



Załącznik do uchwały nr 510/17
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 3 kwietnia 2017 r.



PGE Energia Odnawialna
Spółka Akcyjna
ul. Ogrodowa 59A
00 – 876 Warszawa

WWRPO.VIII.3162.79.2016.Ała

DECYZJA
Nr WWRPO/10/W/2017

podjęta w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,
Ryszard Mićko - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2016 r. poz. 383 t.j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 poz. 1870 t.j. ze zm.), art. 38 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 t.j. ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 486 t.j. ze zm.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Ogrodowej 59 A – środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 - 2013, na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 na realizację projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko”, w wysokości 738 902,39 zł (słownie: siedemset trzydzieści osiem tysięcy dziewięćset dwa złote 39/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, w tym:

- 1) na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768 dotyczący środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego:
 - kwotę należności głównej w wysokości 628 067,03 zł (słownie: sześćset dwadzieścia osiem tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych 03/100),
 - kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 628 067,03 zł liczonych od dnia 19 października 2015 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej spłaty należności głównej,
- 2) na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 95 1020 4795 0000 9402 0115 8906 dotyczący środków współfinansowania w części budżetu państwa:
 - kwotę należności głównej w wysokości 110 835,36 zł (słownie: sto dziesięć tysięcy osiemset trzydzieści pięć złotych 36/100),

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 110 835,36 zł liczonych od dnia 26 października 2015 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej spłaty należności głównej,

Uzasadnienie

Beneficjent – PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Ogrodowej 59 A – w dniu 10 czerwca 2014 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2016 r. poz. 383 t.j., dalej: uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 na realizację projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko”, Oś Priorytetowa 4 „Infrastruktura ochrony środowiska”, Działanie 4.1 „Energia odnawialna i zarządzanie energią”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-01 z dnia 10 czerwca 2014 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-02 z dnia 31 lipca 2014 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-03 z dnia 15 grudnia 2014 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-04 z dnia 8 maja 2015 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-05 z dnia 12 lipca 2016 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie). 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 w szczególności ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 t.j. ze zm., dalej: pzp) w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie zarówno do niego jak i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Dodatkowo na podstawie § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia ustawy pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Rozwoju, dalej: MR), (dalej: Taryfikator). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. Uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r. oraz uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 9 czerwca 2014 r. zmieniono uchwałę nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. Z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych, w niniejszej sprawie wzięto pod uwagę Taryfikator o treści ustalonej zmianą z dnia 9 czerwca 2014 r.

Przedmiotem projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko” realizowanego przez PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna było stworzenie systemu urządzeń technicznych zainstalowanych w poszczególnych siłowniach wiatrowych, dzięki którym miało być możliwe przetworzenie energii wiatru w energię elektryczną. Utworzona farma wiatrowa miała się składać z Parku Wiatrowego obejmującego 7 sztuk turbin wiatrowych zainstalowanych na wieżach nie niższych niż 90 metrów nad poziomem terenu oraz abonenckiej stacji 30/110 kV FW Resko (pkt C.7. pn. „Opis przedsięwzięcia (z wyłączeniem cross – financingu)” wniosku o dofinansowanie).

W trakcie realizacji projektu Beneficjent zamierzał osiągnąć wskaźniki produktu, tj.: uzyskać mocy zainstalowanej energii elektrycznej z wiatru na poziomie 10.500 MW oraz wykonać 7 sztuk jednostek wytwarzania energii elektrycznej z wiatru (pkt. C.10. pn. „Mierzalne wskaźniki produktu” wniosku o dofinansowanie). Natomiast wynikiem realizacji projektu miało być wytworzenie energii elektrycznej o łącznej wartości 134 040,00 MWh (pkt. C.11. pn. „Mierzalne wskaźniki rezultatu” wniosku o dofinansowanie).

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, w dniu 23 – 27 lutego 2015 r. IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji ww. projektu.

Po przeprowadzeniu czynności kontrolnych ustalono, iż w ramach postępowania przetargowego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz”” Beneficjent naruszył art. 38 ust. 4a pzp dokonując zmiany (modyfikacji) SIWZ poprzez wydłużenie o 12 dni terminu składania ofert w związku dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ, przy jednoczesnym nieprzekazaniu ogłoszenia dodatkowych informacji o ww. zmianie Urzędowi Publikacji Unii Europejskich (dalej: UPUE). Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje korektę finansową w oparciu w wskaźnik 10 % (Tabela nr 1 poz. 17 „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ”). Powyższy wskaźnik zgodnie z ww. Taryfikatorem może zostać obniżony w uzasadnionych przypadkach do 5 %.

Pismem z dnia 12 czerwca 2015 r. Beneficjent został poinformowany o zakończeniu czynności kontrolnych i stanowisku IZ RPO WZ w zakresie stwierdzonych naruszeń. W odpowiedzi na powyższe Beneficjent pismem z dnia 23 lipca 2015 r. wskazał na rozpoczęcie sporu pomiędzy Beneficjentem, a IZ RPO WZ (zgodnie z § 21 umowy o dofinansowanie). Ponadto Beneficjent zwrócił się do IZ RPO WZ z wnioskiem o ustalenie terminu w celu podjęcia negocjacji. Podczas spotkania w dniu 31 lipca 2015 r. w siedzibie Wydziału Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego Beneficjent przedstawił swoje argumenty uzasadniające obniżenie nałożonej korekty finansowej. W nawiązaniu do powyższego spotkania Beneficjent przedłożył pismo z dnia 18 sierpnia 2015 r., w którym ponowił argumenty dotyczące ww. obniżenia korekty. Wskazane przy tym zostało, iż pomimo faktu dopuszczenia się przez Beneficjenta w ramach postępowania przetargowego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz”” naruszenia przepisów pzp, to nie wpłynęło ono na zachowanie zasady uczciwej konkurencji jak i równego traktowania wykonawców. Beneficjent wskazał bowiem, iż w toku prowadzonego postępowania przetargowego zostały złożone cztery oferty, w tym jedna od podmiotu posiadającego siedzibę poza terytorium Polski. Najniższa ze złożonych ofert, tj. złożona przez A. E. R. S.L.U. była niższa od ustalonej wartości zamówienia, opiewała bowiem na 73 207 000,00 zł netto, podczas gdy wartość zamówienia ustalono na poziomie 76 301 667,30 zł. W związku z tym w ramach postępowania przetargowego została wybrana oferta A. E. R. S.L.U., i następnie z wykonawcą została zawarta umowa na realizację przedmiotowej inwestycji.

PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna w swoim piśmie wskazała ponadto, iż przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były prace o dużej specyfice oraz skomplikowaniu technicznym, tj. budowa farmy wiatrowej wraz z dostawą zaawansowanych technologicznie turbin wiatrowych. Standardem przy tego typu zamówieniach jest, iż po wstępnym opublikowaniu SIWZ, zainteresowani zamówieniem wykonawcy zwracają się do Zamawiającego z szeregiem pytań czy też prośbami o udzielenie wyjaśnień. W trakcie prowadzonego przez Beneficjenta postępowania przetargowego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz”” otrzymał ponad 40 zapytań od wykonawców, przy czym wszystkie pochodziły od podmiotów, które finalnie złożyły swoje oferty. W opinii Beneficjenta w wyniku przedłużenia przez niego terminu na składanie ofert o 12 dni, w związku dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ, nie mógł pojawić się inny wykonawca spoza terytorium Polski, który wcześniej nie interesowałby się przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Beneficjent wskazał ponadto, iż informacja o zamówieniu była umieszczona na stronie Zamawiającego, w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w dzienniku ogłoszeń Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Niezależnie od tego stosowne informacje zostały zamieszczone na ogólnie dostępnych stronach internetowych portali branżowych, w tym również w języku angielskim. Spółka podkreśliła, iż wcześniej prowadziła dwa postępowania o udzielenie ww. zamówienia, przy czym oba zostały unieważnione (jedno ze względu na brak wystarczającej liczby ofert, a drugie ze względu na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przekraczała ustaloną przez Beneficjenta wartość zamówienia). Beneficjent wskazał, iż w takim przypadku zostały spełnione przesłanki z art. 62 ust. 1 pkt 1 pzp do przeprowadzenia postępowania w trybie ograniczonej konkurencji, np. w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Tym samym stwierdzone przez IZ RPO WZ naruszenie pzp miało w opinii PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna charakter formalny i nie spowodowało lub nie mogłoby spowodować wystąpienia szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej (dalej: UE). Powyższe w opinii Beneficjenta uzasadniało obniżenie korekty finansowej z 10 % do 5 %.

IZ RPO WZ odpowiadając na powyższe wyjaśnienia, w piśmie z dnia 23 września 2015 r. wskazała, że w toku czynności kontrolnych zostało ustalone, iż w wyniku niedopełnienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia UPUE Beneficjent ograniczył innym wykonawcom dostęp do udziału w

postępowaniu, tym samym nie zapewnił równego traktowania wszystkich wykonawców. Gdyby bowiem Beneficjent dokonał publikacji informacji o zmianie terminu na złożenie oferty związanej z dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz”” w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, to mogliby się pojawić inni wykonawcy, którzy byłiby zainteresowani złożeniem oferty. Co za tym idzie Beneficjent naruszył art. 38 ust. 4a pzp, a tym samym obowiązujące go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: RPO WZ) procedury. W związku z powyższym IZ RPO WZ stwierdziła, iż w niniejszej sprawie wystąpiła potencjalna szkoda w budżecie UE. Jednocześnie Beneficjent został poinformowany, iż w sytuacji otrzymania ustaleń innych instytucji kontrolnych, odbiegających od ostatecznego stanowiska IZ RPO WZ, zastrzega sobie ona możliwość ponownej weryfikacji wysokości wskaźnika procentowego nałożonej korekty finansowej.

Podtrzymane zatem zostały ustalenia zawarte w protokole pokontrolnym z dnia 30 marca 2015 r. oraz w piśmie o zakończeniu czynności kontrolnych z dnia 12 czerwca 2015 r. IZ RPO WZ mając jednak na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta uznała, iż w niniejszej sprawie istnieją przesłanki uzasadniające obniżenie wysokości korekty finansowej za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp do poziomu 5 %.

Mając na uwadze powyższe na Beneficjenta została nałożona korekta finansowa w łącznej kwocie 738 902,40 zł (w oparciu o wskaźnik w wysokości 5 %). Kwota ta, została pomniejszona z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej na podstawie wniosku o płatność nr WNP-RPZP.04.01.00-32-004/11-01/K01, o czym został on poinformowany pismem z dnia 12 października 2015 r.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2016 r. Dyrektor Urzędu Kontroli Skarbowej w Szczecinie przekazał IZ RPO WZ podsumowanie ustaleń dokonanych w projekcie nr RPZP.04.01.00-32-004/11 o nazwie „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko” w ramach prowadzonego audytu RPO WZ (nr UKS32W2EB.7112.1.2016.DEB.7). W powyższym podsumowaniu Urząd Kontroli Skarbowej w Szczecinie – pełniący funkcję Instytucji Audytowej (dalej: IA) – wskazał, iż mając na uwadze Decyzję Komisji Europejskiej znak: C(2013)9527 z dnia 19 grudnia 2013 r., nałożona na Beneficjenta korekta finansowa jest niewystarczająca. Tym samym IA zarekomendowała podwyższenie wskaźnika korekty finansowej do 10 %.

Mając na uwadze stanowisko IA, IZ RPO WZ pismem z dnia 20 lipca 2016 r. powiadomiła Beneficjenta – zgodnie z treścią pisma z dnia 23 września 2015 r. – o zweryfikowaniu swojego stanowiska w przedmiocie nałożonej korekty. Tym samym PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna została poinformowana o nałożeniu, za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp w postaci dokonania (modyfikacji) SIWZ poprzez wydłużenie o 12 dni terminu składania ofert w związku dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ przy jednoczesnym nieprzekazaniu ogłoszenia dodatkowych informacji o ww. UPUE, korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 10 %.

W piśmie z dnia 25 sierpnia 2016 r. IZ RPO WZ wskazała, iż ostateczna wysokość korekty finansowej wyniosła 1 477 804,80 zł. Mając na uwadze dokonane pomniejszenie z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej w wysokości 738 902,40 zł, IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu pozostałej kwoty 738 902,40 zł (1 477 804,80 zł – 738 902,40 zł) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania. Zgodnie z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 poz. 1870 j.t. ze zm., dalej: ufp.) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że wykorzystanie środków przekazanych na realizację projektu nastąpiło z naruszeniem procedur Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Beneficjent w odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 9 września 2016 r. wskazał, iż w jego opinii żądanie zwrotu kwoty 738 902,40 zł jest nieuzasadnione, gdyż w sprawie nie wystąpiły żadne nowe okoliczności uzasadniające dokonanie weryfikacji wysokości nałożonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej za stwierdzone naruszenia art. 38 ust. 4a pzp w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz””. Na wstępie wskazane zostało, iż IZ RPO WZ pismem z dnia 12 października 2015 r. określiła wysokość korekty finansowej – zgodnie z zapisami Taryfikatora – a następnie zatwierdziła kwotę dofinansowania należną Beneficjentowi. Tym samym wobec faktu, iż w niniejszej sprawie nie zostały ujawnione żadne nowe okoliczności, w opinii Beneficjenta, brak jest przesłanek uprawniających IZ RPO WZ do podwyższenia ostatecznie określonej korekty finansowej. PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna

wskazała ponadto, iż ustalenie korekty finansowej na podstawie wskaźnika 5 %, a w następstwie tego pomniejszenie przysługującej Beneficjentowi płatności o dokonaną korektę skutkowało zakończeniem sporu prowadzonego w trybie § 21 ust. 3 umowy o dofinansowanie. Beneficjent wskazał, iż powyższe powinno być postrzegane jako formalne i ostateczne zakończenie procedury związanej z nałożeniem korekty finansowej. Zdaniem Beneficjenta, w związku z zakończeniem sporu i brakiem wystąpienia nowych okoliczności w sprawie, niedopuszczalna jest przez IZ RPO WZ zmiana wysokości korekty finansowej.

Następnie podkreślone zostało, iż uznanie przez IA, że wysokość korekty finansowej za przedmiotowe naruszenie winna wynosić 10 %, jest wynikiem odmiennej interpretacji stanu faktycznego sprawy. Co za tym idzie powyższe nie jest podstawą do zmiany wysokości korekty finansowej. Jednocześnie Beneficjent wskazał, iż wysokość kwestionowanej przez IZ RPO WZ przekazanej mu części dofinansowanie wyniosła 738 902,39 zł, a nie jak zostało wskazane w piśmie z dnia 25 sierpnia 2016 r. 738 902,40 zł.

Wobec braku zwrotu środków w wyznaczonym terminie w dniu 13 września 2016 r. wobec PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków przekazanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 z dnia 10 czerwca 2014 r. Ponadto Strona została pouczona o możliwości zgłoszenia wniosków dowodowych i zarzutów w sprawie.

Pismem z dnia 30 września 2016 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia w sprawie, wnosząc o umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na jego bezprzedmiotowość i tym samym brak możliwości wydania decyzji administracyjnej. Beneficjent swoje twierdzenia wywiódł z faktu, iż w wyniku kontroli doszło już do wymierzenia korekty finansowej (w wysokości 5 %) za stwierdzone naruszenia pzp. Pomniejszenie płatności końcowej o wartość nałożonej korekty finansowej, zgodnie z dyspozycją art. 207 ust. 2 ufp należy postrzegać jako zwrot równowartości korekty finansowej, kończącej formalnie postępowanie związane z wymierzaniem korekty finansowej. Tym samym, w opinii PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna, na podstawie art. 207 ust. 10 ufp niemożliwe jest wydanie w niniejszej sprawie decyzji administracyjnej w przedmiocie zwrotu środków.

Beneficjent wskazał ponadto, iż stwierdzone naruszenie art. 38 ust. 4a pzp w ramach postępowania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz” nie wywołało i nie mogło wywołać żadnych skutków finansowych dla budżetu UE, albowiem zmiana SIWZ miała miejsce na koniec postępowania przetargowego i nie mogła mieć wpływu na jego wynik. Jednocześnie zostały przez Beneficjenta złożone wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków B. P. – D. B. Z. S., M. N. – G. S. w B. Z. S. oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentów, tj. wydruków ze stron internetowych informujących o postępowaniu przetargowym.

IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 11 października 2016 r. z uwagi na konieczność dokonania szczegółowej analizy pism Beneficjenta i przedstawionych w nim argumentów przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 10 listopada 2016 r. Następnie w związku z dalszą analizą całości materiału dowodowego, jak i koniecznością ustosunkowania się do wniosków dowodowych Beneficjenta, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 13 stycznia 2017 r.

Postanowieniem z dnia 4 stycznia 2017 r. IZ RPO WZ odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków B. P., M. N. albowiem zgłoszone przez stronę dowody swoim zakresem nie pokrywają się z przedmiotem prowadzonego postępowania administracyjnego, a ewentualne ich przeprowadzenie stałoby w jawnej sprzeczności z zasadą ogólnej ekonomii postępowania. Nie doprowadziłyby one bowiem IZ RPO WZ do ustalenia nowych okoliczności istotnych dla sprawy, co za tym idzie nie miałyby one wpływu na rozstrzygnięcie jakie zostanie podjęte w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego. Jednocześnie IZ RPO WZ wskazała, iż załączone do wniosku z dnia 30 września 2016 r. wydruki ze stron internetowych informujące o postępowaniu przetargowym, znajdują się już w aktach sprawy i jako takie będą przedmiotem analizy w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego. Dokumenty te bowiem zostały przedłożone IZ RPO WZ przez Beneficjenta w dniu 18 sierpnia 2015 r., tj. na etapie czynności kontrolnych.

Pismem z dnia 10 stycznia 2017 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r. poz. 23 t.j. ze zm., dalej: kpa). Nadto wobec konieczności umożliwienia Beneficjentowi zapoznania się z aktami sprawy oraz wypowiedzenia się co do zebranych w sprawie dowodów, a także zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o przedłużeniu postępowania administracyjnego do dnia 13 lutego 2017 r.

Z uwagi na konieczność zachowania wymogów formalnych określonych w kpa, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 13 marca 2017 r., a następnie do dnia 13 kwietnia 2017 r.

Mając na uwadze zgromadzony w ramach postępowania administracyjnego materiał dowodowy, w tym m.in. dokumentację z czynności kontrolnych, wyjaśnienia i dokumenty składane przez Beneficjenta, IZ RPO WZ dokonała analizy niniejszej sprawy i ustosunkowała się do stwierdzonego naruszenia 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. 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. Okoliczności ich przekazania jednostce samorządu terytorialnego na podstawie umowy o dofinansowanie projektu nie powodują utracenia przez nie ich publicznego charakteru oraz braku kontroli nad prawidłowością ich wydatkowania (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – dalej: NSA – z dnia 13 lutego 2014 r., Sygn. akt II GSK 1945/12).

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15, 15a uzppr ustalanie i nakładanie korekt finansowych, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach 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.

Również w § 8 umowy o dofinansowanie zostało określone, iż w przypadku gdy zostanie stwierdzone, iż Beneficjent wykorzystał całość lub część dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem, bez zachowania obowiązujących procedur lub pobrał całość lub część dofinansowania w sposób nienależny albo w nadmiernej wysokości, Beneficjent zobowiązuje się do zwrotu tych środków wraz z odsetkami w wysokości określonej, jak dla zaległości podatkowych na rachunki wskazane przez IZ RPO WZ.

Poprzez procedury, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumie się postanowienia dokumentów regulujące zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie. 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, przeprowadzonej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (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. Umowa ta określa warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane (art. 30 ust 1 i 2 uzppr). Umowa jest zatem elementem projektu. W związku z powyższym również niewypełnienie postanowień umowy, w szczególności w zakresie zamówień publicznych (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – dalej: WSA – w Poznaniu z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt III SA/PO 1833/14) oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi (Wyrok NSA w Warszawie z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. akt II GSK 1546/12).

W niniejszej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył również procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp, albowiem podejmował działania niezgodne z umową o dofinansowanie, oraz niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Beneficjent bowiem, na podstawie § 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie zobowiązany był m.in. do przestrzegania właściwych przepisów prawa polskiego, natomiast na podstawie § 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie

zobligował się do przestrzegania pzp w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie do Beneficjenta i do projektu.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 98 ust. 1 rozporządzenia nr 1083/2006 państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. Natomiast zgodnie z ust. 2 ww. rozporządzeniem państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacji lub programie operacyjnym. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze w tym przypadku pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. Jednocześnie zgodnie z art. 60 lit. b rozporządzenia nr 1083/2006 Instytucja Zarządzająca odpowiada za zarządzenie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, w szczególności za weryfikację, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operację zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. Tym samym IZ RPO WZ na podstawie własnego postępowania wyjaśniającego i ustaleń stwierdza, czy w trakcie realizacji projektu objętego dofinansowaniem w ramach RPO WZ, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Stosownie do wyników tych ustaleń instytucja zarządzająca zobowiązana jest następnie podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Z powyższego wynika, że instytucji zarządzającej przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. Należy dodać, iż stosownie do brzmienia art. 2 pkt 3 rozporządzenia nr 1083/2006 poprzez określenie „operacja”, o którym mowa powyżej rozumie się projekt lub grupę projektów wybranych przez instytucję zarządzającą danym programem operacyjnym lub na jej odpowiedzialność, zgodnie z kryteriami ustanowionymi przez komitet monitorujący i realizowanych przez jednego lub więcej beneficjentów, pozwalające na osiągnięcie celów osi priorytetowej, do której odnosi się ta operacja.

Zgodnie z treścią przepisu art. 38 ust. 4a pzp Beneficjent, który prowadzi przetarg w trybie nieograniczonym, w przypadku zmiany treści SIWZ prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia ma obowiązek przekazania UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania. Zmianami do jakich odnosi się dyspozycja ww. normy są m.in.: wielkość lub zakres zamówienia, termin jego wykonania, informacja o możliwości złożenia oferty wariantowej jak i informacja dotycząca miejsca i terminu składania ofert (A. Bazan, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. II, LEX 2015). Powyższa norma nie znajduje wyjątków, tym samym Zamawiający nie może się uwolnić od obowiązku dokonania ww. publikacji poprzez alternatywne jej dokonanie czy to w innym publikatorze, czy to na stronach internetowych. Zatem każda zmiana SIWZ, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, podlega rygorom art. 38 ust. 4a pzp, a dla oceny poprawności prowadzonej procedury z uchybieniem ww. obowiązku, nie ma znaczenia istotność, a więc wpływ tej zmiany na treść ogłoszenia (Wyrok NSA z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt II GSK 2865/14).

W niniejszej sprawie Beneficjent w ramach przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszył art. 38 ust. 4a pzp, albowiem dokonał zmiany w SIWZ w postaci wydłużenia terminu na składanie ofert o 12 dni w związku dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ i nie przekazał UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania. W tym miejscu wskazać należy, iż w ogłoszonym w dniu 29 października 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej: DUUE) ogłoszeniu o zamówieniu wskazana została kwota szacunkowa bez VAT w wysokości 76 302 000,00 zł (Sekcja II.2.1), tym samym przekraczała ona kwotę 4 845 000,00 euro (18 599 955,00 zł) określoną na podstawie art. 11 ust. 8 i 35 ust. 3 pzp. Co za tym idzie Beneficjent był zobowiązany do publikowania SIWZ w DUUE, jak również do ogłaszania wszelkich dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowaniu.

Wskazać należy, iż nieogłoszenie tej zmiany jest naruszeniem przepisów prawa, a więc procedur, do przestrzegania których zobowiązał się Beneficjent podpisując umowę o dofinansowanie i które był obowiązany przestrzegać z mocy samej ustawy pzp (Wyrok NSA z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. akt II GSK 1572/14). Konsekwencją powyższego jest wydatkowanie środków przekazanych na realizację projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko” niezgodnie z procedurami, o których mowa w art. 184 ufp.

Odnosząc do wskazanych przez Beneficjenta w piśmie z dnia 9 września 2016 r. oraz 30 września 2016 r. okoliczności upublicznienia informacji o zmianie treści SIWZ na ogólnodostępnych serwisach branżowych wskazać należy, iż ww. sposób publikacji nie czyni zadość wymaganiom stawianym w tym zakresie przez przepisy pzp. Treść art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp kategorycznie wskazuje – poprzez użycie trybu nakazowego – że „zamawiający przekazuje” informację do UPUE, co za tym idzie treść przepisu nie pozostawia wątpliwości co do ciężących na Zamawiającym obowiązku. Przedstawiona zatem w ww. pismach argumentacja dotycząca sposobu upublicznienia informacji o zmianie daty składania ofert oraz okoliczności udostępnienia jej na stronach internetowych, nie ma racji bytu i pozbawiona jest znaczenia prawnego w kontekście jednoznacznego brzmienia komentowanej normy prawnej (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt II SA/Wr 1170/15).

Mając na uwadze powyższe szczegółowe uregulowania ustawowe dotyczące publikacji, jak również cel tych uregulowań, którym jest zapewnienie przejrzystości, jawności i ochrony uczciwej konkurencji oraz równości szans wykonawców na rynku ofert, uznać należy, że ich wykładnia musi być ścisła (wyrok NSA z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. akt. II GSK 2233/13). Naruszenie obowiązków wynikających z art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, skutkuje bowiem podziałem potencjalnych kontrahentów na lepiej i gorzej poinformowanych, przy czym brak zamieszczenia informacji o zmianach w DUUE sprawia, że gorzej poinformowani byli kontrahenci korzystający z informacji zamieszczanych właśnie w tym publikatorze (wyrok NSA z dnia 11 lutego 2015 r., sygn. akt II GSK 2265/13). Tym samym Beneficjent swoim zachowaniem doprowadził do naruszenia uczciwej konkurencji, bowiem nie wszyscy potencjalnie zainteresowani złożeniem oferty mieli możliwość zapoznania się z informacją o zmianie terminu na złożenie ofert. Dla podmiotów korzystających wyłączenie z oficjalnego (wskazanego wprost pzp) publikatora, termin na złożenie ofert upływał w dniu 7 grudnia 2011 r., natomiast rzeczywistym terminem na złożenie ofert był dzień 19 grudnia 2011 r. Co za tym idzie informacja o zmianie terminu na złożenie ofert była wiadoma tylko niektórym, którzy korzystali z alternatywnych (nieoficjalnych) miejsc publikacji informacji o ogłoszeniu zamówienia. Powyższe mogło doprowadzić do sytuacji, w której podmiot potencjalnie zainteresowany złożeniem oferty, nie złożył jej wobec upływu terminu wskazanego w opublikowanym w DUUE SIWZ. Niewypełnienie obowiązków wynikających z publikacji stanowi naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp, a co za tym idzie procedur, o jakich mowa w art. 184 ufp, a zatem wywołuje skutki określone w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zachowanie w przeprowadzonych przez beneficjenta postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zasad zapewniających uczciwą konkurencję, dawałoby gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki, w tym najniższą cenę, zaś niezachowanie tych zasad przez beneficjenta takiej gwarancji nie daje. Tym samym beneficjent przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę. Poniósł on bowiem wydatki, które przy zachowaniu zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE.

W związku z faktem, iż w przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ uznała za właściwie nałożenie korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 10 %, wskazać należy za NSA (wyrok z dnia 8 maja 2014 r. sygn. akt II GSK 249/13), że nakładanie korekt finansowych jest rezultatem postanowień umownych, które Beneficjent przyjął podpisując umowę, a ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest bowiem w przypadku umowy o dofinansowanie obowiązek przestrzegania przepisów ustawy pzp. Dalej NSA określił, iż nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania. Taryfikator przewiduje nałożenie na Beneficjenta odpowiednich korekt finansowych w sytuacji stwierdzenia naruszenia przez niego procedur udzielania zamówień publicznych wspólnotowych lub przepisów ustawy pzp, przy czym Beneficjent podpisując umowę wyraża zgodę na zastosowanie przez Instytucję Zarządzającą zaleceń określonych przez MR. Wytyczne MR, co do zasady nie stanowią źródła prawa, lecz w stosunkach między stronami umowy, stają się jej warunkami poprzez odpowiednie zapisy w niej zawarte. I tak zgodnie z § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie podpisanej z Beneficjentem w dniu 10 czerwca 2014 r. w przypadku naruszenia ustawy pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, na podstawie Taryfikatora, który jest prawnie wiążącym i ogólnodostępnym dokumentem, zawierającym wskaźniki procentowe do obliczania wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE. Przedmiotowy dokument zawiera wyrażone procentowo wielkości korekt finansowych przypisane konkretnym rodzajom naruszeń prawa zamówień publicznych i ma służyć koordynacji oraz ujednoczeniu sposobu postępowania w przypadku wykrycia naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych. Należy także wskazać, iż stosowanie wskaźników do wymierzania korekt finansowych jest działaniem korzystnym dla Beneficjenta (opinię tę podziela także MR), bowiem w przypadku, kiedy nie byłoby podstawy prawnej do zastosowania korekty

finansowej za stwierdzone naruszenia, wszystkie wydatki związane z dokonanymi naruszeniami podlegałyby zwrotowi w pełnej wysokości.

Z Wytycznych MR wynika, że ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. Do jej zastosowania konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez Beneficjenta lub grożącej na skutek zachowania Beneficjenta. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, stosuje się metodę wskaźnikową pozwalającą na obniżenie wydatku o kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. W niniejszej sprawie wysokość szkody jest trudna do oszacowania, bowiem na tę chwilę nie jest możliwe precyzyjne określenie na ile mniejszy byłby wkład UE. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania, gdyby Beneficjent dochował wskazanych powyżej procedur określonych przepisami pzp. Tym samym IZ RPO WZ była uprawniona do posłużenia się metodą wskaźnikową dla wyliczenia wysokości korekty finansowej.

W kontekście uprawnienia IZ RPO WZ do dokonania zmiany wysokości wskaźnika nałożonej na Beneficjenta korekty finansowej wskazać należy, iż zgodnie z wytycznymi MR, przedstawione w tabelach Taryfikatora wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające. Niemniej jednak ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do instytucji zarządzającej właściwym programem operacyjnym.

Jak wskazano za stwierdzone w postępowaniu pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz”” naruszenie art. 38 ust. 4a pzp Taryfikator w Tabeli nr 1 poz. 17 „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ” przewiduje korektę finansową w wysokości 10 %, która może zostać obniżona do 5 % w zależności od wagi nieprawidłowości. W przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ pierwotnie uznała za właściwe zastosowanie korekty finansowej na poziomie 10 %, która następnie w wyniku wyjaśnień Beneficjenta została obniżona do 5 %. Niemniej jednak IA w wyniku przeprowadzonej kontroli wykazała, iż z uwagi na wagę i charakter szczegółowo opisanego naruszenia, którego dopuścił się Beneficjent podczas stosowania pzp zastosowany przez IZ RPO WZ wskaźnik korekty na poziomie 5 % jest niewystarczający. Tym samym IA zarekomendowała zgodnie z Decyzją Komisji Europejskiej znak: C(2013)9527 z dnia 19 grudnia 2013 r. (pismo z dnia 28 kwietnia 2016 r., nr UKS32W2EB.7112.1.2016.DEB.7) zmianę wskaźnika procentowego korekty finansowej na podstawowy, tj. 10 %. Wskazane przy tym zostało, iż Beneficjent poprzez swoje działanie doprowadził do naruszenia przepisów prawa, które mogło spowodować szkodę finansową w budżecie UE. Ograniczył bowiem równy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zapewniając równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczając konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniu większej ilości oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia. IZ RPO WZ zastosowała się do powyższej rekomendacji i zmieniła wysokość nałożonej przez siebie korekty finansowej. W tym miejscu wskazać należy, że IZ RPO WZ informowała Beneficjent w kierowanych do niego pismach (m.in. w piśmie z dnia 23 września 2015 r.), iż zastrzega sobie możliwość ponownej weryfikacji na każdym etapie wysokości wskaźnika procentowego nałożonego w kontrolowanym postępowaniu.

Przechodząc do podniesionych przez Beneficjenta w pismach z dnia 9 września 2016 r. oraz 30 września 2016 r. zarzutów o charakterze proceduralnym należy wskazać, iż możliwość zmiany przez IZ RPO WZ wysokości korekty finansowej znajduje poparcie w orzecznictwie sądowo – administracyjnym, w tym min. w wyroku WSA w Gdańsku sygn. akt I SA/Gd 131/13. W uzasadnieniu ww. wyroku wskazane zostało, iż zapisy Taryfikatora określają maksymalne stawki korekty za dane naruszenie reguł zamówień publicznych, przy czym określa je jako zalecane. Natomiast wyjątkowo ich wysokość może zostać obniżona. Sąd wykazał, iż możliwość obniżenia korekty przez Instytucję Zarządzającą (dalej: IZ) ma charakter uznania administracyjnego. Tym samym organ może, a nie musi dokonać tego rodzaju obniżenia.

IZ RPO WZ w pełni aprobuje pogląd Sądu przedstawiony w powyższym orzeczeniu, w którym wskazano, iż „Sąd nie podziela stanowiska strony skarżącej, że po doręczeniu protokołu kontroli i rozliczeniu środków finansowych wynikających z ustaleń kontroli kończy się ostatecznie postępowanie kontrolne i administracyjne i brak jest możliwości weryfikacji stanowiska zawartego w protokole

kontroli". Tym samym wskazać trzeba, iż przepisy ufp, nie formułują zakazu wielokrotnego wzywania beneficjenta do zwrotu wyższych korekt finansowych w oparciu o to samo naruszenie przepisów pzp, w sytuacji, gdy beneficjent zwrócił część dofinansowania. Wobec braku zapisów zakazujących podejmowania czynności, o których mowa powyżej, IZ RPO WZ pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu pozostałej różnicy w kwocie 738 902,40 zł (1 477 804,80 zł – 738 902,40 zł), wynikającej ze zmiany wysokości wskaźnika korekty z 5 % do 10 %.

W tym miejscu wskazać należy, iż IA jest uprawniona do weryfikowania rozstrzygnięć IZ. Rolą IA jest bowiem wskazanie, które środki wydatkowane z funduszu zostały wypłacone legalnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, a które nie. Należy jednak wskazać, iż decyzję o ostatecznej wysokości korekty podejmuje IZ (wyrok WSA w Gdańsku sygn. akt I SA/Gd 131/13), co też miało miejsce w niniejszej sprawie.

Ponadto, w innej sprawie, gdzie dokonano zmiany wysokości korekty finansowej, WSA w Szczecinie (sygn. akt I SA/Sz 48/15) wskazał, iż w ramach postępowania administracyjnego prowadzonego w trybie art. 207 ufp, IZ ma możliwość odmiennego, od wskazanego w wezwaniu do zwrotu, określenia kwoty podlegającej zwrotowi. IZ dysponuje zatem uprawnieniem do weryfikacji wagi stwierdzonego naruszenia w następstwie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania administracyjnego, jej zadaniem bowiem jest odzyskanie całości kwoty podlegającej zwrotowi w przypadku, gdy środki te zostały wykorzystane niezgodnie z procedurami.

Mając powyższe na uwadze, zauważyć należy, iż jeżeli IZ RPO WZ ma możliwość weryfikacji wysokości wskaźnika korekty finansowej na etapie postępowania administracyjnego, to tym bardziej ma możliwość jego weryfikacji na etapie wezwania do zwrotu środków. W przypadku bowiem gdy Beneficjent nie zgadza się z podwyższeniem korekty finansowej, może składać stosowne wyjaśnienia, których zasadność będzie przedmiotem oceny w ramach postępowania administracyjnego.

Jak zostało wcześniej wskazane Beneficjent pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. został poinformowany o zmianie wskaźnika procentowego nałożonej korekty. Nie zwrócił on wymaganej kwoty w wyznaczonym terminie, tym samym nie można przyjąć – jak twierdzi Beneficjent w swoich pismach – że dokonał całościowego zwrotu dochodzonych środków. Jedynie bowiem po zwrocie środków w pełnej wysokości, tj. 1 477 804,80 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych, niniejsze postępowanie administracyjne stałoby się bezprzedmiotowe. Zgodnie z treścią art. 105 § 1 kpa, organ umarza postępowanie, gdy z jakiegokolwiek przyczyny prowadzenie postępowania staje się bezprzedmiotowe. W związku z powyższym w prowadzonym przez IZ RPO WZ postępowaniu administracyjnym nie wypełniły się przesłanki, które by pozwalały na zakończenie postępowania, jak sugeruje to Beneficjent. Ponadto nawet wobec zwrotu środków na podstawie korekty finansowej w wysokości 5 %, IZ RPO WZ zgodnie z wyrokiem WSA w Gdańsku z dnia 13 marca 2013 r. (sygn. I SA/Gd 131/13) była uprawniona do dochodzenia kwoty korekty na wyższym poziomie (w niniejszej sprawie w wysokości 10 %), a w przypadku braku dobrowolnej spłaty do władczego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie.

Konkludując powyższe bezspornym jest fakt, iż Beneficjent poprzez dokonanie zmiany w SIWZ w postaci wydłużenia terminu na składanie ofert o 12 dni w wyniku dołączenia dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ i nieprzekazanie UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie), przepisami prawa, tj. art. 38 ust. 4a pzp, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Wskazane wyżej naruszenie stanowi nieprawidłowość określoną w art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006 przez, 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 winne 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 Trybunał Sprawiedliwości UE 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 02 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 miała miejsce 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 potencjalna szkoda wynikająca z niezamieszczenia stosownego ogłoszenia o zmianie treści SIWZ w DUUE, bowiem działanie Beneficjenta doprowadziło do dyskryminacji potencjalnych wykonawców zamówienia, którzy korzystali wyłącznie z dostępu do informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w DUUE. Powyższe stanowi naruszenie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców (wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 457/13). Zdaniem IZ RPO WZ potencjalnie w wyniku prawidłowego działania Beneficjenta, tj. ogłoszenia o zmianie treści SIWZ w DUUE, mogła zostać złożona oferta korzystniejsza cenowo, a tym samym wydatek poniesiony na realizację tego projektu z budżetu UE mógłby być niższy. Wskazać należy, iż wbrew temu co twierdzi Beneficjent, istniała możliwość, że podmiot, który wcześniej nie był zainteresowany postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego mógł złożyć ofertę, która byłaby cenowo korzystniejsza od złożonej przez A. E. R. S.L.U. Przedstawiona przez Beneficjenta w pismach kierowanych do IZ RPO WZ argumentacja, według której nigdy nie spotkał się z sytuacją ażeby podmiot, który nie wykazywał wcześniej zainteresowania postępowaniem o udzielenie zamówienia złożył swoją ofertę, nie pozwala na stwierdzenie ponad wszelką wątpliwość, że oferta taka nie mogłaby być złożona.

Wskazać trzeba, iż szkodą w tym przypadku są środki, które nie służą osiągnięciu celu projektu powodując nieuzasadnione finansowanie. Środki te nie powinny być zatem ani wykorzystane przez Beneficjenta, ani wypłacone z budżetu UE, a winny służyć w szczególności takim celom jak poprawa stanu środowiska naturalnego w województwie zachodniopomorskim, zwiększenie wykorzystywania odnawialnych źródeł energii, redukcji emisji gazów cieplarnianych, zmniejszenie stopnia degradacji środowiska naturalnego. W niniejszej sprawie skutek braku dokonania wymaganego prawem (art. 38 ust. 4a pzp) oraz zapisami umowy o dofinansowanie (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie), ogłoszenia zmiany treści SIWZ w DUUE, doszło do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE. Co za tym idzie, pomiędzy naruszeniem prawa, a wystąpieniem potencjalnej szkody występuje związek przyczynowy – skutkowy. W niniejszej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki, aby móc stwierdzić wobec przedmiotowego naruszenia, iż stanowi ono nieprawidłowość określoną w art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006.

IZ RPO WZ ustalając kwotę do zwrotu wzięła pod uwagę rekomendację IA zawartą w piśmie z dnia 28 kwietnia 2016 r. (nr UKS32W2EB.7112.1.2016.DEB.7), jak również rodzaj i wagę dokonanych naruszeń oraz konsekwencje z nich wynikające. Z uwagi na fakt niezastosowania art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp oraz zapisów umowy o dofinansowanie Beneficjent naruszył obowiązujące go w ramach RPO WZ procedury, tj. art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Obliczając kwotę wymaganą do zwrotu ustalono, iż poziom dofinansowania dla umowy nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 wynosi 23,7283544478 % (§ 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Natomiast wysokość wydatków kwalifikowalnych poniesionych w projekcie wyniosła 62 280 121,50 zł (wniosek o płatność WNP-RPZP.04.01.00-32-004/11-01/K01). Co za tym idzie kwota do zwrotu wynikająca z nałożonej korekty finansowej wynosi 1 477 804,80 zł (62 280 121,50 zł x 10 % x 23,7283544478 %). Powyższa kwota zawiera należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 738 902,40 zł, którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych (liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwotę 738 902,40 zł, która została już pomniejszona z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej.

Kończąc należy odnieść się do zawartej przez Beneficjenta w piśmie z dnia 9 września 2016 r. uwagi odnoszącej się do kwoty wskazanej w wezwaniu do zwrotu, a która obecnie jest przedmiotem niniejszego postępowania administracyjnego. Beneficjent w swoim piśmie wskazał bowiem, że została mu wypłacona kwota 738 902,39 zł (628 067,03 zł środków dotyczących EFRR i 110 835,36 zł środków dotyczących BP). IZ RPO WZ zgadza się z ww. stanowiskiem Beneficjenta, bowiem ze względu na konieczność zachowania montażu finansowego projektu, kwota przysługująca Beneficjentowi do wypłaty została pomniejszona na 0,01 zł, o czym Beneficjent został poinformowany pismem z dnia 12 października 2015 r. Tym samym zatwierdzona do wypłaty i wypłacona została kwota 738 902,39 zł. Powyższe ustalenia zostały uwzględnione w sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do wyniku ww. ustaleń IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 grudnia 2010 r. (sygn. akt I SA/Gd 1115/10) uznał, że momentem, kiedy na styku regulacji o charakterze cywilnoprawnym i administracyjno – prawnym dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego – jest moment, gdy organ podejmuje czynności o charakterze władczym (cechujące stosunek administracyjno – prawny), czyli podejmuje czynności zmierzające do wydania decyzji o zwrocie środków. Beneficjent został więc przez IZ RPO WZ wezwany na mocy art. 207 ust. 8 ufp do zwrotu środków, a następnie po bezskutecznym upływie 14 – dniowego terminu, wobec Beneficjenta wszczęto postępowanie administracyjne, które doprowadziło do konieczności podjęcia niniejszej decyzji określającej kwotę wymaganą do zwrotu. Zgodnie bowiem z art. 25 pkt 1 uzppr, za prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada Instytucja Zarządzająca, którą w przypadku RPO WZ jest Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, do obowiązków którego należy w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr, odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań.

Mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie, wyniki czynności kontrolnych, wyjaśnienia Beneficjenta oraz stanowisko IA, w związku z tym, iż potwierdzono wystąpienie przesłanek, o których mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2, tj. wykorzystanie środków przyznanych na realizację projektu niezgodnie z procedurami, a Beneficjent nie dokonał zwrotu środków na skutek skierowanego do niego wezwania z dnia 25 kwietnia 2016 r., koniecznym stało się wydanie niniejszej decyzji administracyjnej. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 ufp, po bezskutecznym upływie wspomnianego terminu, organ pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

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

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego