

Załącznik do uchwały nr 884/17  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 5 czerwca 2017 r.

Gmina Miasto Koszalin  
ul. Rynek Staromiejski 6-7  
75-007 Koszalin

WWRPO.VIII.3162.26.2016.KO

**DECYZJA**  
**Nr WWRPO/17/W/2017**

podjęta w dniu 5 czerwca 2017 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

*Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Tomasz Sobieraj - 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 r., poz. 1870 t.j. ze zm.) w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 2016 r. poz. 486 t.j. ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 t.j. ze zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – Gminy Miasto Koszalin z siedzibą przy ul. Rynek Staromiejski 6 – 7 w Koszalinie – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/4/W/2017 z dnia 16 stycznia 2017 r. orzekającą zwrot części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-00 zawartej w Koszalinie w dniu 14 listopada 2014 r. na realizację projektu pn. „Usprawnienie układu komunikacyjnego miasta Koszalin – etap II” w łącznej kwocie 295 775,28 zł (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt pięć tysięcy siedemset siedemdziesiąt pięć złotych 28/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych,

– utrzymuje w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/4/W/2017 z dnia 16 stycznia 2017 r. w całości.

## Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2016 r. poz. 383 t. j. ze zm., dalej: uzppr), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych.

W dniu 14 listopada 2014 r. Gmina Miasto Koszalin (dalej: Beneficjent) zawarła z IZ RPO WZ umowę do dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-00 na realizację projektu pn. „Usprawnienie układu komunikacyjnego miasta Koszalin – etap II” Oś priorytetowa 2 „Rozwój infrastruktury transportowej i energetycznej” Działanie 2.1 „Zintegrowany system transportowy województwa” Poddziałanie 2.1.3 „Drogi w miastach na prawach powiatów” (zwany dalej Projektem). Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte dwa aneksy do Umowy nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-01 z dnia 27 marca 2015 r. oraz nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-02 z dnia 9 lutego 2016 r.

W ramach przedmiotowej umowy określone zostały szczegółowe zasady dofinansowania projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie, zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Natomiast Beneficjent, w § 4 ust 4 umowy o dofinansowanie, zobowiązał się realizować projekt z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku o dofinansowanie. Ponadto w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent obowiązany był do przestrzegania właściwych przepisów pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego oraz właściwych przepisów prawa polskiego, w tym 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 uchwałą 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.

W związku z zakończeniem realizacji projektu, na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr i § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 11 – 13 stycznia 2016 r. oraz w dniach 24 – 25 lutego 2016 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową na miejscu realizacji projektu. Po przeprowadzeniu czynności kontrolnych stwierdzono, iż w ramach postępowań przetargowych pn.:

- „Przebudowa ulicy Wojska Polskiego w Koszalinie na odcinku od ul. Zwycięstwa do ul. 4 Marca wraz z ul. Żwirową i ul. Marii Konopnickiej”,
- „Przebudowa ul. Jana Matejki i Stanisława Moniuszki w Koszalinie”,
- „Budowa ul. Sybiraków wraz z uzbrojeniem w Koszalinie”,
- „Przebudowa ul. Waryńskiego w Koszalinie”,
- „Przebudowa ul. Karola Szymanowskiego w Koszalinie na odcinku od ul. S. Moniuszki do ul. R. Traugutta”,

Beneficjent naruszył art. 29 ust. 3 pzp (zgodnie z brzmieniem obowiązującym w dniu wszczęcia ww. postępowań przetargowych) poprzez dyskryminujący opis przedmiotu zamówienia polegający na

zastosowaniu w dokumentacji projektowej nazw własnych oraz wskazaniu konkretnych producentów materiałów budowlanych, bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje korektę finansową w oparciu o wskaźnik na poziomie 25 % (Tabela nr 2 poz. 21 „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia”). Powyższy wskaźnik zgodnie z ww. Taryfikatorem może zostać obniżony do 10 % lub 5 % w zależności od wagi nieprawidłowości.

Mając na uwadze fakt, iż użyte przez Beneficjenta w opisie przedmiotu zamówienia nazwy własne producentów, tj.:

- rury AROT,
- studzienki VAWIN,
- tabliczki bezpiecznikowe Sintur-Turek,
- montaż uziomów BEZPOL,
- montaż złącz izolacyjnych IZK,
- lampy oświetleniowe kompletne OUSB-150,
- słupy stalowe typu STAR-7

użyto wyłącznie w opisie materiałów zastosowanych w robotach budowlanych w odniesieniu do robót w branży sanitarnej i elektrycznej, natomiast w branży drogowej użyto tylko raz nazwy materiału „Geowłóknina Typar SF-49”, a przedmiotowe naruszenie było jedynym wskazanym w kontrolowanych postępowaniach przetargowych, IZ RPO WZ zwróciła się do Gminy Miasta Koszalin o sporządzenie pisemnego kosztorysu zawierającego pozycje, w ramach których zastosowano przywołane wyżej nazwy własne wraz ze wskazaniem odpowiednich dokumentów źródłowych (faktury, protokoły odbioru), celem wyłączenia ich z dofinansowania na podstawie zapisów umowy nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-00.

W odpowiedzi na powyższe, Beneficjent pismem z dnia 18 lutego 2016 r. przesłał do IZ RPO WZ zestawienie wszystkich robót oraz materiałów, zastosowanych w przebiegu procesu budowlanego na poszczególnych zadaniach (ulicach) w ramach kontrolowanego projektu pn. „Usprawnienie układu komunikacyjnego miasta Koszalin – etap II”, w opisie których użyte zostały nazwy własne poprzez wskazanie konkretnego znaku towarowego lub producenta. Beneficjent wniósł także o wyłączenie wartości ww. robót oraz materiałów z kosztów kwalifikowalnych projektu. Ponadto Gmina Miasto Koszalin złożyła wyjaśnienia dotyczące stwierdzonego przez IZ RPO WZ naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 pzp w ramach postępowania przetargowego pn.: „Przebudowa ul. Karola Szymanowskiego w Koszalinie na odcinku od ul. S. Moniuszki do ul. R. Traugutta”. Wskazano, iż w przeciwieństwie do ustaleń IZ RPO WZ, w opisie przedmiotu zamówienia istnieje zapis dopuszczający zastosowanie rozwiązań równoważnych.

Mając na uwadze złożone przez Beneficjenta wyjaśnienia, IZ RPO WZ pismem z dnia 21 marca 2016 r. odstąpiła od stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 pzp w odniesieniu do robót budowlanych przeprowadzonych w wyniku postępowania przetargowego pn. „Przebudowa ul. Karola Szymanowskiego w Koszalinie na odcinku od ul. S. Moniuszki do ul. R. Traugutta”. IZ RPO WZ podtrzymała natomiast ustalenia dotyczące pozostałych naruszeń. Wskazane przy tym zostało, iż każdy przypadek wykrycia naruszenia rozpatrywany jest indywidualnie, a do oceny danej nieprawidłowości w szczególności brany jest pod uwagę stopień naruszenia oraz okoliczności jego wystąpienia. Zatem IZ RPO WZ w wyniku czynności kontrolnych dokona wyłączenia z dofinansowania wydatków związanych z robotami oraz materiałami, w których występują nazwy własne producentów materiałów budowlanych zgodnie z zestawieniem faktur, przesłanym przez Beneficjenta pismem z dnia 18 lutego 2016 r.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami w dniu 29 marca 2016 r. IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu kwoty 148 380,14 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania. Zgodnie z treścią 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 poz. 1870 t.j. ze zm., dalej: ufp.) w przypadku zaistnienia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Jednocześnie Beneficjent został poinformowany, iż przysługująca mu płatność końcowa (na podstawie wniosku o płatność WNP-RPZP.02.01.03-32-002/14-02/K01) zostanie w oparciu o § 5 ust. 14 umowy o dofinansowanie pomniejszona o kwotę 28 390,36 zł, stanowiącą część udziału dofinansowania w kwocie wydatków uznanych za niekwalifikowalne.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2016 r. Beneficjent wyraził zgodę na pomniejszenie środków wydatkowanych z naruszeniem procedur w łącznej wysokości 176 770,50 zł z przysługującej mu płatności końcowej wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi od kwoty 148 380,14 zł.

Niezależnie ww. czynności do IZ RPO WZ wpłynął dokument sporządzony w maju 2016 przez Instytucję Audytową – Urząd Kontroli Skarbowej w Szczecinie (zwana dalej: IA) pn. „Podsumowanie

ustaleń dokonanych w Zarządzie Województwa Zachodniopomorskiego w projekcie nr RPZP.02.01.03-32-002/14 pod nazwą „Usprawnienie układu komunikacyjnego miasta Koszalina – etap II” w ramach prowadzonego audytu operacji RPO WZ”. Powyższy dokument został sporządzony przez IA, w wyniku wyboru projektu do audytu, w ramach którego przeprowadzone zostały czynności kontrolne mające między innymi na celu zbadanie czy przedmiotowy projekt został zrealizowany zgodnie z umową o dofinansowanie. Podsumowując IA wskazała, iż sposób wyliczenia poziomu wydatków niekwalifikowalnych przyjętych przez IZ RPO WZ był niewłaściwy, jak również, że niewystarczająca była wysokość wydatków niekwalifikowalnych. IA stwierdziła bowiem, iż Beneficjent poprzez użycie w opisie przedmiotu zamówienia nazw materiałów, które wskazywały konkretnego producenta, bez dodania sformułowania „lub równoważny” naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Naruszenie to powinno skutkować zastosowaniem korekty finansowej w wysokości 5 % w odniesieniu do całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach poszczególnych postępowań przetargowych pn.:

- „Przebudowa ulicy Wojska Polskiego w Koszalinie na odcinku od ul. Zwycięstwa do ul. 4 Marca wraz z ul. Żwirową i ul. Marii Konopnickiej”,
- „Przebudowa ul. Jana Matejki i Stanisława Moniuszki w Koszalinie”,
- „Budowa ul. Sybiraków wraz z uzbrojeniem w Koszalinie”,
- „Przebudowa ul. Waryńskiego w Koszalinie”,

Powyższe – w ocenie IA – winno skutkować nałożeniem korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 5 % (najniższy za tego rodzaju naruszenie). Wynika to z faktu, że elementy wskazujące na konkretnego producenta były niewielkiej wartości w stosunku do zakresu postępowania przetargowego. Jednocześnie zamówienie dotyczyło robót budowlanych, a elementy, które mogły wskazywać konkretnego producenta nie dotyczyły istoty zamówienia oraz stanowiły oddzielne i pojedyncze elementy.

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ pismem z dnia 22 lipca 2016 r. zweryfikowała swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 21 marca 2016 r. odnośnie wyłączenia z dofinansowania wydatków związanych z robotami, w których występują nazwy własne producentów bez użycia sformułowania „lub równoważne” ustalając za naruszenie art. 29 ust. 3 pzp w ww. postępowaniach przetargowych korektę finansową w wysokości 5 % (Taryfikator Tabela nr 2 poz. 21 „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia”). Jednocześnie IZ RPO WZ wskazała, iż wysokość korekty finansowej ustalonej w oparciu o ww. wskaźnik procentowy, zostanie pomniejszona o wydatki uznane za niekwalifikowalne w ramach poszczególnych zamówień, które zostały wyliczone poprzez wyłączenie z dofinansowania poszczególnych pozycji kosztorysowych, zawierających opis materiałów wskazujących na konkretnych producentów.

Następnie pismem z dnia 4 sierpnia 2016 r. IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 295 775,28 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania.

W związku z brakiem dokonania stosownego zwrotu w wyznaczonym terminie, w dniu 24 sierpnia 2016 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu ww. środków.

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w dniu 16 stycznia 2017 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/4/W/2017 orzekającą zwrot od Beneficjenta – Gminy Miasto Koszalin – środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (dalej: EFRR) otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-00 z dnia 14 listopada 2014 r. na realizację projektu pn. „Usprawnienie układu komunikacyjnego miasta Koszalin – etap II” w łącznej kwocie 295 775,28 zł wraz z odsetkami liczonymi jak od zaległości podatkowych.

Beneficjent korzystając ze swojego uprawnienia, pismem z dnia 6 lutego 2017 r. (data wpływu do IZ RPO WZ w dniu 13 lutego 2017 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem ww. decyzji. We wniosku wskazane zostało, iż Gmina Miasto Koszalin nie kwestionuje zarzutów dotyczących naruszenia art. 29 ust. 3 pzp, natomiast nie zgadza się z automatycznym sposobem obliczenia korekty finansowej przez IZ RPO WZ za pomocą metody wskaźnikowej. Beneficjent odniósł się w szczególności do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TS) z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt C-406/14), w którym odwołując się do Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm., dalej: rozporządzenie nr 1083/2006) stwierdzono, że przy korektach finansowych należy uwzględniać charakter nieprawidłowości, jej wagę oraz straty finansowe poniesione przez dany fundusz, jak również że kara ma być wymierzona po zbadaniu wszystkich indywidualnych okoliczności. Zatem nie

może ona być nakładana na Beneficjenta automatycznie na podstawie Taryfikatora. Jednocześnie podniesione zostało, iż uszczerbek w budżecie UE powinien być realny, tym samym potencjalny uszczerbek nie powinien być brany pod uwagę przy wymierzaniu korekty.

Beneficjent zgodził się z IZ RPO WZ, iż co do zasady powinno stosować się metodę dyferencyjną przed metodą wskaźnikową. Niemniej jednak, w opinii Gminy Miasto Koszalin, w okolicznościach przedmiotowej sprawy wyliczenie wartości robót, w których Beneficjent naruszył zasady pzp jest możliwe. W toku postępowania wyraził on bowiem zgodę na uznanie za wydatki niekwalifikowalne kwoty 176 770,50 zł dotyczącej robót, w których użyto nazw własnych producentów materiałów budowlanych. Powyższe wyłączenie obejmowało bowiem wszystkie roboty budowlane związane z zakupionymi materiałami. Co za tym idzie, budżet UE w wyniku uznania wydatków za niekwalifikowalne nie został ani realnie, ani potencjalnie uszczuplony.

Przedmiotowy wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy został podpisany przez zastępcę prezydenta Przemysława Krzyżanowskiego. W związku z brakiem dołączenia do pisma stosownego upoważnienia, IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta pismem z dnia 28 lutego 2017 r. do uzupełnienia braków formalnych w postaci przedstawienia dokumentu potwierdzającego upoważnienie ww. osoby do reprezentowania Gminy Miasta Koszalin na zewnątrz, w terminie 7 dni od otrzymania pisma, pod rygorem pozostawienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy bez rozpoznania.

Postanowieniem z dnia 10 marca 2017 r., z uwagi na oczekiwanie przez IZ RPO WZ na uzupełnienie przez Beneficjenta braków formalnych wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, postępowanie administracyjne zostało przedłużone do dnia 13 kwietnia 2017 r.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Beneficjent wraz z pismem z dnia 13 marca 2017 r. przedłożył stosowane dokumenty potwierdzające upoważnienie Przemysława Krzyżanowskiego do reprezentowania Gminy Miasta Koszalin.

Z uwagi na znaczny stopień skomplikowania sprawy oraz konieczność dokonania szczegółowej analizy zarzutów wskazanych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy IZ RPO WZ postanowieniem przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 12 maja 2017 r.

Nadto pismem z dnia 10 maja 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 23 t.j., dalej: kpa). Następnie ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 12 czerwca 2017 r.

W związku ze złożonym wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ na nowo przeprowadziła postępowanie wyjaśniające obejmujące ocenę całego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-00 wraz z aneksami, dokumentację z kontroli przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, a także wyjaśnienia Beneficjenta, wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 6 lutego 2017 r.) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do niego jak poniżej.

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

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 i 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.

Należy podkreślić, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie, Wytocznych dla Wnioskodawców, Uszczegółowienia RPO WZ. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur,

na podstawie których wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzanej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (zob. art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. 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 oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi.

W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył 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. Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany jest stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy ma obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym również wszelkich wytycznych do nich, obowiązujących procedur, a także informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie).

W przedmiotowej sprawie stwierdzone naruszenie dotyczyło użycia przez Beneficjenta w ramach postępowań przetargowych pn.:

- „Przebudowa ulicy Wojska Polskiego w Koszalinie na odcinku od ul. Zwycięstwa do ul. 4 Marca wraz z ul. Żwirową i ul. Marii Konopnickiej”,
- „Przebudowa ul. Jana Matejki i Stanisława Moniuszki w Koszalinie”,
- „Budowa ul. Sybiraków wraz z uzbrojeniem w Koszalinie”,
- „Przebudowa ul. Waryńskiego w Koszalinie”,

nazw własnych oraz wskazaniu konkretnych producentów materiałów budowlanych, bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych. Powyższe naruszyło regulację wyrażoną w art. 29 ust. 3 pzp, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać „przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Zgodnie z powyższym, w art. 29 ust. 3 pzp przewidziano możliwość odmiennego opisu przedmiotu zamówienia, niż za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Pozwolono zatem – w drodze wyjątku – używać określeń charakterystycznych dla konkretnego produktu. Przy czym nie oznacza to ograniczania przedmiotu zamówienia wyłącznie do konkretnego produktu. Wykorzystane bowiem w opisie przedmiotu zamówienia znaki towarowe, patenty czy pochodzenie „mają stanowić jedynie pewien wzorzec, do którego należy odnieść się w ofercie” (J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2015). Wskazać trzeba, iż omawiany przepis nie uchyla zasad określonych w art. 29 ust. 2 pzp, jego celem jest bowiem danie możliwości opisanie specyficznego przedmiotu zamówienia, a nie dopuszczenie do utrudniania konkurencji.

Zamawiający powinien jednak stosować art. 29 ust. 3 pzp jedynie w uzasadnionych przypadkach, tj. w drodze wyjątku, co za tym idzie omawiane uprawnienie nie może być interpretowane rozszerzająco. Jako uzasadniony przypadek, należałoby traktować sytuację, w której ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający nie może użyć w opisie przedmiotu zamówienia dostatecznie dokładnych określeń, które pozwolą na złożenie oferty zgodnej z jego oczekiwaniami. Każdorazowe skorzystanie z ww. uprawnienia, pociąga za sobą obowiązek po stronie zamawiającego, by w opisie przedmiotu zamówienia dopuścił możliwość składania ofert równoważnych (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt I SA/Kr 1278/15).

Podsumowując, Beneficjent używając w ww. postępowaniach przetargowych nazw własnych produktów, tj. rury AROT, studzienki VAWIN, tabliczki bezpiecznikowe Sintur-Turek, montaż uziomów BEZPOL, montaż złącz izolacyjnych IZK, lampy oświetleniowe kompletne OUSB-150, słupy stalowe typu STAR-7, Geowłóknina Typar SF-49, przy jednoczesnym niedopuszczeniu możliwości składania ofert równoważnych naruszył art. 29 ust. 3 pzp. Swoim działaniem Beneficjent naruszył również

zasadę obligującą go do zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp.

W tym miejscu przypomnieć należy, iż Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wskazał, iż „nie kwestionuje zarzutów dotyczących naruszenia art. 29 ust. 3 pzp”.

Niemniej jednak kontestowany przez Beneficjenta jest sposób wyliczenia korekty finansowej ustalonej przez IZ RPO WZ. Gmina Miasto Koszalin podniosła, iż korekta finansowa została założona automatycznie za pomocą metody wskaźnikowej. Powyższe miało naruszać zasady wyrażone w Rozporządzeniu nr 1083/2006, które zostały wskazane w wyroku TS z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt C-406/14). Zgodnie z ww. wyrokiem korekta finansowa może być nakładana po zbadaniu wszystkich indywidualnych okoliczności (m.in. charakteru nieprawidłowości, realnego uszczerbku w budżecie UE), natomiast niedopuszczalne jest jej automatycznie nakładanie na podstawie Taryfikatora. Tym samym Beneficjent zakwestionował możliwość nałożenia przez IZ RPO WZ korekty finansowej przy wystąpieniu jedynie potencjalnej szkody w budżecie UE.

Przechodząc zatem do okoliczności związanych z nałożeniem korekty finansowej wskazać trzeba, iż w przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ po otrzymaniu stanowiska IA, uznała za właściwie nałożenie korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 5 %. Zgodnie z orzeczeniem Naczelnego Sądu Administracyjnego – dalej NSA – z dnia 8 maja 2014 r. sygn. akt II GSK 249/13 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 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 ujednoliceniu 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 w przedmiotowym projekcie. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe cenowo byłoby 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.

Odnosząc się do podnoszonych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy argumentów dotyczących naruszenia zasad ustalania korekty finansowej, które zostały wyrażone w

wyroku TS z dnia 14 lipca 2016 r. sygn. akt C – 406/14 wskazać należy, co następuje. TS w orzeczeniu odniósł się do pojęcia „nieprawidłowości”, która zgodnie z rozporządzeniem nr 1083/2006 dotyczy jakiegokolwiek naruszenia przepisów prawa Unii wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, zatem naruszenie należy uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Nie trzeba natomiast udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (analogicznie wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 47). W związku z zawartymi w powyższym orzeczeniu ustaleniami TS, zauważyć trzeba, iż wbrew twierdzeniom Beneficjenta, nie zostały w nim sformułowane zasady uniemożliwiające nakładanie korekt finansowych za pomocą Taryfikatora przy wykryciu naruszenia powodującego potencjalną szkodę w budżecie UE. W wyroku tym bowiem wprost wskazano, iż aby nałożyć korektę „nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych”, tym samym skutek naruszenie nie musi być realny (wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017 r. sygn. akt II GSK 342/16, z dnia 25 października 2016 r. sygn. akt II GSK 2438/16, z dnia 13 października 2016 r. sygn. akt II GSK 3213/16). Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż wbrew opinii Beneficjenta, IZ RPO WZ nie złamała żadnych zasad, o których mowa w wyroku TS z dnia 14 lipca 2016 r. sygn. akt C – 406/14. Jak zostało bowiem powyżej wykazane, wszelkie działania IZ RPO WZ w przedmiocie nałożenia na Beneficjenta korekty finansowej zostały dokonane w oparciu o rozporządzenie nr 1083/2006, jak i z zachowaniem zasad przywołanych w ww. wyroku.

Przechodząc do zastrzeżeń Beneficjenta w zakresie sposobu wyliczenia korekty finansowej, wskazać należy, iż Beneficjent wyraził zgodę na pomniejszenie środków wydatkowanych z naruszeniem procedur w łącznej wysokości 176 770,50 zł z przysługującej mu płatności końcowej wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych (pismo z dnia 13 kwietnia 2016 r.). Wysokość pomniejszonych środków, wynikała z przedłożonego do IZ RPO WZ wyliczenia z dnia 18 lutego 2016 r., w którym to zostały przedstawione wszystkie wydatki poniesione w ramach realizacji robót udzielonych na podstawie przedmiotowych postępowań przetargowych, w których zostały użyte nazwy własne producentów. Wydatki te obejmowały zarówno materiały, jak i roboty w jakich wykorzystywano przedmiotowe materiały. Tym samym, w opinii Beneficjenta, ww. kwota obejmuje całą szkodę jaką naruszeniem art. 29 ust. 3 pzp spowodował w budżecie ogólnym UE. Jednocześnie wskazano, iż IZ RPO WZ nie była uprawniona do nałożenia korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 5 %, bowiem szkoda była rzeczywista i została konkretnie przez Beneficjenta wyliczona.

Z powyższym stanowiskiem Beneficjenta nie sposób się zgodzić. Wykazanie bowiem przez Beneficjenta jedynie kosztu materiału i robót, w których użyto nazw własnych producentów materiałów budowlanych, nie obejmuje rzeczywistego wpływu naruszenia art. 29 ust. 3 pzp na całkowitą cenę jaka została zaproponowana przez wykonawców w ramach poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu przywołać należy uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO/KD 21/16), w której wskazano, iż „dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bezpośrednio na liczbę złożonych w postępowaniu ofert, oraz może skutkować oferowaniem przez wykonawców produktów wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania zawężonego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencją ceną, walorami użytkowymi i jakością zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora”. Tym samym użycie przez Beneficjenta nazw własnych producentów (rury AROT, studzienki VAWIN, tabliczki bezpiecznikowe Sintur-Turek, montaż uziomów BEZPOL, montaż złącz izolacyjnych IZK, lampy oświetleniowe kompletne OUSB-150, słupy stalowe typu STAR-7, Geowłóknina Typar SF-49) przy jednoczesnym niedopuszczeniu możliwości składania ofert równoważnych, mogło spowodować, iż potencjalni wykonawcy, którzy byliby w stanie złożyć oferty zawierające równoważne do wymaganych przez Beneficjenta materiałów, nie przystąpili do postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zatem gdyby istniała możliwość składania ofert równoważnych, to mogliby się pojawić wykonawcy, którzy zaproponowaliby warunki lepsze pod względem jakości, jak i ceny od tych uzyskanych przez Beneficjenta. Przy czym potencjalne oferty mogłyby być korzystniejsze nie tylko w zakresie ww. materiałów, ale również całości zamówienia.

Podsumowując, w niniejszej sprawie IZ RPO WZ nie ma możliwości konkretnego wyliczenia, o ile korzystniejsze oferty uzyskałby Beneficjent w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, gdyby postępował zgodnie z pzp. Uniemożliwia to zatem zastosowanie w niniejszej sprawie metody dyferencyjnej do wyliczenia kwoty wysokości korekty finansowej. Mając na uwadze powyższe w niniejszej sprawie należy zastosować metodę wskaźnikową. Jak było już wskazywane, Taryfikator za naruszenie art. 29 ust. 3 pzp przewiduje możliwość nałożenia korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 25 % z możliwością jego obniżenia do 10 % lub 5 % w zależności od wagi

nieprawidłowości (Tabela nr 2, pozycja 21). IZ RPO WZ po przeprowadzeniu analizy całokształtu materiału zgromadzonego w sprawie, jak i uwzględnieniu stanowiska IA, uznała iż w wyniku działania Beneficjenta doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając jednak na uwadze, iż naruszenie dotyczyło jedynie elementów zamówień o niewielkiej wartości w stosunku do całkowitej wartości zamówienia w ramach konkretnych postępowań, a pozycje, które wskazywały konkretnego producenta nie dotyczyły istoty zamówienia i stanowiły oddzielne, pojedyncze elementy, IZ RPO WZ uznała za odpowiednie zastosowanie korekty finansowej w oparciu o najniższy możliwy wskaźnik 5 %.

Obliczając kwotę do zwrotu ustalono, iż poziom dofinansowania dla umowy nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-00 wynosi 74,999999593% (§ 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Natomiast wysokość wydatków kwalifikowalnych, w stosunku do których stwierdzono naruszenie art. 29 ust. 3 pzp (umowa nr 106/3/2013 z dnia 29 sierpnia 2013 r., umowa nr 300/4/2010 z dnia 1 września 2010 r., umowa nr 74/4-W-22/2009 z dnia 20 maja 2009 r., umowa nr 106/IK/2007 z dnia 10 grudnia 2007 r.) wynosi 12 601 220,87 zł. Co za tym idzie kwota do zwrotu wynikająca z nałożonej korekty finansowej wyniosła 472 545,78 zł (12 601 220,87 zł x 5 % x 74,999999593 %). Powyższa kwota zawiera należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 295 775,28 zł, którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych (liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwotę 176 770,50 zł która została już pomniejszona z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej.

Konkludując powyższe rozważania bezspornym jest fakt, iż Beneficjent naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez użycie nazw własnych producentów materiałów budowlanych w ramach poszczególnych postępowań przetargowych pn.:

- „Przebudowa ulicy Wojska Polskiego w Koszalinie na odcinku od ul. Zwycięstwa do ul. 4 Marca wraz z ul. Żwirową i ul. Marii Konopnickiej”,
- „Przebudowa ul. Jana Matejki i Stanisława Moniuszki w Koszalinie”,
- „Budowa ul. Sybiraków wraz z uzbrojeniem w Koszalinie”,
- „Przebudowa ul. Waryńskiego w Koszalinie”.

Tym samym Beneficjent 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. 29 ust. 3 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 winno być zatem logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE (Wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. akt II GSK 610/14). Zgodnie z powyższym, do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i TS przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego, którego poszczególne regulacje zostały przytoczone powyżej na etapie opisu nieprawidłowości jakiej dopuścił się Beneficjent. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 2 września 2015 r. (sygn. akt II GSK 1653/14) szkoda w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że wystąpiła nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z 17 grudnia 2014 r., II GSK 1467/13, wyrok NSA z 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13).

W niniejszej sprawie wystąpiła potencjalna szkoda wynikająca z zastosowania w dokumentacji przetargowej nazw własnych oraz wskazania konkretnych producentów materiałów budowlanych, bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, bowiem Beneficjent doprowadził do dyskryminacji potencjalnych wykonawców zamówienia, którzy nie oferowali wskazanych konkretnie przez Beneficjenta materiałów, za to mieli możliwość zaferowania materiałów równoważnych. Powyższe stanowi naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp

(wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK 4162/16). Nie budzi bowiem wątpliwości, iż ograniczenie przez zamawiającego sposobu wykonywania zamówienia poprzez wskazanie ściśle określonych produktów pochodzących od konkretnego producenta mogło przyczynić się do zawężenia kręgu podmiotów mogących wykonać zamówienie. Wykonawcy mogą bowiem z różnych przyczyn podjąć się wykonania zamówienia wyłącznie przy użyciu produktów równoważnych, nie zaś tych konkretnie wymaganych przez zamawiającego. Ograniczenie potencjalnej liczby uczestników postępowania przetargowego mogło spowodować powstanie szkody w budżecie unijnym, bowiem skutkiem zmniejszenia liczby oferentów może być wybór mniej korzystnej oferty. Zdaniem IZ RPO WZ potencjalnie w wyniku prawidłowego działania Beneficjenta, tj. dopuszczenia możliwości stosowania materiałów równoważnych mogły zostać złożone oferty korzystniejsze cenowo, a tym samym wydatek poniesiony na realizację tego projektu z budżetu UE mógłby być niższy.

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 podniesienie atrakcyjności województwa poprzez rozwój infrastruktury drogowej w granicach administracyjnych trzech miast na prawach powiatu (Szczecin, Koszalin, Świnoujście).

Wskutek niezgodnego z prawem (art. 29 ust. 3 pzp) oraz zapisami umowy o dofinansowanie (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie), opisanego przedmiotu zamówienia, doszło w przedmiotowej sprawie do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE. Co za tym idzie, pomiędzy naruszeniem prawa, a wystąpieniem potencjalnej szkody występuje związek przyczynowo – skutkowy. Wystąpiły zatem wszystkie przesłanki, aby móc stwierdzić wobec przedmiotowego naruszenia, iż stanowi ono nieprawidłowość określoną w art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006.

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

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

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie, wynik kontroli, korespondencję z Beneficjentem, stanowisko IA, jak również wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję nr WWRPO/4/W/2017 z dnia 16 stycznia 2017 r. orzekającą zwrot od Gminy Miasta Koszalin, części środków, które otrzymała na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.02.01.03-32-002/14-00 zawartej w Koszalinie w dniu 14 listopada 2014 r. na realizację projektu pn. „Usprawnienie układu komunikacyjnego miasta Koszalin – etap II” w łącznej kwocie 295 775,28 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

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

### **Pouczenie**

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego