

Załącznik do uchwały nr 185/19
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 5 lutego 2019 r.

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

WWRPO.VIII.3162.28.2018.AM

DECYZJA
Nr WWRPO/2014-2020/1/W/2019

podjęta w dniu 5 lutego 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.

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431 t. j.), 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.) 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 2018 r., poz. 913 t.j. ze zm.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Forest Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Bronisławy 17 w Szczecinie – 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 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, w tym:

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 85 000,00 zł liczonych od dnia 29 maja 2017 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 91 375,00 zł liczonych od dnia 29 grudnia 2017 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 70 1020 4795 0000 9002 0300 8372, w terminie 14 dni od daty doręczenia niniejszej decyzji, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu częściowy zwrot nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi, o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

W dniu 9 stycznia 2017 r. Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Szczecinie, pełniący rolę Instytucji Pośredniczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020, zawarł z Forest Sp. z o.o. umowę o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A022/16-00 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.” (dalej: Projekt).

W trakcie realizacji umowy rozwiązaniu uległo porozumienie z dnia 6 maja 2015 r. w sprawie powierzenia Instytucji Pośredniczącej zadań związanych z realizacją Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (dalej: RPO WZ), mocą którego Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, który na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. 2018 poz. 1431 t.j. ze zm., dalej: uzrp) pełni funkcję Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (dalej: IZ RPO WZ) powierzył Wojewódzkiemu Funduszowi Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Szczecinie zadania Instytucji Pośredniczącej RPO WZ, o czym Beneficjent został poinformowany pismem z dnia 19 maja 2017 r. Tym samym na IZ RPO WZ zostały przeniesione wszystkie prawa i obowiązki wynikające z zawartej z Beneficjentem w ramach RPO WZ umowy o dofinansowanie.

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 na mocy § 4 ust. 3 umowy o dofinansowanie 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 projekt został wybrany do dofinansowania, w tym w szczególności zobowiązał się do:

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

Jednocześnie na podstawie § 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie, środki przekazane na realizację projektu mogą być przeznaczone na sfinansowanie wydatków poniesionych w ramach Projektu przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, o ile wydatki zostaną uznane za kwalifikowalne zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym wytycznymi horyzontalnymi wydanymi przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskich Funduszy Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszy Spójności na lata 2014 – 2020, oraz będą dotyczyć okresu realizacji projektu. W tym miejscu trzeba wskazać, iż do niniejszej sprawy zastosowanie znajdują zatem Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszy Spójności na lata 2014 – 2020 z dnia 19 września 2016 r. (dalej: Wytyczne).

Na podstawie art. 9 ust 2 pkt 7 uzrp oraz § 16 umowy o dofinansowanie, w dniach 10 – 11 lipca 2018 r. została przeprowadzona doraźna kontrola na dokumentach w siedzibie Wydziału Wdrażania Działań Środowiskowych Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego, z ustaleń której został sporządzony protokół pokontrolny. W wyniku przeprowadzonej kontroli, jak i złożonych przez Beneficjenta wyjaśnień, IZ RPO WZ ostatecznie

stwierdziła wystąpienie 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.” następujących naruszeń:

1. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5 pkt 1 Wytycznych poprzez udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postaci nieuzasadnionego ograniczenia zakresu opisu przedmiotu zamówienia polegającego na odwołaniu się do Pozwolenia na budowę z dnia 14 grudnia 2016 r. decyzja nr 975/2016 i zatwierdzonym z tą decyzją projektem budowlanym oraz udostępnianie ww. dokumentu jedynie w siedzibie Beneficjenta,
2. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 7 lit. a i d Wytycznych poprzez fakt, iż kryterium oceny oferty odnosiło się do właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia, w postaci sformułowania kryterium oceny o treści „Świadczenie usług na rynku fotowoltaiki co najmniej od 5 lat – 10 pkt. (ocena spełnia – nie spełnia)”,
3. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 6 Wytycznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zawężający konkurencję poprzez ustanowienie wymagań przewyższających potrzeby niezbędne do osiągnięcia celów projektu, tj. aby:
 - a. elementy zamówienia (inwertery, panele) były wyprodukowane w Unii Europejskiej,
 - b. inwertery pochodziły od producenta, który oferuje inwertery od co najmniej 15 lat,
4. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 8 lit. b Wytycznych, tj. wybranie oferty spośród ofert złożonych przez wykonawców spełniających warunki w postępowaniu nie uwzględniając ustalonych w zapytaniu ofertowym kryteriów ocen, poprzez niezastrzeżenie w zapytaniu ofertowym braku możliwości polegania za zasobach podmiotów trzecich i przyznanie ofercie zawierającej zaświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnienie wykonawcy wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego 0 pkt. w kryterium dotyczącym doświadczenia na rynku,
5. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 17 Wytycznych, tj. zakazu dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, poprzez określenie w zapytaniu ofertowym terminu realizacji zamówienia na II kwartał 2017 r., a w umowie określenie terminu na dzień 31 grudnia 2017 r. bez spełnienia przesłanek zawartych w Wytycznych.

Za powyższe naruszenia zgodnie z § 9 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu, a do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości. Tym samym na Beneficjenta została nałożona łączna korekta finansowa w wysokości 25%. Ostateczne stanowisko IZ RPO WZ zostało przedstawione w piśmie kończącym kontrolę z dnia 31 sierpnia 2018 r.

W wyniku stwierdzonych naruszeń i nałożenia 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. Ponadto Beneficjent został poinformowany, iż przysługująca mu płatność końcowa (na podstawie wniosku o płatność nr RPZP.02.10.00-32-A022/16-006) zostanie pomniejszona o kwotę 33 596,25 zł, tj. o kwotę korekty nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone.

W związku z brakiem dokonania stosownego zwrotu w wyznaczonym terminie, w dniu 30 października 2018 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu ww. środków.

IZ RPO WZ, z uwagi na trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 28 grudnia 2018 r.

Nadto pismem z dnia 20 grudnia 2018 IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 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 30 stycznia 2019 r.

Postanowieniem z dnia 29 stycznia 2019 r. IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 15 lutego 2019 r.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie, umowy o dofinansowanie wraz ze wszystkimi aneksami, wynikami kontroli) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

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. 9 ust. 2 pkt. 9 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1460 t. j. ze zm., dalej: ustawa wdrożeniowa) 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). Okres wykluczenia kończy się z upływem 3 lat od daty dokonania zwrotu środków.

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 o dofinansowanie 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 Opola z dnia 3 października 2017 r., sygn. akt II SA/Op 282/17). Co więcej zaznaczyć należy, iż przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację obowiązujących Zasad oraz innych norm wynikających z dokumentacji konkursowej oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest bowiem obowiązkiem a podmioty, w opinii których uregulowania wynikające z przywołanych dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne nie muszą składać wniosków aplikacyjnych czy podpisywać umowy o dofinansowanie. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Korzystanie ze środków publicznych zawsze wiąże się z wyższymi wymaganiami co do ich wydatkowania, które winno być przeprowadzone w sposób celowy i oszczędny. Dlatego też niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 12 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Wytyczne określają ujednoczone warunki i procedury dotyczące kwalifikowalności wydatków dla funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Mają one zastosowanie do wydatków ponoszonych w ramach współfinansowania krajowego, współfinansowania ze środków unijnych oraz wkładu

własnego w ramach realizacji projektu współfinansowanego z funduszy strukturalnych lub z Funduszu Spójności. Do oceny kwalifikowalności poniesionych wydatków stosuje się wersję Wytycznych obowiązujących w dniu poniesienia wydatku, z uwzględnieniem że dla umów zawartych w ramach realizacji projektu w wyniku przeprowadzonych postępowań stosuje się wersję wytycznych aktualnych w dniu wszczęcia postępowania, które zakończyło się zawarciem danej umowy.

Zgodnie z Wytycznymi okres kwalifikowalności wydatków w ramach projektu może przypadać na okres przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, niemniej jednak aby takie wydatki zostały uznane za kwalifikowalne muszą spełniać warunki określone w Wytycznych i umowie o dofinansowanie.

Na podstawie Rozdziału 6.5 Wytycznych „Właściwa instytucja zobowiązuje beneficjenta w umowie o dofinansowanie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Spełnienie powyższych wymogów następuje w drodze zastosowania przepisów Pzp lub zasady konkurencyjności”. W niniejszej sprawie powyższy obowiązek został nałożony na Beneficjenta na podstawie § 17 umowy o dofinansowanie.

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności niniejszej sprawy IZ RPO WZ odniesie się do poszczególnych naruszeń stwierdzonych 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.””. Na wstępie wskazać należy, iż Beneficjent publikując w Internecie ogłoszenie o przetargu jak i rozsyłając zapytania ofertowe z dnia 27 grudnia 2016 r., których celem było wyłonienie wykonawcy, który zawrze z nim umowę na dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznej tzw. ogniw fotowoltaicznych, inwerterów konstrukcji wsporczej, okablowania i aparatury kontrolno – pomiarowej, o mocy 200kW, zawarł informację, iż prace powinny być wykonane zgodnie z pozwoleniem na budowę z dnia 14 grudnia 2016 r. decyzja nr 975/2018 i zatwierdzonym tą decyzją projektem budowlanym. Jak również, że dokumentacja projektowa zawierająca szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jest dostępna w siedzibie Zamawiającego (Beneficjenta) pod adresem wskazanym w pkt. I Zapytania ofertowego w terminie od 29 grudnia 2016 r. do 12 stycznia 2017 r. w godzinach od 8:00 do 15:00. Beneficjent dodatkowo zastrzegł, iż dokumentacja nie będzie wysyłana do potencjalnych oferentów pocztą e-mail, ani w żaden inny sposób. W pkt III ppkt 1 Beneficjent wskazał, iż następujące elementy zamówienia muszą być wyprodukowane w Unii Europejskiej:

- a. panele fotowoltaiczne,
- b. inwertery.

Natomiast w ppkt 2 wskazane zostało, iż inwertery muszą pochodzić od producenta, który oferuje inwertery od co najmniej 15 lat. Jednocześnie w ofercie nie pojawiła się informacja dotycząca możliwości bądź braku polegania wykonawcy na zasobach podmiotów trzecich. W załączonym do ww. ogłoszenia zapytaniu ofertowym (pkt. 7) ustalono, iż termin realizacji zamówienia przypada na II kwartał 2017 r.

W odpowiedzi na powyższe ogłoszenie zostały złożone dwie oferty, tj. przez S. S.C. na 1 000 000,00 zł netto i O. R. S. na 769 000,00 zł netto. Przy czym oferta O. R. S. zawierała zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez firmę R. S.A., w szczególności wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego. Powyższe miało na celu spełnienie stawianego przez Beneficjenta wymogu posiadania 5 letniego doświadczenia w świadczeniu usług na rynku fotowoltaiki, za spełnienie którego można było otrzymać 10 pkt. (ocena spełnia – nie spełnia). Ponadto do oferty zostały załączone referencje wystawione na firmę R. S.A., za które mogło być przyznane 10 pkt. (ocena spełnia – nie spełnia),

Zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia sporządzonym przez Beneficjenta w dniu 24 lutego 2017 r. wybrana została firma S. S.C., która otrzymała łącznie 70 pkt., natomiast firma O. R. S. osiągnęła łącznie 50 pkt., przy czym w kryterium „Doświadczenie” oferentowi za świadczenie usług na rynku oraz referencje, zostało przyznane 0 pkt. Zauważyć trzeba, iż Beneficjent nie kierował do O. R. S. żadnych wezwań mających na celu złożenie wyjaśnień dotyczących spełnienia kryterium doświadczenia. Z uwagi na powyższe oferentowi nie przyznano 20 pkt. W tym miejscu zauważyć należy, iż gdyby Beneficjent uznał spełnienie przez O. R. S. ww. kryteriów, to jego oferta uzyskałaby 70 pkt. W takim przypadku obie oferty uzyskałyby taką samą liczbę punktów.

W wyniku wyboru oferty w dniu 21 czerwca 2017 r. została podpisana umowa o wykonanie instalacji fotowoltaicznej pomiędzy Beneficjentem a S. S.C. Strony ustaliły termin rozpoczęcia robót najpóźniej na dzień 1 lipca 2017 r., a termin ich zakończenia na dzień 31 grudnia 2017 r. – tj. po terminie określonym w zapytaniu ofertowym.

Przechodząc do pierwszego ze stwierdzonych w niniejszej sprawie naruszeń Wytucznych wskazać należy, że Beneficjent zastrzegając w zapytaniu ofertowym, iż prace powinny być wykonane zgodnie z pozwoleniem na budowę z dnia 14 grudnia 2016 r. decyzja nr 975/2018 i zatwierdzonym tą decyzją projektem budowlanym, informując przy tym, iż dokumentacja projektowa zawierająca szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jest dostępna w siedzibie Zamawiającego (Beneficjenta) pod adresem wskazanym w pkt. I Zapytania ofertowego w terminie od 29 grudnia 2017 r. do 12 stycznia 2018 r. w godzinach od 8:00 do 15:00, jak również, iż dokumentacja nie będzie wysyłana do potencjalnych oferentów pocztą e-mail, ani w żaden inny sposób, naruszył Rozdział 6 Podrozdział 6.5 ust. 1 Wytucznych. W przywołanej regulacji na Beneficjenta został nałożony obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 000,00 zł netto, w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyjaśnić należy, iż zasada równego traktowania wykonawców, do przestrzegania której zobowiązał się Beneficjent, jest zasadą zgodnie z którą zabrania się zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców. Zamawiający musi zagwarantować wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu.

Powyższe działanie Beneficjenta ograniczyło dostęp potencjalnie zainteresowanym wykonawcom do dokumentacji projektowej, niezbędnej do podjęcia decyzji o wyrażeniu zainteresowania otrzymaniem zamówienia. Tym samym opis przedmiotu zamówienia nie spełniał podstawowych wymogów bycia wyczerpującym i dostatecznie dokładnym. Jednocześnie udostępnienie dokumentacji projektowej zawierającej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jedynie w siedzibie spółki, bez możliwości alternatywnego zapoznania się z jego treścią (udostępnienie kopii pocztą tradycyjną lub e-mail) spowodowało dyskryminację przede wszystkim innych oferentów z państw członkowskich Unii Europejskiej, jak również wykonawców polskich, których siedziba znajduje się w znacznej odległości od siedziby Beneficjenta. Tym samym nie każdy z potencjalnych wykonawców – tych mających siedzibę w Polsce, jak i w krajach członkowskich Unii Europejskiej – miał równe szanse na pełne zapoznanie się z szczegółowym przedmiotem zamówienia, a tym samym na złożenie oferty.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem zasad udzielania zamówień, tj. niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, IZ RPO WZ ustaliła za nie korektę finansową zgodnie Załącznikiem do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 marca 2017 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2017 r. poz. 615 t.j., dalej: Taryfikator) na poziomie 10% (poz. 21). W tym miejscu wskazać należy, iż w protokole z kontroli przeprowadzonej w dniach 10 – 11 lipca 2018 r. omyłkowo wskazana została za powyższe naruszenie korekta finansowa na poziomie 25%. Zauważyć trzeba, iż taryfikator za stwierdzone naruszenie nie przewiduje takiej korekty, tym samym IZ RPO WZ weryfikuje swoje ustalenia w tym zakresie.

Odnosząc się do kolejnego stwierdzonego podczas kontroli projektu naruszenia, tj. naruszenia przez Beneficjenta Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 7 lit. a i d Wytucznych, poprzez określenie w ogłoszeniu o przetargu w pkt V.2. lit. a kryterium oceny oferty odnoszące się do właściwości wykonawcy w postaci posiadania doświadczenia 5 lat w świadczeniu usług z zakresu fotowoltaiki. Zgodnie z powyżej wskazanymi zapisami Wytucznych kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia są formułowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy czym:

- a) każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia,
- b) kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zgodnie z Wytucznymi kryteria oceny oferty muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, zatem w niniejszej sprawie winny one nawiązywać do właściwości elementów zamówienia wchodzących w skład instalacji fotowoltaicznej, m.in. inwerterów oraz paneli fotowoltaicznych. Bezpośrednio w lit. b wskazano, iż kryteria oceny nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, następnie zastosowano wyszczególnienie na wiarygodność ekonomiczną, techniczną i finansową. W tym miejscu wskazać należy, iż użycie sformułowania „w szczególności” ma na celu wskazanie przykładowych elementów zbioru i stworzenie tzw. katalogu otwartego. Co za tym idzie w lit. b nie zostały wymienione wszystkie właściwości wykonawcy, które nie mogą być przedmiotem oceny oferty, a tylko te przykładowe. W związku z powyższym również doświadczenie wykonawcy w postaci świadczenia usług z zakresu fotowoltaiki w okresie 5 lat będzie mieściło się w zakresie omawianej regulacji.

Podsumowując, Beneficjent określając kryteria ocen oferty w sposób nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia, a do doświadczenia (właściwości) potencjalnego wykonawcy, naruszył zapisy Wytucznych, tj. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 7 lit. a i d. Tym samym w związku ze stwierdzonym naruszeniem IZ RPO WZ ustaliła korektę finansową zgodnie Taryfikatorem poz. 12 pn. „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy

koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert”, w której opisie Kwalifikacji naruszenia pkt. 3 określono, iż powyższe naruszenie następuje poprzez „nieuprawnione określenie kryteriów oceny oferty odnoszących się do właściwości wykonawcy” na podstawowym poziomie 25%.

Kolejnym stwierdzonym przez IZ RPO WZ uchybieniem jest naruszenie Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 6 Wytucznych poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zawężający konkurencję poprzez ustanawianie wymagań przewyższających potrzeby niezbędne do osiągnięcia celów projektu. Powyższe objawiło się postawieniem przed potencjalnymi wykonawcami wymogu, aby elementy zamówienia (inwertery, panele) były wyprodukowane w Unii Europejskiej ponadto, że inwertery muszą pochodzić od producenta, który oferuje je od co najmniej 15 lat. Zgodnie z zapisami Wytucznych: „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, o którym mowa w pkt. 8 lit. a, określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równo traktowania wykonawców. Nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia”. Przy czym zgodnie z pkt. 8 lit. ai, opis przedmiotu zamówienia, który 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 (...). Beneficjent w Ogłoszeniu o przetargu wprost wskazał w pkt. III.1, iż panele fotowoltaiczne oraz inwertery muszą być wyprodukowane w Unii Europejskiej, przy czym nie umożliwił zaoferowania produktów równoważnych. Dodatkowo w pkt. III.2, zastrzegł, iż inwertery muszą pochodzić od producenta, który oferuje je od co najmniej 15 lat. Beneficjent w zastrzeżeniach do protokołu kontrolnego z dnia 22 sierpnia 2018 r. ustosunkowując się do naruszenia wynikającego z pkt. III.1 Ogłoszenia o przetargu wskazał, iż istnieje kilka europejskich producentów, którzy spełniają ww. wymagania, min. Steca, SMA, ABB, Fronius. Ponadto Beneficjent wskazał, iż produkty spoza Europy, w szczególności z Chin i Tajwanu mają złą opinię, choć mają podobne parametry techniczne, jak produkty europejskie. Wskazane zostało, iż powyższe wymogi miały zapobiec dostarczeniu w ramach realizacji umowy produktów, których znamionowe parametry techniczne odbiegałyby od tych rzeczywistych, jak ma to miejsce w przypadku produktów spoza Unii Europejskiej. Tym samym Beneficjent uznał, iż w związku z planowaną 25 letnią eksploatacją ww. paneli, produkty pochodzące z rynku wspólnotowego lepiej spełnią wymagania takiej eksploatacji.

IZ RPO WZ biorąc pod uwagę ww. stanowisko wskazuje, iż nie wpływa ono na stwierdzenie naruszenia. W Wytucznych wprost zostało wskazane, iż zabronione jest opisywanie przedmiotu zamówienia odnosząc się do specyficznego pochodzenia. Choć intencje Beneficjenta chcącego uzyskać jak najlepszy produkt, który umożliwi długotrwałą eksploatację są zrozumiałe, o tyle cel ten mógł zostać przez niego osiągnięty w inny sposób, który nie naruszałby obowiązujących go regulacji. W tym miejscu wskazać należy, iż Beneficjent mógł 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. Ponadto Beneficjent mógł odwołać się do posiadania przez oferowane produkty specjalistycznych certyfikatów, takich jak: TUV Rheinland, Solar Keymark itp. Dzięki temu mógł uzyskać pożądane produkty najwyższej jakości, jednocześnie nie wykluczając produktów wyprodukowanych poza Unią Europejską (np. pochodzących z USA, Korei czy Japonii).

Odnosząc się do zastrzeżeń odnośnie sformułowanego kryterium polegającego na wymogu, aby inwertery pochodziły od podmiotu, który oferuje je od co najmniej 15 lat Beneficjent wskazał, iż wymóg ten był spowodowany specyfiką rynku elektronicznego. Tym samym kierując się opinią specjalistów zamawiający uznał, iż okres 10 lat dla firmy z branży elektronicznej to czas na rozwój technologii. Dopiero po tym okresie firmy są zdolne na przejście z powielania w fazę innowacyjności. Powyższe miało pozwolić na zapewnienie dostarczenia produktów wysokiej jakości o długim okresie eksploatacji. Ponadto Beneficjent wskazał, iż w każdym przypadku przy warunku określonego czasu, np. 15 lat znajdują się podmioty, które minimalnie go nie spełniają. Niemniej jednak w ocenie Beneficjenta, o ile warunek ma uzasadnienie, to formułowanie takiego kryterium nie narusza konkurencyjności i Wytucznych.

IZ RPO WZ mając na uwadze powyższe wyjaśnienia wskazuje, iż wbrew temu co twierdzi Beneficjent wskazanie odpowiednio długiego czasu produkowania danego produktu nie zawsze gwarantuje uzyskanie najwyższej jego jakości. Analogicznie do poprzedniego naruszenia Beneficjent winien odnieść się w przypadku chęci otrzymania najwyższej jakości inwerterów do stosownych norm europejskich, czy certyfikatów branżowych. Zastosowanie przez Beneficjenta warunku udziału

w postępowaniu poprzez wskazanie, że inwertery muszą pochodzić od producenta, który oferuje je od 15 lat, powodowało znaczne ograniczenie rynku. Wyłączona bowiem została możliwość oferowania inwerterów przez producentów o mniejszym doświadczeniu, tym samym wyłączone zostały podmioty, które pomimo krótkiego stażu na tym rynku oferują produkty dobrej jakości, jak i takie podmioty, które wykupiły stosowne prawa autorskie i patenty do produkcji inwerterów opracowanych przez innych większych wykonawców.

Jednocześnie wyjaśnienia Beneficjenta nie uzasadniają obiektywnie takiego, a nie innego sformułowania kryterium udziału w postępowaniu, a są wynikiem opinii Zamawiającego. Powyższe nie może stanowić podstawy do niestosowania zasad wynikających z Wytycznych, w tym mających zapewnić zachowanie zasady konkurencyjności. Powyższe działanie Beneficjenta ograniczyło udział wykonawców oferujących produkty pochodzące spoza Unii Europejskiej, jak i posiadających mniejsze niż 15 lat doświadczenie. Tym samym w związku ze stwierdzonym naruszeniem IZ RPO WZ ustaliła korektę finansową zgodnie z Taryfikatorem poz. 12 pn. „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert”, w której opisie Kwalifikacji naruszenia pkt. 1 określono, iż powyższe naruszenie następuje poprzez „ustalenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia lub który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców” na podstawowym poziomie 25%.

W trakcie czynności kontrolnych stwierdzono nadto, iż Beneficjent dokonując oceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie przyznał punktów za doświadczenie firmie O. R. S., która powołała się w zakresie spełniania tych kryteriów na zasoby (doświadczenie) podmiotu trzeciego. Zespół kontrolujący uznał, iż powyższe wypełnia znamiona naruszenia Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 8 lit. b Wytycznych, tj. wybrania oferty spośród ofert złożonych przez wykonawców spełniających warunki w postępowaniu nie uwzględniając ustalonych w zapytaniu ofertowym kryteriów ocen, albowiem Beneficjent nie zastrzegł w zapytaniu ofertowym, iż Wykonawcy nie mogą polegać na zasobach podmiotów trzecich.

IZ RPO WZ analizując w ramach postępowania administracyjnego przedmiotowe naruszenie wskazuje co następuje. Pomijając fakt, iż IZ RPO WZ w niniejszej decyzji kwestionowała już możliwość ustanawiania kryteriów oceny oferty odnoszących się do właściwości wykonawcy, to należy w tym miejscu odnieść się do samego faktu dokonania oceny spełniania danego kryterium przez wykonawcę. W ramach udzielania przedmiotowego zamówienia Beneficjent w celu uznania wydatków za kwalifikowalne, zobowiązany był do przestrzegania zapisów Wytycznych. Wskazać trzeba, iż Beneficjenta jako podmiot prywatny nie obowiązują zapisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 t.j. ze zm., dalej: pzp), a to właśnie art. 22a tejże ustawy wprowadza możliwości korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotów trzecich. Tym samym ocena możliwości stosowania instytucji powoływania się na zasoby trzecie powinna być przeprowadzona na podstawie zapisów Wytycznych, a te w żaden sposób nie regulują powyższej kwestii. Co za tym idzie możliwość powoływania się na ww. zasoby podmiotów trzecich winna wynikać z zapytania ofertowego, a nie może być dorozumiana. Mając na względzie zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest dopuszczalne stosowanie instytucji i rozwiązań, których nie przewiduje, ani zapytanie ofertowe, ani Wytyczne. Powyższe powodowałoby, że podmioty mające większe doświadczenie jako Wykonawcy w ramach zamówień udzielanych na podstawie pzp miałyby przewagę nad innymi podmiotami, które tego doświadczenia nie mają.

Podsumowując uznać należy, iż w postępowaniu przeprowadzanym przez Beneficjenta nie była dopuszczona możliwość korzystania z doświadczenia podmiotów trzecich, bowiem nie zostało to przez niego wskazane w zapytaniu ofertowym. Choć Beneficjent przyznając firmie O. R. S. 0 pkt w kryterium oceny doświadczenie kierował się innymi przesłankami, to jednak rezultat jego oceny był zgodny z ustanowionymi przez niego w zapytaniu ofertowym kryteriami i zasadami udzielania zamówienia.

W związku z powyższym IZ RPO WZ zweryfikowała stanowisko w niniejszej sprawie i odstępuje od stwierdzenia naruszenia w tym zakresie, a tym samym od nałożenia korekty finansowej za wskazane naruszenie.

Ostatnim podjętym podczas czynności kontrolnych ustaleniem było stwierdzenie naruszenia Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 17 Wytycznych, tj. zakazu dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, poprzez określenie w zapytaniu ofertowym terminu realizacji zamówienia na II kwartał 2017 r., a w umowie określenie terminu na dzień 31 grudnia 2017 r. bez spełnienia przesłanek zawartych w Wytycznych.

W Zastrzeżeniach do protokołu pokontrolnego Beneficjent wskazał, iż pierwotnie określony termin realizacji inwestycji został określony na II kwartał 2017 r. niemniej jednak z uwagi na opóźnienie w prowadzonej przez Zamawiającego innej dużej inwestycji – budowa hali produkcyjnej, która była budowana na terenie, gdzie miała być realizowana umowa z wybranym podczas postępowania Wykonawcą, nie było możliwości rozpoczęcia przedmiotowej inwestycji.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z Wytocznymi nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy i zostały spełnione łącznie następujące warunki: konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. W przeprowadzonym w ramach realizacji projektu postępowaniu o udzielenie zamówienia Beneficjent nie przewidział w treści oferty możliwości zmiany umowy w zakresie terminu jego realizacji. Niemniej jednak Beneficjent spełnił przesłanki do zmiany tej umowy zawarte w Wytocznych. Zauważyć trzeba, iż brak możliwości rozpoczęcia inwestycji w wyniku opóźnień innego wykonawcy, które to opóźnienie uniemożliwiało rozpoczęcie inwestycji objętej postępowaniem na dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznej tzw. ogniw fotowoltaicznych, inwerterów, konstrukcji wsporczej, okablowania i aparatury kontrolno – pomiarowej, o mocy 200 W. Tym samym okoliczności, które stanowiły podstawę do zmiany terminu realizacji umowy były dla Beneficjenta nie do przewidzenia na etapie ogłoszenia o przetargu (wysłania zapytań ofertowych), jak i w momencie wyboru wykonawcy. Biorąc pod uwagę, że zmiana terminu zakończenia prac budowlanych była bez wpływu na wartość umowy, to uznać należy, że zmiana w umowie została dokonana bez naruszenia zapisów Wytocznych.

W związku z powyższym IZ RPO WZ weryfikując stanowisko przedstawione na etapie czynności kontrolnych odstępuje od stwierdzenia wystąpienia naruszenia Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 17 Wytocznych i nałożenia w tym zakresie korekty finansowej.

Podsumowując ustalenia poczynione w ramach postępowania administracyjnego IZ RPO WZ stwierdziła, iż Beneficjent naruszył podczas udzielenia 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.”, dopuścił się naruszeń zapisów:

1. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5 pkt 1 Wytocznych, za które określono zgodnie z Taryfikatorem korektę w wysokości 10%,
2. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 7 lit. a i d Wytocznych, za które określono zgodnie z Taryfikatorem korektę w wysokości 25%,
3. Rozdziału 6 Podrozdziału 6.5.2 pkt 6 Wytocznych, za które określono zgodnie z Taryfikatorem korektę w wysokości 25%.

Wskazać należy, iż w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu (§ 9 ust. 1 Taryfikatora). Niemniej jednak na podstawie § 9 ust. 2 Taryfikatora w przypadku, o którym mowa w ust. 1, do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości. Tym samym wobec nałożenia pojedynczych korekt finansowych w oparciu o wskaźniki 10% i 25% (dwukrotnie), IZ RPO WZ nałożyła za przedmiotowe naruszenia łączną korektę finansową w wysokości 25%.

W tym miejscu wskazać należy, iż odstąpienie na etapie postępowania administracyjnego od dwóch naruszeń nie ma wpływu na ostateczną wysokość korekty finansowej, o której mowa powyżej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej, powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9. Zgodnie z art. 2 pkt 14 ustawy wdrożeniowej, jako nieprawidłowość indywidualną należy rozumieć nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Zgodnie z ww. artykułem nieprawidłowość „(...)oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. W myśl art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność – właściwa instytucja nakłada korektę finansową oraz wszczyna procedurę odzyskiwania od beneficjenta kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ufp, a w przypadku programu EWT - zgodnie z umową o dofinansowanie projektu albo decyzją o dofinansowaniu projektu. Jednocześnie ustawa wdrożeniowa przyznała Ministrowi właściwemu do spraw rozwoju regionalnego kompetencję

do wydania w drodze rozporządzenia warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wartości wydatków poniesionych nieprawidłowo, stanowiących pomniejszenie, a także ich stawki procentowe, mając na względzie charakter i wagę nieprawidłowości, ich skutki finansowe, a także stanowisko Komisji Europejskiej (art. 24 ust. 13). W oparciu o ww. regulacje został wydany Taryfikator, zgodnie z którym (§ 4) w przypadku gdy jest możliwe precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanej ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną wartość korekty finansowej jest równa wartości współfinansowania UE w ramach tej kwoty, a w przypadku pomniejszenia – wartości wydatków kwalifikowalnych równej tej kwocie. Natomiast 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 lub obniżenie wartości pomniejszenia oblicza się według wskazanego w Taryfikatorze wzoru. Wskazać należy, iż regulacje taryfikatora nie normują żadnych obowiązków Beneficjenta w zakresie realizacji projektu, ani wydatkowania środków. Taryfikator zawiera wyłącznie skierowane do Instytucji Zarządzającej zasady obniżania wartości korekt finansowych i wydatków poniesionych nieprawidłowo, a także stawki procentowe stosowane przy obniżaniu korekt finansowych i pomniejszeń związanych z udzielaniem zamówień realizowanych ze środków publicznych w ramach projektów objętych współfinansowaniem w zakresie polityki spójności w perspektywie finansowej 2014 – 2020 zgodnie z warunkami wynikającymi z pzp albo z umowy o dofinansowanie projektu, albo z decyzji o dofinansowaniu projektu.

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ stwierdzając w konkretnej sprawie naruszenie przepisów prawa, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej, dokonuje sprawdzenia, czy stwierdzone naruszenie wywołało skutki finansowe, które można precyzyjnie określić, czy też takie, które 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. W przypadku braku możliwości precyzyjnego określenia skutków finansowych naruszenia – tak jak miało to miejsce w niniejszej sprawie – stosuje się stawki procentowe określone w załączniku taryfikatora (§ 5 ust. 2). Co za tym idzie podstawą stwierdzenia wystąpienia naruszenia i faktyczną przyczyną nałożenia korekty finansowej są przepisy ustawy wdrożeniowej, a następnie w ufp w szczególności art. 207.

Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 184 ufp należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Wzór umowy 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 w umowie. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, w szczególności w uzrp, należy uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 184 ufp o „innych procedurach” obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp byłoby w ogóle wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt II GSK 197/16).

Beneficjent przystępując do konkursu, w następstwie którego podpisana została umowa o dofinansowanie zobowiązał się do stosowania odpowiednich zasad gospodarowania środkami publicznymi wynikającymi z przepisów ufp oraz umowy o dofinansowanie (§ 17). Z brzmienia 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 słuszność, niezbędność 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). W oparciu o zapisy umowy o dofinansowanie 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.

Wskazać należy, iż Beneficjent poprzez udzielenie zamówienia bez zachowania zasady konkurencyjności naruszył art. 44 ust. 3 ufp, bowiem gdyby przeprowadził postępowanie z zachowaniem ww. zasady mógłby uzyskać korzystniejsze oferty. Tym samym wydatki nie były celowe, oszczędne, jak i też nie została zachowana zasada uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku. Co za tym idzie Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Z nieprawidłowością mamy do czynienia w przypadku wystąpienia trzech elementów, tj. naruszenia prawa, wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej 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 Unii Europejskiej. 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 Unii Europejskiej. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013.

IZ RPO WZ poddała stwierdzone naruszenia analizie pod kątem wystąpienia nieprawidłowości i ustaliła, iż Beneficjent swoimi działaniami doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi Unii Europejskiej 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 dyskryminujące określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia, który mógłby być niższy gdyby Beneficjent prawidłowo udostępnił wszystkie informacje w opisie przedmiotu, a także nie ustanowił wymagań przewyższających potrzeby niezbędne do osiągnięcia celów projektu. W tym miejscu wskazać należy ponadto, iż zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju zawartym w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ), a wypracowanym na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (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 nadmienić należy, 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 również fakt, iż Beneficjent zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i w toku postępowania administracyjnego nie przedstawił okoliczności mogących świadczyć, iż naruszenie prawa wynikające z jego działania wykluczało negatywny wpływ na budżet UE.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obniżenie wartości korekty finansowej oblicza się według wzoru: $Wk = W\% \times Wkw \times Wś$, gdzie Wk to wartość korekty finansowej, Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia, $Wś$ – procentowa wartość współfinansowania UE, $W\%$ – stawka procentowa. Po dokonaniu stosownych wyliczeń w oparciu o przywołany wyżej wzór wartość korekty finansowej wyniosła 209 971,25 zł (988 100,00 zł x 25% x 85%) z czego kwota 33 596,25 zł została 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 określonymi 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).

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

Pouczenie

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

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

Zgodnie z art. 52 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2012 r. Prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (Dz. U z 2018 r. poz. 1302 t.j. ze zm.) jeżeli stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 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.

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego