakresem normowania art. 44 ust. 3 ufp środków przeznaczonych na realizację programów z udziałem środków europejskich.

Zgodnie z § 11 ust. 3 umowy o dofinansowanie Beneficjent zobowiązuje się do wykonywania wydatków w oparciu o ustawę o finansach publicznych w zakresie dotyczącym wydatkowania środków publicznych, w szczególności:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku,
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań publicznych,
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Powyższa regulacja zawarta w podpisanej przez Beneficjenta umowie o dofinansowanie jest tożsama z tą zawartą w art. 44 ust. 3 ufp.

Mając na uwadze ww. ustalenia wskazać należy – wbrew temu co twierdzi Beneficjent – iż środki przekazane mu na podstawie umowy o dofinansowanie stanowią środki publiczne do wydatkowania, których zastosowanie mają przepisy ufp, a w szczególności art. 44 ust. 3 ufp. Powyższe wynika wprost z ufp, jak i znalazło potwierdzenie w § 11 ust. 3 umowy o dofinansowanie. Tym samym IZ RPO WZ wskazuje, iż art. 44 ust. 3 ufp mógł stanowić jedną z podstaw orzeczenia zwrotu środków otrzymanych przez Beneficjenta w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00.

Z uwagi na fakt, iż IZ RPO WZ stwierdziła możliwość orzeczenia wobec Beneficjenta zwrotu środków na podstawie art. 44 ust. 3 ufp należy odnieść się do zarzutu, zgodnie z którym w decyzji administracyjnej nr WWRPO/1/W/2018 z dnia 12 lutego 2018 r. IZ RPO WZ nie zbadała kwestii zaistnienia przesłanek potwierdzających naruszenie ww. przepisu.

Jak już zostało wskazane w niniejszej decyzji Beneficjent w sposób niejednoznaczny i niejednolicie sformułował opis przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ustalił on bowiem żadnych warunków udziału, które miałyby na celu weryfikację potencjału oferentów i ich zdolności do wykonania zlecenia. Beneficjent sformułował zapytanie ofertowe z pominięciem jednakowych, jasnych i czytelnych dla wszystkich potencjalnych oferentów kryteriów wyboru najlepszej oferty. Powyższe spowodowało, iż przedmiotowe zamówienie zostało wykonane przez M. H. Sp. z o.o. (F. P. Sp. z o.o.) – podmiot powiązany osobowo z Beneficjentem.

IZ RPO WZ ustaliła, iż urządzenia objęte umową zawartą z M. H. Sp. z o.o. (później: F. P. Sp. z o.o.) zostały nabyte przez Beneficjenta po cenach wyższych niż rynkowe. Dotyczyło to w szczególności:

- przecinarki laserowej do cięcia typu DIAMENT FIBER, którego cena producenta ECKERT Automatyka Spawalnicza wynosiła 1 390 406,07 zł brutto (1 130 411,44 zł netto), a która została sprzedana przez F. P. Sp. z o.o. Beneficjentowi za cenę 2 089 770,00 zł brutto (1 699 000,00 zł netto),
- ładowarki teleskopowej, która została zakupiona przez F. P. Sp. z o.o. za cenę 303 212,22 zł (246 514,00 zł netto), natomiast została ona odsprzedana Beneficjentowi w ramach realizacji projektu za kwotę 420 660,00 zł brutto (342 000,00 zł netto).

Powyższe bezpośrednio wskazuje, iż w wyniku niezachowania zasad wydatkowania środków otrzymanych w ramach realizacji projektu Beneficjent nabył ww. środki trwale w cenie odpowiednio 50,29 % i 38,73 % wyższej niż cena rynkowa. Powyższe stanowi naruszenie ciążącego na Beneficjencie obowiązku wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku (art. 44 ust. 3 pkt 1 ufp).

Tym samym nie sposób zgodzić się z zarzutem Beneficjenta, jakoby IZ RPO WZ w decyzji administracyjnej nr WWRPO/1/W/2018 nie udowodniła naruszenia przez Beneficjenta ww. przepisów ufp.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu Beneficjenta dotyczącego faktu, naruszenia art. 8 kpa w związku z art. 6 kpa poprzez uznanie okoliczności związanych ze zbyciem udziałów przez K. S. za dostatecznie wyjaśnione w toku procedury uruchamiania dofinansowania i wypłacie dofinansowania, a następnie przyjęcie już po zakończeniu realizacji projektu, że badana okoliczność stanowi naruszenie uzasadniające orzeczenie o zwrocie dofinansowania wskazać należy, iż umowa o dofinansowanie projektu ma charakter cywilnoprawny i nie zmienia tego okoliczność, że specyfika takiej umowy polega na połączeniu rozwiązań charakterystycznych dla prawa zobowiązań z elementami prawa

publicznego, obejmującymi tryb oraz zakres przedmiotowy i podmiotowy tych umów (J. Jaśkiewicz, pn. „Ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Komentarz”, wyd. II, LEX/el., 2014). Tym samym brak jest podstaw do uznania, że podpisanie umowy o dofinansowanie stanowi władcze potwierdzenie przez organ administracji publicznej jakiegokolwiek uprawnienia lub obowiązku beneficjenta, którego źródłem jest przepis prawa (postanowienie NSA z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt II GSK 3159/15). Ponadto mimo tego, że istotnie pewne uprawnienia i obowiązki wynikające z tej umowy mają podłoże administracyjnoprawne, np. zobowiązanie do poddania się kontroli, tryb kontroli realizacji projektu lub zadania (art. 206 ust. 2 pkt 4 ufp), to dopiero po wyczerpaniu określonych art. 207 ufp przesłanek aktualizuje się władcza rola instytucji zarządzającej jako organu uprawnionego do dochodzenia zwrotu środków w trybie administracyjnym (Wyrok NSA z dnia 8 listopada 2017 r. sygn. akt II GSK 247/16).

Jednocześnie fakt niekwestionowania zasadności ponoszonych w projekcie wydatków kwalifikowalnych na etapie rozliczania projektu nie przesądza o tym, że w projekcie nie wystąpiła nieprawidłowość. Kwalifikowalność wydatków może być bowiem oceniana na każdym etapie realizacji projektu, tj. zarówno, na etapie oceny i wyboru wniosku o dofinansowanie projektu, po podpisaniu umowy o dofinansowanie na etapie weryfikacji wniosku beneficjenta o płatność (pośrednią oraz końcową), jak również na etapie kontroli rzeczowo – finansowej realizacji projektu, a także nawet w okresie trwałości projektu (wyrok NSA z dnia 18 maja 2017 r. sygn. akt II GSK 2796/15).

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, iż wypłata Beneficjentowi dofinansowania na podstawie przedkładanych w trakcie realizacji umowy o dofinansowanie wniosków o płatność stanowiła realizację przez IZ RPO WZ umowy cywilnoprawnej. Dokonanie więc oceny zasadności wypłacenia ww. środków na etapie realizacji projektu, które następnie w wyniku kontroli projektu zostało zanegowane, nie może być oceniane według zasad określonych w art. 6 kpa, tj. tego, że organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa oraz art. 8 kpa, tj. że organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania. Na ww. etapie IZ RPO WZ bowiem nie wykonywała władztwa administracyjnego, a była równorzędną stroną umowy cywilnej. Dopiero z momentem wszczęcia postępowania na podstawie przesłanek określonych w art. 207 ufp doszło do podjęcia przez IZ RPO WZ czynności o charakterze władczym (cechujące stosunek administracyjno – prawny), które zmierzały do wydania decyzji o zwrocie środków (wyrok WSA w Gdańsku z dnia 12 grudnia 2010 r. sygn. akt I SA/Gd 1115/10). Jednocześnie przyjęcie przedstawionego przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy poglądu, skutkowałoby brakiem możliwości realizacji przez IZ RPO WZ ustawowo nałożonych zadań, tj. prowadzenia kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli poszczególnych dofinansowanych projektów – art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr, jak i umowy o dofinansowanie – § 13. Tym samym mając na względzie racjonalność prawodawcy uznać należy, iż nie nakładałby on na IZ RPO WZ określonych zadań (obowiązków) gdyby ich realizacja była niemożliwa, tudzież sprzeczna z przepisami prawa.

Podsumowując, dopiero z dniem 10 października 2016 r. (data wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków) do czynności podejmowanych przez IZ RPO WZ zastosowanie mają przepisy kpa. Co za tym idzie zarzut Beneficjenta o naruszeniu przez IZ RPO WZ art. 6 i 8 kpa uznać należy za niezasadny.

IZ RPO WZ po przeanalizowaniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy podtrzymuje swoje ustalenia dotyczące wystąpienia w niniejszej sprawie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, którą należy rozumieć: jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Szkada w budżecie UE określona została na dwa sposoby, jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, oraz szkoda potencjalna, na którą składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Warunkiem, który musi zostać spełniony, aby IZ RPO WZ mogła nałożyć korektę i wydać decyzję o zwrocie jest wykazanie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Wykazane winno być zatem logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE (Wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. akt II GSK 610/14). Zgodnie z powyższym, do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i TS

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. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. akt II GSK 1653/14) szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że wystąpiła nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z 17 grudnia 2014 r., II GSK 1467/13, wyrok NSA z 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13).

W niniejszej sprawie wystąpiła szkoda rzeczywista, bowiem Beneficjent wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie, przepisem prawa i obowiązującymi procedurami (Wytyczne), szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Co za tym idzie budżet UE finansował wydatki, które nie były kwalifikowalne. W ramach dofinansowania nie jest dopuszczalnie jakiegokolwiek preferencyjne traktowanie, czy też uzyskiwanie przez Beneficjenta, jak i podmioty z nim współpracujące pozycji uprzywilejowanej, która byłaby nie do pogodzenia z celami otrzymanej pomocy publicznej. W przedmiotowym stanie faktycznym, taka sytuacja miała miejsce bowiem M. H. Sp. z o.o. (później F. P. Sp. z o.o.), tj. podmiot powiązany (osobowo i kapitałowo) z Beneficjentem otrzymał zamówienie będące przedmiotem dofinansowania przez IZ RPO WZ. Powyższe okoliczności były przedmiotem szczegółowych rozważań decyzji administracyjnej nr WWRPO/1/W/2018 z dnia 12 lutego 2018 r. W szczególności wskazać należy, iż do wystąpienia nieprawidłowości doszło w wyniku występowania powiązań pomiędzy Beneficjentem, a wybranym Wykonawcą w wyniku, których pozostawali oni z sobą w takim stosunku, który budzi uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności w wyborze wykonawcy. Przedmiotowe okoliczności spowodowały stwierdzenie naruszenia zapisów § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie, a zakup urządzeń (od powiązanego Wykonawcy) uzasadnia stwierdzenie naruszenia § 11 ust. 3 § 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie, a także art. 44 ust. 3 ufp.

Tym samym w związku z wydatkowaniem środków w sposób niezgodny z obowiązującymi podmioty realizujące projekty w ramach RPO WZ zasadami, doszło do wystąpienia szkody rzeczywistej.

Po przeprowadzeniu postępowania w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy IZ RPO WZ na podstawie art. 138 kpa wydaje jedno z trzech rozstrzygnięć:

- 1) utrzymujące w mocy zaskarżoną decyzję albo
- 2) uchylające zaskarżoną decyzję, w całości albo w części i w tym zakresie orzekające co do istoty sprawy albo uchylające decyzję – umarzające postępowanie w pierwszej instancji w całości albo w części, albo
- 3) umarzające postępowanie odwoławcze.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wnioskiem o dofinansowanie, wynik kontroli, korespondencję z Beneficjentem, jak również wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję nr WWRPO/1/W/2018 z dnia 12 lutego 2018 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 zawartej w dniu 18 czerwca 2013 r. na realizację projektu pn. „Rozbudowa B&S sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego” w łącznej kwocie 1 496 360,98 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ orzeka jak w sentencji.

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego