



Załącznik do uchwały nr 229 /18
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 12 lutego 2018 r.

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

WWRPO.VIII.3162.81.2016.ASz

DECYZJA Nr WWRPO/1/W/2018

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

*Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2017 r. poz. 1376 tekst jednolity ze zm.), art. 44 ust. 3 oraz art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 tekst jednolity) w zw. z art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2017 r. poz. 2096 tekst jednolity)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Baltic Steel Sp. z o.o. (dawniej: B&S Sp. z o.o.), części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 zawartej w Szczecinie w dniu 18.06.2013 r. na realizację projektu pn. „Rozbudowa B&S Sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego” w łącznej kwocie 1 496 360,98 zł (słownie: jeden milion czterysta dziewięćdziesiąt sześć tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych 98/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, liczonymi w następujący sposób:

- od kwoty 742 429,00 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 19.09.2013 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- od kwoty 641 697,47 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 11.03.2014 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- od kwoty 83 773,27 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 03.11.2014 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

- od kwoty 28 461,24 zł od daty przekazania środków, tj. od dnia 13.10.2015 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768 w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie.

Uzasadnienie

Dnia 30.04.2012 r. w odpowiedzi na ogłoszenie o konkursie nr RPOWZ/1.1.3/2012/1, B&S Sp. z o.o. (obecnie Baltic Steel Sp. z o.o.), złożyła do IZ RPO WZ wniosek o dofinansowanie projektu pn. „Rozbudowa B&S Sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego” (nr WND-RPZP.01.01.03-32-074/12).

Zgodnie z w/w wnioskiem o dofinansowanie (pkt C.6 pn. „Cele projektu i ich zgodność z celami RPO WZ (działania/poddziałania RPO WZ) oraz z innymi dokumentami Strategicznymi), celem projektu miało być podniesienie konkurencyjności B&S Sp. z o.o. na międzynarodowym rynku usług w zakresie cięcia elementów metalowych poprzez utworzenie nowoczesnych, zautomatyzowanych stanowisk do cięcia laserowego i plazmowego. Do zrealizowania zaplanowanego celu miał prowadzić zakup nowoczesnych, w pełni zautomatyzowanych stanowisk do cięcia plazmowego (1 szt.) i cięcia laserowego (1 szt.) elementów metalowych: przycinarki do cięcia laserowego – „Diament Fiber” (1 szt.), przycinarki do cięcia plazmowego – „Szafir 3D” (1 szt.), agregatu prądotwórczego (1 szt.), ładowarki teleskopowej (1 szt.), zestawów komputerowych (2 szt.), oprogramowania AutoCAD (1 szt.) i Office (2 szt.). W ramach projektu zaplanowano także remont hali o powierzchni 1 003,4 m² (pkt C.7 wniosku o dofinansowanie pn. „Opis przedsięwzięcia (z wyłączeniem cross-financingu)”).

Dnia 06.09.2012 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął uchwałę nr 1487/12 w sprawie podjęcia decyzji o dofinansowaniu projektów umieszczonych na liście rankingowej będącej wynikiem prac Komisji Oceniającej Projekty w ramach konkursu nr RPOWZ/1.1.3/2012/1 – Oś priorytetowa 1 Gospodarka - Innowacje - Technologie, Poddziałanie 1.1.3 Inwestycje MSP w nowe technologie, ogłoszonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 oraz ustaleniu listy rezerwowej projektów, którym nie udzielono dofinansowania ze względu na ograniczoną ilość środków finansowych przeznaczonych na konkurs. B&S Sp. z o.o. została umieszczona na liście rezerwowej, o której mowa powyżej. Uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 405/13 z dnia 19.03.2013 r. podjęto decyzję o dofinansowaniu projektów umieszczonych na liście rezerwowej projektów w ramach konkursu nr RPOWZ/1.1.3/2012/1. Na liście projektów skierowanych do dofinansowania z listy rezerwowej projektów znalazła się też B&S Sp. z o.o. (wartość dofinansowania 2 121 227,46 zł).

Beneficjent w dniu 18.06.2013 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2017 r. poz. 1376 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 na realizację projektu pn. „Rozbudowa B&S Sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego” Działanie 1.1 „Wzrost konkurencyjności przedsiębiorstw poprzez innowacyjne inwestycje” Poddziałanie 1.1.3 „Inwestycje MSP w nowe technologie”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy: nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-01 z dnia 18.06.2013 r., nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-02 z dnia 06.09.2013 r. i nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-03 z dnia 03.03.2014 r.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 08-09.06.2015 r. w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową projektu. Pismem z dnia 18.09.2015 r. IZ RPO WZ przedstawiła ostateczne stanowisko w sprawie, nie formułując zastrzeżeń w zakresie kwalifikowalności wydatków.

W dniu 29.09.2015 r. Urząd Kontroli Skarbowej w Szczecinie (zwany dalej: UKS) wszczął wobec B&S Sp. z o.o. postępowanie kontrolne w przedmiocie wywiązywania się z warunków finansowania pomocy ze środków pochodzących z Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE). B&S Sp. z o.o. pismem z

dnia 14.01.2016 r. wniosła uwagi do zebranego przez UKS materiału dowodowego, do których odniesiono się w wynikach kontroli z dnia 19.01.2016 r. Ustalono, iż Beneficjent naruszył zapisy § 4 ust. 4, § 11 ust. 3–7 umowy o dofinansowanie, a także pkt 2.3.1 pn. „Ocena kwalifikowalności wydatku” Wytucznych dla Wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007–2013 (zwanego dalej: RPO WZ) obowiązujących w ramach RPO WZ dla konkursu nr RPOWZ/1.1.3/2012/1 (zwanymi dalej: Wytucznymi) oraz rozdziału 6 pn. „Realizacja projektu” Wytucznych. UKS stwierdził, iż w sprawie doszło do naruszenia zasad przejrzystości przy udzielaniu zamówienia oraz braku wypełnienia obowiązku bezstronności i obiektywności, a także do udzielenia zamówienia podmiotowi pozostającemu w takim stosunku do Beneficjenta, który z uwagi na powiązania osobowe budzi uzasadnione wątpliwości co do bezstronności.

Pismem z dnia 22.02.2016 r. Beneficjent złożył stanowisko dotyczące wyników kontroli UKS. W skierowanym do IZ RPO WZ piśmie z dnia 18.03.2016 r. UKS, mając na uwadze w/w pismo B&S Sp. z o.o., podtrzymał w całości ustalenia zawarte w wynikach kontroli z dnia 19.01.2016 r.

W związku z wynikami kontroli z dnia 19.01.2016 r., IZ RPO WZ zdecydowała o przeprowadzeniu w dniach 24–25.05.2016 r. kontroli doraźnej projektu. Kontroli dokonano w oparciu o dokumentację z czynności kontrolnych przekazaną przez UKS. Zakres kontroli obejmował weryfikację prawidłowości prowadzenia procedury wyboru dostawcy/wykonawcy, zgodności poniesienia wydatków z zapisami umowy o dofinansowanie, wywiązywania się przez Beneficjenta z obowiązków nałożonych w § 11 umowy o dofinansowanie oraz przestrzegania przepisów prawa w zakresie udzielenia zamówienia w ramach zadania nr 1, wydatku nr 1 (modernizacja hali), zadania nr 3, wydatku nr 1 (zakup i montaż przecinarki laserowej Diament Fiber), zadania nr 6, wydatku nr 2 (zakup ładowarki teleskopowej). W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie w projekcie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11.07.2006 r., ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006 r., ze zm., zwanego dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006), przez którą należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. W rezultacie IZ RPO WZ podzieliła ustalenia UKS wyrażone w wyniku kontroli z dnia 19.01.2016 r. oraz stanowisko dotyczące braku możliwości uznania za kwalifikowalne wydatków w kwocie 2 493 934,96 zł.

Pismem z dnia 11.07.2016 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia do wyników czynności kontrolnych przeprowadzonych przez IZ RPO WZ w dniach 24–25.05.2016 r.

Po analizie zastrzeżeń do wyników czynności kontrolnych, IZ RPO WZ w piśmie z dnia 31.08.2016 r. przedstawiła ostateczne stanowisko w sprawie, stwierdzając wystąpienie nieprawidłowości w ramach projektu i uznając wydatki w kwocie 2 493 934,96 zł za niekwalifikowalne.

Mając na uwadze powyższe, z uwagi na fakt, iż Beneficjent wykorzystał środki przekazane na realizację projektu pn. „Rozbudowa B&S Sp. z o.o. o stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego” z naruszeniem obowiązujących go w ramach RPO WZ procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 13.09.2016 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w kwocie 1 496 360,98 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonych od daty przekazania środków w terminie 14 dni od daty doręczenia pisma.

W odpowiedzi na wezwanie do zwrotu środków, w piśmie z dnia 06.10.2016 r. Beneficjent nie zgodził się z ustaleniami IZ RPO WZ jakoby w sprawie doszło do wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie wyrażone uprzednio m.in. w piśmie z dnia 11.07.2016 r.

Z uwagi na bezskuteczny wpływ terminu wskazanego w w/w wezwaniu, z dniem 10.10.2016 r. wszczęto wobec Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków przekazanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00.

W dniu 18.10.2016 r. oraz 02.12.2016 r. Beneficjent zapoznał się z aktami prowadzonego przez organ postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków przekazanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00.

Z uwagi na analizę całokształtu materiału dowodowego, a następnie konieczność zapewnienia Beneficjentowi możliwości zapoznania się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań, organ przedłużał prowadzone postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00, wydając stosowne postanowienia. Pismem z dnia 31.10.2017 r. skierowano do Strony zawiadomienie o możliwości zapoznania się z aktami sprawy w związku z

zamiarem zakończenia przez organ prowadzonego postępowania administracyjnego, z którego to uprawnienia Strona skorzystała dnia 09.11.2017 r.

W dniu 24.05.2017 r. dokonano do Krajowego Rejestru Sądowego (zwanego dalej: KRS) wpisu o następującej treści: Dz. 1 Rub. 1. Dane podmiotu wykreślić: 3. „B&S” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wpisać 3. Baltic Steel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Rub. 2 Siedziba i adres podmiotu wykreślić: (...) 2. Miejscowość Szczecin ulica Duńska nr domu 73 kod pocztowy 71-795 (...) wpisać: 2. Miejscowość Szczecin ulica Przestrzenna nr domu 11 kod pocztowy 70-800 (...) (Monitor Sądowy i Gospodarczy 104/2017 poz. 147636). Pismem z dnia 30.06.2017 r. Beneficjent poinformował IZ RPO WZ o zmianie nazwy i siedziby Spółki.

W piśmie z dnia 04.12.2017 r. Strona przedstawiła stanowisko końcowe w sprawie, w którym podtrzymała swój dotychczasowy punkt widzenia, tj. wskazała, iż w zaistniałym stanie faktycznym nie doszło do wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. W opinii Strony wywiązała się ona ze wszystkich warunków i zasad, o których mowa w § 11 ust. 3-7 umowy o dofinansowanie. Zapewniła ona zachowanie zasady przejrzystości i jawności prowadzonych przez siebie postępowań, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady pisemności postępowania, zasady bezstronności i obiektywizmu, zasady wydatkowania środków w sposób oszczędny z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku. Zdaniem Beneficjenta nie doszło do zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo. Poza tym nie wystarczy samo stwierdzenie istnienia jakiegokolwiek stosunku prawnego lub faktycznego pomiędzy wykonawcą a Beneficjentem, lecz konieczne jest ustalenie i wykazanie, że taki stosunek mógł wpłynąć na bezstronność Beneficjenta w wyborze wykonawcy i w sposobie wydatkowania środków pochodzących z dofinansowania.

W związku ze wszczętym w dniu 10.10.2016 r. postępowaniem administracyjnym w przedmiocie zwrotu środków, IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (m.in. wnioski o dofinansowanie, umowa o dofinansowanie wraz z załącznikami, wyniki czynności kontrolnych IZ RPO WZ oraz UKS, wyjaśnienia Beneficjenta w tym m.in. pismo z dnia 06.10.2016 r.) oraz analizę stanu faktycznego i prawnego.

Na samym początku podkreślenia wymaga, iż środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowanych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Jedną z kompetencji, a zarazem obowiązków ustawowych IZ RPO WZ jest prowadzenie kontroli realizacji poszczególnych projektów w ramach RPO WZ, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi. Obowiązkiem IZ RPO WZ jest zatem nie tylko ustalanie zasad konkursu, zawieranie umów z Beneficjentami czy zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, ale również czuwanie nad przebiegiem realizacji projektu i weryfikowanie czy w całym okresie realizacji projekt, na który przekazano środki publiczne, wykonywany jest w zgodzie z prawem oraz zasadami określonymi przez IZ RPO WZ dla danego konkursu. Stwierdzenie wykorzystania środków z naruszeniem procedur powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. Należy wskazać, iż do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi, jak wynika z art. 26 uzppr, nie tylko dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz Beneficjentów, ale i również monitorowanie postępów w realizacji, ewaluacji programu operacyjnego oraz stopnia osiągnięcia jego celów, a także prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów oraz odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Przyjęte rozwiązania jak wskazuje Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej: NSA) w wyroku z dnia 13.02.2014 r. (sygn. akt II GSK 1945/12) stanowią refleks obowiązujących w tym zakresie aktów prawa unijnego, a w tym kontekście wymaga przypomnienia, że instytucja zarządzająca odpowiadając za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zobowiązana jest do uwzględniania zasad należytego zarządzania finansami (art. 60 rozporządzenia nr 1083/2006). W świetle powyższego, co również potwierdził NSA w wyroku z dnia 25.03.2014 r. (sygn. akt II GSK 79/13), nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że instytucja zarządzająca powinna być wyposażona w efektywne instrumenty i środki realizacji powierzonych jej zadań, w tym tych, o których mowa między innymi w art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr.

W przedmiotowej sprawie Beneficjent wykorzystał środki przekazane mu na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00 z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ, do których stosowania był zobowiązany przystępując do konkursu nr RPOWZ/1.1.3/2012/1, a następnie podpisując w dniu 18.06.2013 r. umowę o dofinansowanie. Poprzez naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisach art.

207 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 tekst jednolity, zwanej dalej: ufp), należy rozumieć przede wszystkim procedury wskazane w umowie o dofinansowanie projektu zawieranej na podstawie art. 206 ufp. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jak wskazuje NSA w wyroku z dnia 13.10.2015 r. (sygn. akt II GSK 2109/14) podpisana przez Beneficjenta według wzoru umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu „innych procedur” mieszczą się umowy zawierane przez Beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Należy zaznaczyć, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są także postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a zatem przede wszystkim umowy o dofinansowanie, Wytycznych, Uszczegółowienia RPO WZ oraz Przewodnika po wskaźnikach. 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 (art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podpisując umowę o dofinansowanie Beneficjent zobowiązuje się do ich przestrzegania i postępowania zgodnie z ich literą. Zasady konkursu określone w regulaminie są jednakowe dla wszystkich i nie mogą być zmieniane dla potrzeb poszczególnych Beneficjentów, a każdy przystępując do konkursu godzi się na te zasady (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – zwanego dalej: WSA – w Rzeszowie z dnia 21.12.2010 r., sygn. akt I SA/Rz 823/10). Co więcej zaznaczyć należy, iż przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza, m.in. akceptację obowiązujących Wytycznych oraz innych norm wynikających z dokumentacji konkursowej oraz przepisów prawa. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest obowiązkiem. Wnioskodawcy, w opinii których uregulowania wynikające z w/w dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne nie muszą składać wniosków aplikacyjnych czy podpisywać umowy o dofinansowanie.

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). Podpisując umowę o dofinansowanie Beneficjent zobowiązuje się do zrealizowania projektu w pełnym zakresie, w terminie wskazanym w umowie, z należytą starannością, zgodnie m.in. z treścią teże umowy i jej załącznikami. Umowa jest elementem projektu. Jak wskazał WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 11.02.2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne. Wiąże się jednak z szeregiem obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które Beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Korzystanie ze środków publicznych zawsze wiąże się z wyższymi wymaganiami co do ich wydatkowania, które winno być przeprowadzone w sposób celowy i oszczędny. Dlatego też Sąd stoi na stanowisku, że skarżąca ponosi pełną odpowiedzialność za realizację zaakceptowanego i w zasadzie w pełni sfinansowanego ze środków publicznych projektu (środki krajowe i europejskie). Umowa o dofinansowanie nie jest umową starannego działania, ale jest umową celową, tj. skarżąca otrzymała środki na realizację konkretnego celu, którym jest zrealizowanie projektu. W związku z powyższym, niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 8 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

W związku z wynikami kontroli doraźnej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ w dniach 24-25.05.2016 r., mając również na uwadze treść wyników kontroli UKS z dnia 19.01.2016 r. ustalono, iż do naruszenia procedur doszło w związku z niedochowaniem zapisów § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie, § 11 ust. 3 oraz § 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie, a także art. 44 ust. 3 ufp,

Wytycznych zwłaszcza pkt 2.3.1 „Ocena kwalifikowalności wydatku” oraz pkt 6 „Realizacja projektu”. W tym miejscu przytoczenia wymagają wspomniane powyżej regulacje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przy wydatkowaniu środków publicznych winny być stosowane przepisy prawa powszechnie obowiązującego, w tym ufp – art. 44 ust. 3. Beneficjent powinien przede wszystkim zwrócić uwagę, aby wydatkować środki zgodnie z zasadą konkurencyjności i przejrzystości. Zasady związane z przejrzystością wydatkowania środków w ramach projektów uregulowane zostały również w postanowieniach umowy o dofinansowanie. W § 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu 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, o którym mowa w § 2 ust. 1 umowy. Podkreślenia wymaga, iż w myśl postanowień § 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie, Beneficjent w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy ma obowiązek przestrzegania właściwych przepisów pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego, właściwych przepisów prawa polskiego, w tym także wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących odpowiednich reguł, zasad i postanowień wynikających z programu, Uszczegółowienia Programu, obowiązujących procedur, Wytycznych, informacji Instytucji Zarządzającej RPO WZ.

Na zasady związane z przejrzystością wydatkowania środków zwrócono uwagę też w następujących zapisach umowy o dofinansowanie:

- § 11 ust. 3, w którym Beneficjent zobowiązał się do dokonywania wydatków w oparciu o ufp w zakresie dotyczącym wydatkowania środków publicznych, w tym w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- § 11 ust. 5, w którym Beneficjent w przypadku realizacji dostaw, zakupów, usług i robót budowlanych zobowiązał się wybrać i udzielać zamówień w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę, z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, a także dłożyć wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności w wypełnianiu funkcji jakiegokolwiek podmiotu objętego umową w związku z realizowanym zamówieniem;
- § 11 ust. 6, zgodnie z którym Beneficjent nie może dokonywać zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo, przy czym przez powiązania kapitałowe lub osobowe rozumie się wzajemne powiązania między Beneficjentem a wykonawcą polegające na: 1) uczestniczeniu w spółce, jako wspólnik spółki cywilnej lub spółki osobowej; 2) pełnieniu funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika; 3) pozostawaniu w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który może budzić uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności w wyborze wykonawcy, w szczególności pozostawanie w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli. Wspomniane powiązania dotyczą również zależności pomiędzy Beneficjentem a podwykonawcą. Należy bowiem mieć na względzie, że usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo są stanowią zasadniczo odzwierciedleniem zakresu świadczenia jakiego oczekuje Beneficjent.

Warto też nadmienić, iż wedle zapisu § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązał się też gromadzić i udostępniać na żądanie IZ RPO WZ lub innych upoważnionych organów wszelkie dowody dotyczące zachowania zasad określonych w § 11 ust. 3 i 4 umowy o dofinansowanie, np. pisemne protokoły z negocjacji handlowych, pisemne oferty firm konkurencyjnych w stosunku do kontrahenta, z którym Beneficjent podpisał umowę (co do zasady minimum 3), oświadczenia Beneficjenta uzasadniające dokonany wybór.

Zgodnie z § 11 ust. 9 pkt 3 umowy o dofinansowanie, w przypadku stwierdzenia przez IZ RPO WZ lub inny uprawniony podmiot, że podczas realizacji projektu Beneficjent nie zachował zasad określonych w § 11 ust. 3, 4, 5, 6, 7 i 8 umowy o dofinansowanie wydatki poniesione przez Beneficjenta mogą zostać uznane w całości lub w części za nieprawidłowe i podlegające zwrotowi, a IZ RPO WZ może rozwiązać umowę na zasadach określonych w § 18 umowy o dofinansowanie.

Obowiązki w tym zakresie przewidziane zostały również w dokumentacji konkursowej. Zgodnie z zapisami rozdziału 6 Wytycznych, każdy Beneficjent realizuje projekt z należytą starannością, ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach Programu. Przede wszystkim Beneficjent zapewnia prawidłową i

terminową realizację projektu oraz osiągnięcie planowanych wskaźników produktu i rezultatu, zakładanych we wniosku o dofinansowanie. Beneficjent zobowiązuje się, w przypadku realizacji dostaw, usług lub robót budowlanych w ramach projektu, wybrać i udzielać zamówień w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz dołożyć wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności w wypełnianiu funkcji jakiegokolwiek podmiotu objętego umową w związku z realizowanym zamówieniem. Ponadto Beneficjent nie może dokonać w ramach wydatków kwalifikowalnych projektu zakupu towarów, usług czy robót budowlanych od podmiotów powiązanych z nim osobowo lub kapitałowo.

W pkt 2.3.1 Wytycznych uregulowano kwestię kwalifikowalności wydatków. Wytyczne stanowią, iż wydatkiem kwalifikującym się do współfinansowania jest wydatek spełniający łącznie następujące warunki:

- a) został poniesiony w okresie kwalifikowalności wydatków,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa wspólnotowego oraz prawa krajowego,
- c) jest zgodny z postanowieniami RPO WZ,
- d) jest zgodny z postanowieniami umowy o dofinansowanie projektu,
- e) jest niezbędny do realizacji projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- f) został dokonany w sposób oszczędny, tzn. w oparciu o zasadę dążenia do uzyskania założonych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku,
- g) został należyście udokumentowany.

Wyjaśnienia wymaga, iż w/w zapis zawiera enumeratywnie wymienione przesłanki, które każdy z wydatków musi spełniać, aby został przez IZ RPO WZ uznany za kwalifikowalny. Niespełnienie którejkolwiek z nich powoduje, iż dany wydatek nie może skorzystać z przymiotu kwalifikowalności. Wytyczne nie zawierają odstępstw od powyższych zasad.

Warto wspomnieć, iż zawarte w przedmiotowych Wytycznych zapisy dotyczące kwalifikowalności wydatków zostały przygotowane w oparciu o „Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013” (zwane dalej: Krajowymi Wytycznymi), które zostały wydane na podstawie art. 35 ust. 2 pkt 1 uzppr oraz art. 56 ust. 4 rozporządzenia nr 1083/2006. W § 1 pkt 34 umowy o dofinansowanie wskazano, że przez wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z rozporządzeniem nr 1083/2006, rozporządzeniem Komisji nr 1828/2006, rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1080/2006 jak również uzppr i przepisów rozporządzeń oraz wytycznych wydanych na jej podstawie, oraz Uszczegółowieniem Programu, jak również z dokumentacją konkursową.

Przeprowadzona przez UKS kontrola ujawniła okoliczności o istotnym znaczeniu dla oceny prawidłowości wydatkowania przez Beneficjenta środków w ramach projektu, które zaprezentowano szerzej poniżej jako, iż posłużyły one do poczynienia przez IZ RPO WZ ustaleń wskazujących na niedochowanie przez Beneficjenta procedur obowiązujących w ramach RPO WZ.

Na wstępie wskazać należy, że B&S Sp. z o.o. powstała w dniu (...) r. na mocy aktu notarialnego Repertorium A numer (...). Kapitał zakładowy Spółki wynosił (...) zł i dzielił się na (...) równych i niepodzielnych udziałów po (...) zł każdy. Rejestracja B&S Sp. z o.o. w KRS nastąpiła w dniu (...) r. pod numerem (...). Do dnia (...) r. w Spółce funkcję Prezesa pełnił Pan M.S., natomiast od dnia (...) r. Pan P.B., który do dnia (...) r. był Wiceprezesem Spółki. Poza tym w B&S Sp. z o.o. działał także prokurent. Pan K.S. sprawował tę funkcję od dnia (...) r. (wpis do KRS) do dnia (...) r. (data oświadczenia o odwołaniu prokury). Dopiero postanowieniem Sądu Rejonowego w Sz. z dnia (...) r. wpisano do działu 2 rubryka 3 jako prokurenta Pana P.K., a wykreślono Pana K.S. Dodać trzeba, że udziałowcami B&S Sp. z o.o. byli:

- do dnia (...) r. (umowa sprzedaży udziałów poświadczona notarialnie) – Prezes Zarządu – Pan M.S. oraz Wiceprezes Zarządu – Pan P.B.,
- od dnia (...) r. – Prezes Zarządu – Pan P.B. oraz Pan K.S. – prokura samoistna,
- od dnia (...) r. (umowa sprzedaży udziałów z dnia ... r., podpisy poświadczono notarialnie w dniu ... r., wpis do KRS w dniu ... r.). – Prezes Zarządu – Pan P.B.

Jak już wspomniano w dniu 30.04.2012 r. w odpowiedzi na ogłoszenie o konkursie nr RPOWZ/1.1.3/2012/1, B&S Sp. z o.o. złożyła wniosek o dofinansowanie projektu. Załącznik do wspomnianego wniosku stanowiła umowa zawarta dnia (...) r. pomiędzy B&S Sp. z o.o. reprezentowaną przez Pana P.B. – Prezesa Zarządu a E. – Szczecin S.A. reprezentowaną przez Pana M.K. – dyrektora Spółki, członka Zarządu i Pana M.R. – Zastępcę Dyrektora Spółki, członka Zarządu. Przedmiotem w/w umowy zawartej na czas nieokreślony był najem nieruchomości położonej w Sz. przy ul. ... (budynek hali przemysłowo-warsztatowej o pow. ... m² wraz z przyległą działką

gruntu o pow. ... ha (parking manewrowy i powierzchnia magazynowa) stanowiącej miejsce realizacji projektu.

Do wniosku o dofinansowanie projektu złożonego w dniu 30.04.2012 r. dołączono także umowę pożyczki zawartą dnia (...) r. pomiędzy E. Sp. z o.o. – pożyczkodawcą reprezentowanym przez Pana A.R. – Prezesa Zarządu a B&S Sp. z o.o. – pożyczkobiorcą reprezentowanym przez Pana P.B. – Prezesa Zarządu. Powyższa umowa została załączona jako wskazanie pokrycia wkładu własnego. Z treści tej umowy wynikało, że pożyczkodawca udzieli pożyczkobiorcy pożyczkę w kwocie (...) zł na działalność inwestycyjną, tj. na modernizację hali przemysłowo–warsztatowej i przyległej działki gruntu (parking manewrowy i powierzchnia magazynowa) wraz zakupem i montażem maszyn, położonej w Sz. przy ul. (...). Pożyczkodawca kwotę pożyczki miał przekazać w transzach, w terminach zgodnych z zatwierdzonym harmonogramem realizacji inwestycji. Warunkiem uruchomienia pożyczki było uzyskanie przez pożyczkobiorcę dotacji w ramach dofinansowania projektu ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i zaakceptowanie przez Strony umowy terminów płatności poszczególnych transz pożyczki. Oprocentowanie pożyczki miało być stałe i wynosić (...) % w stosunku rocznym. Pożyczka mogła być spłacona w ratach, a ostateczny termin spłaty całej pożyczki wraz z odsetkami ustalono na dzień (...) r. Pożyczkodawcy miały należeć się odsetki od kwoty faktycznego zadłużenia za czas faktycznego korzystania z pożyczki. Ustalono, że odsetki będą naliczane w okresach rocznych (okresy odsetkowe). Pierwszy okres odsetkowy ustalono od dnia otrzymania pożyczki do dnia (...) r.

Po podpisaniu przez Beneficjenta umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.01.03-32-074/12-00, dnia (...) r. w związku z realizowanym projektem zawarta została umowa najmu pomiędzy M. H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo–akcyjna (zwana dalej: Sp. z o.o. S.K.A.) – wynajmującym reprezentowanym przez Pana M.R. – Prezesa Zarządu a B&S Sp. z o.o. – najemcą reprezentowanym przez Prezesa Zarządu Pana P.B. – na budynek hangaru przy ul. (...) w Sz. usytuowany na działce (...) obręb (...) D. na czas określony, na okres (...) lat od dnia (...) r. Wynajmowana powierzchnia wynosiła (...) m² budynku, w tym pomieszczenia zaplecza socjalno–biurowego na parterze przybudówki.

Dnia (...) r. został zawarty aneks nr 1 do umowy najmu pomiędzy M.H. Sp. z o.o. S.K.A. – wynajmującym reprezentowanym przez Pana M.R. – Prezesa Zarządu a B&S Sp. z o.o. – najemcą reprezentowanym przez Pana P.B. Prezesa Zarządu, zmieniający § 5 poprzez wprowadzenie ust. 3, tj. „Strony ustalają, że w okresie trwania prac remontowych, do rozpoczęcia działalności najemcy w przedmiocie najmu niniejszym wyraża się zgodę wynajmującemu na korzystanie z części przedmiotu najmu, w takim zakresie, jaki nie będzie kolidował z prowadzonymi przez najemcę pracami remontowo-modernizacyjnymi”. Ponadto zmieniono § 7 umowy poprzez wprowadzenie ust. 4, tj. „Uzgodniona stawka czynszu najmu określona w § 4 ust. 1 uwzględnia obowiązek najemcy w zakresie wykonania remontu budynku hangaru, o którym mowa w § 1 ust. 1 umowy. W związku z powyższym najemcy po wygaśnięciu umowy, bez względu na przyczynę, nie przysługuje prawo do zwrotu nakładów i ulepszeń zwiększających wartość przedmiotu najmu”.

Pismem z dnia 21.08.2013 r. IZ RPO WZ wyraziła zgodę na zmianę miejsca realizacji projektu z ul. (...) w Sz. na ul. (...) w Sz.

Dnia (...) r. pomiędzy S. Sp. z o.o. – pożyczkodawcą reprezentowanym przez Pana A.R. – prokurenta a B&S Sp. z o.o. – pożyczkobiorcą reprezentowaną przez Pana P.B. – Prezesa Zarządu zawarta została umowa pożyczki. Z treści tej umowy wynikało, że pożyczkodawca udzielił pożyczkobiorcy pożyczkę w kwocie (...) zł na bieżącą działalność B&S Sp. z o.o. Oprocentowanie pożyczki było stałe i wynosiło (...) % w stosunku rocznym. Termin spłaty całej zaliczki wraz z odsetkami ustalono na dzień (...) r. S. Sp. z o.o. należeć się miały odsetki od kwoty faktycznego zadłużenia na czas faktycznego korzystania z pożyczki. Odsetki miały być naliczane w okresach rocznych (okresy odsetkowe). Pierwszy okres odsetkowy miał trwać od dnia otrzymania pożyczki do dnia (...) r. Pożyczka została uruchomiona w transzach w łącznej wysokości (...) zł.

W związku z realizacją projektu Beneficjent dokonał szeregu wydatków, w tym na rzecz przedsiębiorstwa M.H. Sp. z o.o., które na etapie realizowania inwestycji zmieniło nazwę na F. P. Sp. z o.o. (od dnia ... r.). W umowie zawartej w dniu (...) r. pomiędzy Beneficjentem reprezentowanym przez Pana P.B. – Prezesa Zarządu a M.H. Sp. z o.o. (później: F.P. Sp. z o.o.) reprezentowaną przez Pana M.R. – Prezesa Zarządu – wybranym przez Beneficjenta wykonawcą, jako przedmiot umowy określono: dostawę przez wykonawcę i montaż 1 szt. fabrycznie nowej przecinarki CNC do cięcia laserowego z wykorzystaniem wiązki prowadzonej światłowodem (Diament Fiber produkcji firmy Eckert); dostawę przez wykonawcę 1 szt. fabrycznie nowej ładowarki teleskopowej (BOBCAT T35120 SL MP); wykonanie przez wykonawcę oznaczonych robót remontowo–budowlanych we wschodniej połowie hali usytuowanej przy ul. (...) w Sz. Strony ustaliły wysokość wynagrodzenia należnego

wykonawcy na poziomie (...) zł netto. Na całkowite wynagrodzenie składały się następujące wartości składowe:

- dostawa i montaż 1 szt. fabrycznie nowej przecinarki CNC do cięcia laserowego – (...) zł netto;
- dostawa 1 szt. fabrycznie nowej ładowarki teleskopowej – (...) zł netto;
- wykonywanie robót remontowo-budowlanych – (...) zł netto.

Co istotne na dzień podpisania umowy o roboty budowlane pomiędzy Beneficjentem a wykonawcą tj. M.H. Sp. z o.o. (... r.), wspólnikiem B&S Sp. z o.o. był m.in. Pan K.S. Dnia (...) r. Pan K.S. zbył udziały we wspomnianej Spółce na rzecz Pana P.B. Podpisy pod umową zbycia udziałów zostały jednak notarialnie poświadczane dopiero w dniu (...) r., a więc wtedy doszło do zmiany udziałowca Beneficjenta.

Wskazać także należy, iż na dzień (...) r. (data podpisania umowy pomiędzy B&S Sp. z o.o. a M.H. Sp. z o.o.), w M.H. Sp. z o.o. (od dnia ... r. F.P. Sp. z o.o.), poza wspomnianym już powyżej Panem M.R. – Prezesem Zarządu, funkcje pełniły następujące osoby:

- prokurenta – Pan A.R.,
- udziałowcami do dnia (...) r. byli: E. Sp. z o.o. (Zarząd: Pan K.S.; prokurent: Pan A.R., wcześniej Zarząd: Pan A.R. – wpis do KRS dnia (...) r., prokurent: Pan K.S. – wpis do KRS (...) r.; udziałowcy: S. 4 z siedzibą w L.), a od dnia (...) r. Q. Sp. z o.o. S.K.A. (Zarząd: Q. Sp. z o.o., prokurent: Pan K.S.; udziałowcy: Q. Sp. z o.o.).

Na podstawie aneksu do umowy z dnia (...) r. zawartej pomiędzy Beneficjentem a M.H. Sp. z o.o., który zawarto w dniu (...) r. Strony, w związku ze zwiększeniem wynagrodzenia za roboty budowlane do kwoty (...) zł netto, postanowiły o zwiększeniu łącznego wynagrodzenia do kwoty (...) zł netto. W związku z realizacją projektu Beneficjent przedstawił do dofinansowania wydatki w łącznej kwocie (...) zł:

- (...) zł tytułem realizacji zadania obejmującego zakup robót i materiałów budowlanych,
- (...) zł tytułem realizacji zadania obejmującego zakup i montaż przecinarki laserowej,
- (...) zł tytułem realizacji zadania obejmującego dostawę ładowarki teleskopowej.

Na podstawie zawartej dnia (...) r. pomiędzy M.H. Sp. z o.o. a E. Sp. z o.o. (E. Sp. z o.o. reprezentowana przez Pana K.S. – Prezesa Zarządu), E. Sp. z o.o. przyjęła do wykonania roboty remontowo-budowlane realizowane w ramach remontu wschodniej połowy hali przy ul. ... w Sz. w zakresie koniecznym do uruchomienia na terenie hali stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego wraz z zapleczem socjalnym i laboratoryjnym oraz wykonaniem wszelkich innych czynności związanych z w/w remontem. Zatem podwykonawcą wybranego w toku postępowania wykonawcy robót w ramach zadania nr 1 (Zakup robót i materiałów budowlanych) wydatku nr 1 (Modernizacja hali) było przedsiębiorstwo E. Sp. z o.o.

Następnie w dniu (...) r. zawarto umowę przelewu praw i obowiązków z umowy na wykonanie robót budowlanych z dnia (...) r. pomiędzy F.P. Sp. z o.o. (wcześniej M.H. Sp. z o.o.) a E. Sp. z o.o. reprezentowaną przez Pana G.W. – pełnomocnika oraz S. Sp. z o.o. reprezentowaną przez Pana A.R. – prokurenta. Na mocy w/w umowy E. Sp. z o.o. dokonał przelewu wspomnianych praw i obowiązków na rzecz S. Sp. z o.o., na co wyraziła zgodę F.P. Sp. z o.o.

Na dzień (...) r. (data zawarcia umowy przelewu praw i obowiązków z umowy na wykonanie robót budowlanych z dnia ... r.) w E. Sp. z o.o.:

- Prezesem Zarządu był Pan K.S.,
- prokurentem – Pan A.R.,
- udziałowcem – S. 4 z siedzibą w L.

Z kolei w S. Sp. z o.o. na dzień (...) r. (data zawarcia umowy przelewu praw i obowiązków z umowy na wykonanie robót budowlanych z dnia ... r.):

- funkcję Prezesa Zarządu pełnił do dnia (...) r. Pan A.R., a od dnia (...) r. Pan M.R.,
- prokurentami od dnia (...) r. byli Pan K.S. i Pan A.R.,
- udziałowcami – Pan A.R. i Pan M.R.

Dnia (...) r. zostało zawarte porozumienie w sprawie rozwiązania umowy najmu z dnia (...) r. pomiędzy M.H. Sp. z o.o. S.K.A. – wynajmującym reprezentowanym przez Pana M.R. – Prezesa Zarządu a B&S Spółka z o.o. – najemcą. W związku ze zmianami dotyczącymi prawa własności nieruchomości przy ul. (...) w Sz. Strony umowy najmu zgodnie postanowiły rozwiązać przedmiotową umowę najmu ze skutkiem prawnym na dzień (...) r. Strony oświadczyły także, że postanowienia porozumienia wyczerpują ich wzajemne roszczenia określone umową najmu.

Od dnia (...) r. nieruchomość przy ul. (...) w Sz. była dzierżawiona przez B&S Sp. z o.o. od S. Sp. z o.o. na podstawie umowy dzierżawy z dnia (...) r. (podczas zawierania umowy B&S Sp. z o.o. była reprezentowana przez Pana P.B. – Prezesa Zarządu, zaś S. Sp. z o.o. przez Pana K.S. – prokurenta).

Przedmiotem umowy było oddanie w najem części budynku hangaru w Szczecinie przy ul. (...) usytuowanego na działce ... obręb ... D. (części powierzchni biurowej na I piętrze o powierzchni ok. ... m² – czynsz w wysokości ... zł netto za mkw. powierzchni biura, części powierzchni hali wraz z częścią przyległego zaplecza socjalnego o powierzchni łącznej ok. ... m² – czynsz w wysokości ... zł netto za mkw. powierzchni hangaru, suwnicy stanowiącej wyposażenie hali – czynsz ... zł netto miesięcznie). Ustalony czynsz dzierżawny nie obejmował opłat eksploatacyjnych. Opłaty eksploatacyjne dzierżawca miał regulować na rzecz M.H. Sp. z o.o. S.K.A. na podstawie odrębnej umowy. Umowa została zawarta na czas określony, tj. okres 33 miesięcy, począwszy od dnia (...) r. do dnia (...) r. W dniu (...) r. zawarto aneks do umowy. Wedle wspomnianego aneksu Wydzierżawiający oddał w dzierżawę część powierzchni biurowo-socjalnej na I piętrze o powierzchni ... m², część powierzchni hali o powierzchni ... m² wraz z częścią przyległego zaplecza socjalnego o powierzchni ... m², suwnicę stanowiącą wyposażenie hali.

W wyniku analizy zależności między składami osobowymi udziałowców i zarządów/prokurentów przedsiębiorstw, informacji o podwykonawcach, podmiotach udostępniających nieruchomości i środki finansowe dla celów realizacji projektu oraz przeprowadzonych czynności sprawdzających, a także przesłuchań świadków, UKS stwierdził m.in. iż Beneficjent dokonał zamówienia od wykonawcy powiązanego z nim osobowo i kapitałowo. W szczególności wskazano na powiązania B&S Sp. z o.o. poprzez osobę Pana K.S. z wykonawcą M.H. Sp. z o.o. (później: F.P. Sp. z o.o.) oraz Panem M.R. będącym m.in. Prezesem Zarządu – M.H. Sp. z o.o.

Jak wskazał UKS, co następnie potwierdziła IZ RPO WZ w toku kontroli doraźnej, do dnia (...) r. (data notarialnego poświadczenia podpisów na umowie sprzedaży udziałów z dnia ... r.) Pan K.S. był jednocześnie udziałowcem/prokurentem B&S Sp. z o.o. oraz:

- prokurentem/Prezesem Zarządu E. Sp. z o.o., która to Spółka była: 1) pożyczkodawcą wkładu własnego dla B&S Sp. z o.o. (umowa nie została zrealizowana, faktycznym pożyczkodawcą była S. Sp. z o.o.), 2) podwykonawcą z ramienia M.H. Sp. z o.o. (później: F.P. Sp. z o.o.),
- prokurentem Q. Sp. z o.o. – komplementariusz Q. Sp. z o.o. S.K.A. – udziałowcy wykonawcy projektu realizowanego przez B&S Sp. z o.o., tj. M.H. Sp. z o.o. (później: F.P. Sp. z o.o.),

Pan M.R. był powiązany osobowo i kapitałowo z B&S Sp. z o.o. w następujący sposób:

- jako Zastępca Dyrektora Spółki E. Szczecin S.A. podpisał w dniu (...) r. umowę najmu nieruchomości na ul. (...) w Sz. (nieruchomość ta była wskazana we wniosku o dofinansowanie jako miejsce realizacji projektu),
- jako Prezes M.H. Sp. z o.o. S.K.A. podpisał umowę najmu nieruchomości na ul. (...) w Sz. – rzeczywiste miejsce realizacji projektu (podpisanie umowy nastąpiło w dniu ... r.),
- jako współnik oraz od dnia (...) r. jako Prezes Zarządu S. Sp. z o.o., która to Spółka na mocy umowy pożyczki z dnia (...) r. pożyczyła B&S Sp. z o.o. kwotę (...) zł.

Pan M.R. był przy tym osobą uprawnioną do reprezentacji poniższych podmiotów:

- jako Prezes Zarządu – M.H. Sp. z o.o. będącej wykonawcą w projekcie (umowa z wykonawcą zawarta dnia ... r.),
- Prezes Zarządu, udziałowiec – S. Sp. z o.o. – pożyczkodawcy dla B&S Sp. z o.o. (umowa pożyczki z dnia ... r.); podwykonawcy inwestycji (Strona umowy przelewu praw i obowiązków z umowy o wykonanie robót budowlanych z dnia ... r.),
- Prezes Zarządu – M.H. Sp. z o.o. S.K.A. – wynajmujący halę przy ul. (...) w Sz. (dnia ... r. zawarto porozumienie w sprawie rozwiązania umowy najmu z dnia ... r. pomiędzy M.H. Sp. z o.o. S.K.A. a B&S Spółka z o.o.).

O powiązaniach pomiędzy Stronami transakcji zawieranych w związku z realizacją projektu przez B&S Sp. z o.o. mogą świadczyć także dalsze ustalenia dotyczące nieruchomości stanowiącej miejsce realizacji projektu, jej użytkowników wieczystych i podwykonawców inwestycji. W dniu (...) r. zawarto porozumienie w sprawie rozwiązania umowy najmu z M.H. Sp. z o.o. S.K.A. – z uwagi na zmiany dotyczące prawa własności nieruchomości stanowiącej miejsce realizacji projektu postanowiono o rozwiązaniu umowy najmu ze skutkiem prawnym na (...) r. Następnie dnia (...) r. zawarta została umowa dzierżawy pomiędzy S. Sp. z o.o. (wydzierżawiającym) reprezentowaną przez Pana K.S. (prokurenta) a B&S Sp. z o.o. (dzierżawcą). Z ustaleń dokonanych na podstawie wpisów w księdze wieczystej wynika, że użytkownikiem wieczystym nieruchomości stanowiącej miejsce realizacji projektu była E. Sp. z o.o., a następnie S. Sp. z o.o., przy czym uwagi wymaga, że:

- pierwotnie wkład własny Beneficjenta na realizację projektu gwarantować miała umowa pożyczki zawarta z E. Sp. z o.o.,

- w dniu (...) r. została zawarta właściwa umowa pożyczki zabezpieczająca wkład własny Beneficjenta na realizację projektu pomiędzy S. Sp. z o.o. jako pożyczkodawcą, a B&S Sp. z o.o. jako pożyczkobiorcą,
- w dniu (...) r., tj. w dacie zawarcia umowy obejmującej wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pomiędzy Beneficjentem a wybranym wykonawcą (M.H. Sp. z o.o.) została zawarta także umowa pomiędzy M.H. Sp. z o.o. jako Zamawiającym, reprezentowaną przez Pana M.R. – Prezesa Zarządu, a E. Sp. z o.o. jako wykonawcą, reprezentowaną przez Pana K.S. – Prezesa Zarządu, dotycząca wykonania prac remontowo-budowlanych w zakresie koniecznym do uruchomienia na terenie hali stanowiska przecinarek CNC do cięcia laserowego oraz cięcia plazmowego wraz z zapleczem socjalnym i laboratoryjnym oraz wykonaniem wszelkich innych czynności związanych z w/w remontem,
- w dniu (...) r. zawarto umowę przelewu praw i obowiązków z umowy o wykonanie robót budowlanych z dnia (...) r. pomiędzy F.P. Sp. z o.o. (wcześniej M.H. Sp. z o.o.) reprezentowaną przez Pana M.R. – Prezesa Zarządu, a E. Sp. z o.o. reprezentowaną przez Pana G.W. – pełnomocnika oraz S. Sp. z o.o. reprezentowaną przez Pana A.R. – prokurenta, w której uregulowano także kwestię rozliczeń oraz odpowiedzialności za roboty wykonane uprzednio przez E. Sp. z o.o.,
- zgodnie z wpisem w księdze wieczystej nr (...), prowadzonej dla nieruchomości stanowiącej miejsce realizacji projektu, podstawą wykreślenia E. Sp. z o.o. z rubryki „Użytkownik wieczysty” i jednocześnie podstawą wpisu w w/w rubryce przedsiębiorstwa S. Sp. z o.o. były następujące dokumenty: umowa sprzedaży z dnia (...) r. (akt notarialny rep. A ...) oraz protokół (rep. A ...) sporządzony dnia (...) r.

Z powyższych ustaleń wynika, że prace budowlane objęte realizowanym w ramach RPO WZ projektem zostały zlecone w wyniku kolejnych umów przedsiębiorstwu S. Sp. z o.o., które zagwarantowało w ramach udzielonej Beneficjentowi pożyczki wkład własny na realizację projektu oraz jest wieczystym użytkownikiem nieruchomości stanowiącej miejsce realizacji projektu, a powyższe odbyło się przy udziale E. Sp. z o.o., tj. Spółki która pierwotnie udzielić miała pożyczki na zabezpieczenie wkładu własnego Beneficjenta, była przed S. Sp. z o.o. użytkownikiem wieczystym nieruchomości stanowiącej miejsce realizacji projektu, a także podwykonawcą, któremu wybrany wykonawca zlecił wykonanie prac budowlanych w ramach projektu. Uczestnicy oraz osoby zarządzające w/w przedsiębiorstwami były już wymieniane we wcześniejszej części decyzji.

Zaznaczenia wymaga zbieżność występowania osób: Pana A.R., Pana K.S. oraz Pana M.R. w poszczególnych przedsiębiorstwach, a także obecność Pana K.S. w przedsiębiorstwie Beneficjenta. Należy dodać, że fakt, iż podpisy złożone pod umową zbycia udziałów Pana K.S. z dnia (...) r. zostały notarialnie poświadczony w dniu (...) r. co wskazuje, że dopiero z tą datą doszło do zmiany udziałowca Beneficjenta. Oznacza to, że na dzień podpisania umowy o roboty budowlane pomiędzy Beneficjentem a wykonawcą, Pan K.S. (na dzień ... r. Prezes Zarządu E. Sp. z o.o.) był współnikiem Beneficjenta. Zgodnie bowiem z art. 180 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1577 tekst jednolity ze zm.) zbycie udziału, jego części lub ułamkowej części udziału oraz jego zastawienie powinno być dokonane w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi.

Poza tym trzeba też podkreślić, iż zawarcie umowy zbycia udziałów w dniu (...) r., nie może świadczyć o zachowaniu uczciwej konkurencji, tym bardziej, że jak zeznał podczas przesłuchania przed UKS dnia 12.11.2015 r. Pan M.R. (powiązany z B&S Sp. z o.o. biznesowo: umowy najmu, umowy pożyczki oraz fakt, że B&S Sp. z o.o. była głównym wykonawcą prac budowlanych na zlecenie M.S. Sp. z o.o., której prokurentem jest Pan M.R.) wiedział on o planach B&S Sp. z o.o.

Z ustaleń UKS wynika, że zarówno Pan K.S. i Pan M.R. posiadali wiedzę odnośnie planowanych zakupów B&S Sp. z o.o., a dodatkowo Pan M.R. poprzez uczestnictwo (pełnił funkcję Prezesa Zarządu od dnia ... r.) w S. Sp. z o.o. (w dniu ... r. S. Sp. z o.o. udzieliła pożyczki w wysokości ... zł dla B&S Sp. z o.o.) był wierzycielem B&S Sp. z o.o., decydując o uruchomieniu pożyczki dla B&S Sp. z o.o.

W związku z powyższym obecność Pana K.S. w B&S Sp. z o.o. oraz wspólne występowanie w innych spółkach z Panami A. i M.R., w świetle zawartego w umowie o dofinansowanie zakazu udzielania zamówień podmiotom powiązanim kapitałowo lub osobowo, wprost wyklucza wykonawcę robót budowlanych powiązanego z Panami A. i M.R.

Uwzględniając stwierdzony stan faktyczny, IZ RPO WZ uznała, że doszło do naruszenia § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie. Naruszenie dyspozycji ust. 5 polegało na naruszeniu zasad przejrzystości przy udzielaniu zamówienia oraz braku wypełnienia obowiązku bezstronności i obiektywności. Z kolei naruszenie dyspozycji ust. 6 polegało na udzieleniu zamówienia podmiotowi, który pozostawał w relacji do Beneficjenta, z uwagi na powiązania osobowe, w takim stosunku

prawnym lub faktycznym, który wzbudził uzasadnione wątpliwości co do bezstronności. Kwestia występujących powiązań osobowych została szeroko opisana w niniejszej decyzji. Przywołane wzajemne powiązania pomiędzy Beneficjentem, wybranym wykonawcą oraz podwykonawcą (E. Sp. z o.o., następnie S. Sp. z o.o.) wskazują, że fakt udzielenia zamówienia przedsiębiorstwu M.H. Sp. z o.o. może budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności dokonanego wyboru. W przedmiotowej sprawie przedsiębiorstwo B&S Sp. z o.o., którego udziałowcem pozostawał Pan K.S. (który pełnił także rolę prokurenta), udzieliło zamówienia przedsiębiorstwu M.H. Sp. z o.o. zarządzanemu przez Pana M. i A.R., przy czym udziałowcami w/w przedsiębiorstwa pozostawały firmy zarządzane wspólnie przez Pana K.S. oraz A.R. Co więcej podwykonawcami przedsięwzięcia realizowanego w ramach projektu zostały przedsiębiorstwa początkowo E. Sp. z o.o., następnie S. Sp. z o.o., zarządzane odpowiednio przez Pana K.S., Pana A.R. (E. Sp. z o.o.) oraz Pana K.S., Pana A.R. i M.R. (S. Sp. z o.o.). Ponadto istniały dodatkowe powiązania pomiędzy poszczególnymi podmiotami za sprawą Pana M.R. Wspólne zarządzanie przedsiębiorstwami przez Pana K.S. oraz Pana A. lub M.R. ma istotne znaczenie w świetle udzielenia zamówienia w przedmiotowym projekcie przez B&S Sp. z o.o. (w którym występował w okresie udzielenia zamówienia Pan K.S.), przedsiębiorstwu M.H. Sp. z o.o., które z kolei było zarządzane przez Pana M. i A.R., a jego udziałowcami było przedsiębiorstwo E. Sp. z o.o. (zarządzane przez Pana K.S. i A.R., pełniących wymiennie rolę Prezesa Zarządu i prokurenta), a następnie Q. Sp. z o.o. S.K.A. (w której rolę prokurenta pełnił Pan K.S.).

Procedura zmierzająca do udzielenia zamówienia powinna zostać przeprowadzona w sposób przejrzysty, tj. tak by m.in. osoby występujące po stronie Zamawiającego były bezstronne i obiektywne zarówno w czasie przygotowania jak i przeprowadzania procedury zamówienia. Konflikt interesów rozumiany jako brak bezstronności i obiektywności, pojawia się w sytuacji, gdy Beneficjent podczas wyboru wykonawcy/dostawcy kieruje się pozamerytorycznymi przesłankami, jak m.in. powiązaniem osobowymi/kapitałowymi, co potwierdza orzecznictwo (wyrok WSA w Olsztynie sygn. akt I SA/OI 247/15; wyrok WSA w Gliwicach sygn. akt III SA/GI 1269/14). Nie można mówić o bezstronności Beneficjenta, który dokonał wyboru wykonawcy – M.H. Sp. z o.o. (F.P. Sp. z o.o.), którego udziałowcem Pan K.S. był jednocześnie współnikiem B&S Sp. z o.o. oraz Prezesem Zarządu E. Sp. z o.o. (będącej: 1) podwykonawcą robót budowlanych w ramach projektu na mocy umowy z dnia (...) r., 2) udziałowcem wykonawcy – M.H. Sp. z o.o.), a także prokurentem Q. Sp. z o.o. – komplementariusza Q. Sp. z o.o. S.K.A. (późniejszego udziałowca wykonawcy).

Zastrzeżenia UKS związane były również z kwestią prawidłowego szacowania wartości zamówienia. Jak bowiem stwierdzono, dla robót budowlanych dla inwestycji przy ul. (...) (a uprzednio przy ul. ...; należy przypomnieć, że pismem z dnia 21.08.2013 r. IZ RPO WZ wyraziła zgodę na zmianę miejsca realizacji projektu z ul. ... na ul. ...) nie przedłożono żadnego kosztorysu inwestorskiego, przedmiaru lub preliminarza robót, czy uproszczonego kosztorysu stanowiącego sumę kosztów elementów robót ustalonych jako iloczyn cen jednostkowych oraz obmiarowych ilości robót. Potencjalni wykonawcy uzyskali tylko opis robót zawarty w zapytaniu ofertowym bez uwzględniania ilości materiałów potrzebnych do wykonania zadania oraz oczekiwań Zamawiającego co do klasy wyposażenia, jakości i sposobu wykończenia realizowanych prac. Podkreślenia w tym zakresie wymaga, że proces wyboru wykonawcy musi być powiązany z właściwym określeniem zadania do wykonania i prawidłowym oszacowaniem jego wartości. Beneficjent zobowiązany jest przy tym ustalić szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością, w myśl art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: kc). Opierając się na w/w przepisie „należytą staranność” można zdefiniować jako staranność ogólnie rozumianą w stosunkach danego rodzaju.

Zaznaczenia wymaga, że do najważniejszych zasad w zakresie wydatkowania środków publicznych należy zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Z powyższym wiąże się obowiązek określenia wymogów i warunków dostępowych do udziału w postępowaniu, które powinny być związane z przedmiotem zamówienia i pozwalać na weryfikację podmiotów pod kątem zdolności realizacyjnych. W związku z powyższym w przypadku każdego zamówienia wskazane jest postawienie minimalnych wymogów, które pozwolą wyłonić wykonawcę dającego rękojmię należytego jego wykonania na płaszczyźnie:

- posiadanych uprawnień do wykonywania okresowej działalności, jeżeli uprawnienia te są wymagane przepisami prawa;
- posiadanego doświadczenia w realizacji zamówień podobnych;
- dysponowania odpowiednim zapleczem technicznym;
- dysponowania odpowiednim zapleczem osobowym;
- zdolności finansowej czy ekonomicznej.

Beneficjent nie dokonywał weryfikacji potencjalnych wykonawców pod kątem możliwości wykonania przez nich dostaw i robót wykazanych w zapytaniu ofertowym. W tym kontekście wskazać należy, że oferty konkurencyjne przedstawione przez przedsiębiorstwo Z.U.B. R.Ł. oraz Firmę U.-H. J.K., nie dawały gwarancji co do jakości, jak i samego wykonania powierzonego zadania (nie przedstawiono dokumentów potwierdzających doświadczenie i kwalifikacje wykonawców). W/w firmy nie dysponowały własnym sprzętem i kapitałem niezbędnym do wykonania zadania terminowo i w odpowiedniej jakości, a nadto złożyły oferty na dostawę przecinarek CNC, podczas gdy sprzedaż i dystrybucja tego typu urządzeń odbywa się na wyspecjalizowanym rynku, a w/w firmy nie posiadały podpisanych umów z producentami i dystrybutorami. Również z przesłuchania Pana M.R. przeprowadzonego w dniu 12.11.2015 r. przed UKS wynika, że F.P. Sp. z o.o. nie specjalizowała się w dostawach przecinarek laserowych i plazmowych oraz ładowarek teleskopowych. Podkreślenia wymaga, że postępowanie ofertowe na zakup przecinarki laserowej zostało przeprowadzone z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji – pomimo określenia parametrów urządzenia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący dopuszczono do oceny oferty niezgodne z ogłoszeniem: oferty E. A.S. Sp. z o.o., R.-R. Sp. z o.o. Oferenci zaproponowali bowiem rezonator laserowy typu YLR-2000 Compact IPG 2,0 kW, a w zapytaniu ofertowym określono rezonator laserowy YLR-4000 Compact IPG 4,0. Oferenci zaproponowali także chłodnicę typu PC 63.02-KE-S1, podczas gdy w zapytaniu ofertowym określono chłodnicę typu LC 170.01-A3.5. Dodać należy w tym miejscu, że Beneficjent otrzymał od dostawcy ofertę na urządzenie inne niż określone w przedmiotowym zapytaniu.

Zaznaczyć trzeba, że zasada konkurencyjności oraz równego traktowania ma na celu prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i jednakowy dla wszystkich uczestników postępowania. Rozeznanie rynku powinno polegać na dokonaniu jego analizy i skierowaniu zapytań ofertowych do wytypowanych wykonawców. Zaproszenie powinno być poprzedzone wnikliwą analizą rynku w celu identyfikacji poszczególnych wykonawców, a w szczególności profilu ich działalności, ustalenia nazw i adresów oferentów, którzy mogliby być zainteresowani odpowiedzią na zaproszenie do złożenia oferty.

Poza w/w, zasadą istotną z punktu widzenia udzielania zamówień jest zasada celowości i oszczędności rozumiana jako gwarancja wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku.

Przestrzeganie przywołanych powyżej zasad ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia konkurencyjności oraz bezstronności procedur wyboru oferenta. Warunek zamieszczenia w ogłoszeniu odpowiedniego opisu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu niezbędnych do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku jest kluczowy, gdyż on dokonuje wstępnej selekcji potencjalnych wykonawców. Wytypowanie wykonawcy, który ma doświadczenie przy realizacji podobnych rodzajowo i asortymentowo dostaw daje podstawy do uznania, że zagwarantuje on rzetelność dostawy oraz wypełni wszystkie warunki zamówienia (serwis gwarancyjny i pogwarancyjny, nadzór techniczny). Beneficjent w zapytaniu ofertowym z dnia 09.09.2013 r. nie określił kryteriów oceny ofert. Natomiast zapis „Zamawiający dopuszcza możliwość zawarcia z oferentem umowy na realizację tylko niektórych, wybranych przez siebie zadań, objętych ofertą” wprowadza dowolność postępowania przy dokonywanej ocenie ofert.

W celu zachowania zasady uczciwej konkurencji zapytania ofertowe powinny w sposób jednoznaczny i jednolity formułować zarówno opis przedmiotu zamówienia, termin ich składania, jak i kryteria oceny ofert. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji ma na celu zagwarantowanie, że procedura udzielania zamówienia będzie jednakowa dla wszystkich i nie zaburzy konkurencyjności ofert składanych przez potencjalnych oferentów. Przedmiotowa zasada odnosi się również do przygotowania i przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy i wiąże się również z obowiązkiem dokonania rzetelnej oceny ofert.

Ustalenia UKS potwierdzone w związku z podjętymi przez IZ RPO WZ czynnościami kontrolnymi, prowadzą do wniosku, że Beneficjent przeprowadzając postępowanie ofertowe na przecinarkę laserową, ładowarkę teleskopową i roboty modernizacyjne w hali przy ul. (...) w Sz. naruszył zasady uczciwej konkurencji: nie ustalił żadnych warunków udziału w postępowaniu mających na celu weryfikację potencjału oferentów i ich zdolności do wykonania zlecenia oraz sformułował zapytanie ofertowe z pominięciem jednakowych, jasnych i czytelnych dla wszystkich potencjalnych oferentów kryteriów wyboru najlepszej oferty. Podkreślenia wymaga, że w ramach zasady konkurencyjności Beneficjent ma swobodę w kształtowaniu kryteriów oceny ofert, jednak w zapytaniu ofertowym kierowanym do potencjalnych wykonawców powinien precyzyjnie określić, jakie kryteria będą brane pod uwagę przy ocenie ofert i jaką wagę punktową lub procentową nadaje poszczególnym kryteriom. Kryteria oceny ofert powinny być określane przy zachowaniu zasady przejrzystości, równego traktowania oraz uczciwej konkurencji.

Wobec stwierdzonych naruszeń, wśród których wymienić należy choćby brak precyzyjnych informacji w zakresie określenia wartości przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny (w zapytaniu ofertowym), weryfikacji oferentów (doświadczenie, zaplecze techniczne i osobowe, sytuacja finansowa), stwierdzić należy że Beneficjent nie dołożył starań w celu zachowania bezstronności, a w konsekwencji zamówienie na dostawę przecinarki laserowej, ładowarki teleskopowej oraz robót modernizacyjnych zostało wykonane przez wybranego oferenta M.H. Sp. z o.o. (F.P. Sp. z o.o.), który poprzez Pana M.R. mógł wpływać na czynniki istotne dla realizacji projektu, jak przedmiot najmu (hala przy ul. ... w Sz.), czy zapewnienie pokrycia wkładu własnego spółki B&S Sp. z o.o. (pożyczka od S. Sp. z o.o.).

Podkreślić należy, że przy dokonywaniu wyboru wykonawców nie można abstrahować od celu, jaki dzięki przywołanym zasadom miał być osiągnięty, którym jest wybór najlepszej oferty w warunkach uczciwej konkurencji, wolnego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych oraz równego traktowania wykonawców. Beneficjent w sposób szczególnie powinien w toku prowadzonych procedur zadbać o należyte dokonanie oceny rynku (tj. powinien porównać ofertę podmiotu powiązanego z cenami na rynku), a po drugie powinien w sposób szczególnie zadbać o wypełnienie i należyte udokumentowanie zachowania wszystkich zasad w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że zostały zachowane reguły dotyczące przejrzystości postępowania, tj. respektowania reguły jawności, uczciwej konkurencji, efektywności, bezstronności i obiektywności.

Dodatkowo w kontekście ustaleń dotyczących związków zachodzących pomiędzy stronami zakwestionowanej przez IZ RPO WZ transakcji, podkreślenia wymaga również, że przedsiębiorstwo B&S Sp. z o.o. było głównym wykonawcą robót budowlanych w projekcie pn. „(...)” realizowanym przez M.S. Sp. z o.o. na podstawie umowy o dofinansowanie projektu nr UDA-RPZP.01.01.01-32-302/10 z dnia 14.03.2012 r. (w przedsiębiorstwie M.S. Sp. z o.o. prokurentem był/jest Pan M.R.), a także wykonawcą części prac w projekcie pn. „(...)” realizowanym przez M.H. Sp. z o.o. S.K.A. W ramach w/w projektów zlecano podwykonawstwo przedsiębiorstwu S. Sp. z o.o. (w przypadku M.H. Sp. z o.o. S.K.A.) oraz m.in. E. Sp. z o.o. (w przypadku M.S. Sp. z o.o.), co wskazuje na występowanie ścisłych relacji gospodarczych pomiędzy przywołanymi przedsiębiorstwami i osobami w nich uczestniczącymi.

Warto też wskazać na ustalenia UKS, potwierdzone w związku z przeprowadzoną przez IZ RPO WZ kontrolą, dotyczące wartości rynkowych urządzeń zakupionych w ramach projektu. Analizując źródło nabycia urządzeń objętych umową zawartą z M.H. Sp. z o.o. (później: F.P. Sp. z o.o.) ustalono, że:

- Przecinarka laserowa do cięcia typu DIAMENT FIBER pochodziła od producenta E. A.S., który to sprzedał urządzenie przedsiębiorstwu R.-R. Sp. z o.o. za cenę (...) zł brutto (... zł netto) na podstawie faktury VAT nr (...) z dnia (...) r. Następnie R.-R. Sp. z o.o. sprzedała w/w urządzenie przedsiębiorstwu F.P. Sp. z o.o. (dostawca w ramach projektu) za cenę (...) zł brutto (... zł netto) na podstawie faktury VAT nr (...) z dnia (...) r. Ostatecznie urządzenie w ramach projektu zostało zakupione od przedsiębiorstwa F.P. Sp. z o.o. za cenę (...) zł brutto (... zł netto) na podstawie faktur VAT nr ... z dnia ... r. (zaliczka), nr ... z dnia ... r. (zaliczka), nr ... z dnia ... r. (zaliczka), nr ... z dnia ... r.
- W przypadku ładowarki teleskopowej, urządzenie zostało zakupione przez F.P. Sp. z o.o. od przedsiębiorstwa T. P. M. B. T. L. za cenę ... zł brutto (... zł netto) na podstawie faktur VAT nr ... z dnia ... r. oraz nr ... z dnia ... r. W/w urządzenie w ramach projektu zostało zakupione od F.P. Sp. z o.o. za cenę ... zł brutto (... zł netto) na podstawie faktur VAT nr ... z dnia ... r. (zaliczka), nr ... z dnia ... r. (zaliczka), nr ... z dnia ... r. (zaliczka), nr ... z dnia ... r.

Powyższe ustalenia wskazują zatem na znaczne różnice pomiędzy cenami zapłaconymi przez Beneficjenta w ramach projektu a cenami rynkowymi urządzeń, które wynoszą: w przypadku przecinarki laserowej ... zł (... zł – ... zł), w przypadku ładowarki teleskopowej ... zł (... zł – ... zł), co stanowi odpowiednio (...) % i (...) % ceny rynkowej poszczególnych urządzeń.

Należy podkreślić przy tym, że Beneficjent przyjął wyposażenie przecinarki laserowej nabytej w ramach projektu inne niż wynikało z zawartej umowy z dnia (...) r. z M.H. Sp. z o.o. (później F.P. Sp. z o.o.) i nie podjął stosownych kroków w celu dochodzenia uzyskania wyposażenia zgodnego z zawartą umową. W tym zakresie stwierdzone zostały następujące różnice:

- otrzymano rezonator i chłodnicę o mniejszej mocy niż wymagano,
- otrzymano głowicę zmieniającą fokus manualnie, podczas gdy wymagano głowicy z fokusem automatycznym.

Zgodnie z poczynionymi ustaleniami, rezonator laserowy oraz chłodnica o parametrach wymaganych (ujętych w umowie z dnia ... r. oraz zgodnych z założeniami zawartymi w dokumentacji aplikacyjnej) pozwoliłyby Beneficjentowi na cięcie większej grubości blach, tym samym dostarczenie urządzeń o innych parametrach powoduje ograniczenie możliwości przecinania grubszych blach. Beneficjent

winien podjąć działania celem uzyskania wyposażenia zgodnego z umową. Przyjęcie przez Beneficjenta wyposażenia o niższych parametrach za umówioną cenę i nie dochodzenie dostarczenia sprzętu zgodnego z umową czy też roszczeń z tytułu rękojmi lub nienależytego wykonania umowy należy ocenić negatywnie.

Reasumując, mając na uwadze ustalenia zarówno UKS, jak i w IZ RPO WZ (kontrola doraźna) należy uznać, że Beneficjent naruszył zapisy § 4 ust. 4, § 11 ust. 3–7 umowy o dofinansowanie, a także pkt 2.3.1 pn. „Ocena kwalifikowalności wydatku” oraz rozdział 6 „Realizacja projektu” Wytucznych. Stanowiska IZ RPO WZ nie zmieniły wyjaśnienia Beneficjenta, przedkładane na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, zawarte w pismach z dnia 11.07.2016 r. i dnia 06.10.2016 r. W przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia zasady przejrzystości przy udzielaniu zamówienia oraz niewypełnienia obowiązku bezstronności i obiektywności, a także do udzielenia zamówienia podmiotowi pozostającemu w takim stosunku do Beneficjenta, który z uwagi na powiązania osobowe budzi uzasadnione wątpliwości co do bezstronności. W czasie zawarcia umowy na realizację dostaw i robót budowlanych (... r.) pomiędzy spółkami występowały powiązania osobowe opisane w uzasadnieniu niniejszej decyzji. Fakt, że notarialne poświadczenie podpisów pod umową zbycia udziałów nastąpiło w dniu ... r. wskazuje, że dopiero z tą datą doszło do zmiany udziałowca Beneficjenta. Oznacza to, że na dzień podpisania umowy pomiędzy M.H. Sp. z o.o. oraz B&S Sp. z o.o. Pan K.S. wciąż był współnikiem Beneficjenta, co świadczy o naruszeniu § 11 ust. 6 umowy o dofinansowanie. Uwagi wymaga także okoliczność, że wybrany przez Beneficjenta wykonawca, powierzył wykonanie całości robót firmie E. Sp. z o.o., tj. firmie kierowanej przez Pana K.S. Ponadto wykazane dodatkowe powiązania między podmiotami realizującymi dostawy i wykonującymi roboty budowlane za sprawą Pana M.R. (reprezentanta z jednej strony pożyczkodawcy, a z drugiej strony wybranego wykonawcy), stwarzają wątpliwości co do bezstronności dokonanego wyboru. Istotne znaczenie ma także fakt wyboru oferty zawierającej znacznie zawyżoną cenę urządzeń w stosunku do cen rynkowych oraz fakt nie dokonania weryfikacji potencjalnych wykonawców pod kątem możliwości wykonania przez nich dostaw i robót wykazanych w zapytaniu ofertowym i dostarczenia urządzenia o parametrach niezgodnych z zawartą umową (niższe parametry wyposażenia przecinarki laserowej skutkują ograniczeniem możliwości cięcia blach o większej grubości), które zostało przez Beneficjenta przyjęte za umówioną cenę i nie dochodzone dostarczenia sprzętu zgodnego z umową czy też roszczeń z tytułu rękojmi lub nienależytego wykonania umowy.

IZ RPO WZ przeanalizowała stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenie pod kątem wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. W tym miejscu warto przypomnieć, iż przez nieprawidłowość należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. 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 Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Mając na uwadze cyt. powyżej definicję, ustalono zatem, iż Beneficjent wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ z naruszeniem procedur (zapisy umowy o dofinansowanie, Wytuczne, ufp). Okoliczności takie jak: powiązania osobowe pomiędzy podmiotami realizującymi projekt, realizacja dostaw po zawyżonych cenach oraz przeprowadzenie w niewłaściwy sposób procedury wyboru wykonawcy i zaniechanie dochodzenia uzasadnionych roszczeń z tytułu nienależytego wykonanej umowy (dostawa urządzeń niezgodnych ze specyfikacją), w pełni uzasadniają twierdzenie, że w niniejszej sprawie naruszone zostały zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji. Liczne powiązania pomiędzy Beneficjentem, wykonawcą oraz dalszymi podwykonawcami, uzasadniają twierdzenie, że firmy te pozostają wobec siebie w takim stosunku, który budzi uzasadnione wątpliwości co do bezstronności w wyborze wykonawcy. Powyższe skutkuje stwierdzeniem naruszenia zapisów § 11 ust. 5 i 6 umowy o dofinansowanie. Ponadto zakup urządzeń po zawyżonych cenach w stosunku do ich wartości rynkowej uzasadnia twierdzenie o naruszeniu § 11 ust. 3 oraz § 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie, a także art. 44 ust. 3 ufp. Przywołane naruszenia oznaczają jednocześnie niezachowanie warunków określonych w Wytucznych, w szczególności ich punktu 2.3.1 oraz rozdziału 6. W kontekście w/w ustaleń stwierdza się, że doszło także do naruszenia § 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie. W związku z powyższym, stosownie do zapisów § 11 ust. 9 umowy o dofinansowanie, wydatki poniesione na nabycie robót budowlanych i środków trwałych z naruszeniem w/w przepisów, tj. w ramach: Zadania nr 1, Wydatku nr 1 (modernizacja hali), Zadania nr 3, Wydatku nr 1 (zakup i montaż przecinarki

laserowej Diament Fiber), Zadania nr 6, Wydatku nr 2 (zakup ładowarki teleskopowej) w łącznej kwocie 2 493 934,96 zł uznaje się za niekwalifikowalne. Wspomniane powyżej zachowanie Beneficjenta, które zakwalifikowano jako niezgodne z obowiązującymi procedurami powodowało narażenie budżetu UE na straty. Mając na względzie, złamanie przez Beneficjenta zasady przejrzystości przy udzielaniu zamówienia i niewypełnienie obowiązku bezstronności i obiektywności oraz udzielenie zamówienia podmiotowi pozostającemu w relacji do Beneficjenta – z uwagi na występujące powiązania osobowe – w stosunku, który wzbudzał uzasadnione wątpliwości co do bezstronności, nie można stwierdzić ażeby dokonany przez Beneficjenta wybór wykonawcy był najkorzystniejszy. Trudno uznać, że doszło do zagwarantowania wydatkowania środków publicznych w sposób zgodny z zasadami obowiązującymi podmioty realizujące projekty w ramach RPO WZ kiedy postępowanie dotyczące zamówienia przeprowadzono w sposób nie gwarantujący zachowania bezstronności i pozamerytoryczne przesłanki mogły decydować o wyborze wykonawcy. W przedmiotowej sprawie środki w wysokości przekazanej Beneficjentowi na dofinansowanie wydatków poniesionych z naruszeniem procedur, czyli zapisów umowy o dofinansowanie, Wytucznych i przepisów prawa powszechnie obowiązującego (ufp) mogłyby zostać przez IZ RPO WZ rozdysponowane na dofinansowanie innego projektu w ramach RPO WZ, który zrealizowałby projekt z zachowaniem wymogów i przyczynił się do realizacji celu Poddziałania. Szkoła w budżecie UE określana jest 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. W analizowanym przypadku szkoda ma więc charakter szkody rzeczywistej.

Środki publiczne przeznaczone na wykonanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystane zgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami. Finansowanie wydatków poniesionych niezgodnie z prawem i obowiązującymi procedurami przyczynia się do powstania szkody w budżecie unijnym i powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. Tym samym za niekwalifikowalne w ramach projektu uznać należało wydatki w kwocie 2 493 934,96 zł, co obligowało IZ RPO WZ do podjęcia czynności zmierzających do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 1 ufp, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

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

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

W związku z uznaniem za niekwalifikowalne wydatków w wysokości 2 493 934,96 zł, IZ RPO WZ obliczyła, iż wysokość dofinansowania wykorzystanego z naruszeniem procedur wyniosła 1 496 360,98 zł (zgodnie z § 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie jest to 60 % z kwoty 2 493 934,96 zł). W przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ ustalając wysokość kwoty wymaganej do zwrotu wzięła pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym przede wszystkim istotę dokonanej przez Beneficjenta naruszenia. Ustalając kwotę do zwrotu, IZ RPO WZ kierowała się przede wszystkim rodzajem i wagą dokonanych naruszeń oraz konsekwencjami z nich wynikającymi. Ustalono, iż wypłacone Beneficjentowi w ramach projektu środki podlegają zwrotowi, bowiem Beneficjent wykorzystał otrzymane dofinansowanie nie stosując się do zapisów umowy o dofinansowanie a także Wytucznych, naruszył art. 44 ust. 3 ufp.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wnioski o dofinansowanie projektu, wynik czynności kontrolnych (zarówno UKS, jak i IZ RPO WZ) oraz korespondencję z Beneficjentem, koniecznym stało się wydanie przedmiotowej decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 pkt 1 ufp, po bezskutecznym upływie terminu, określonego w wezwaniu Instytucja Zarządzająca 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

Otrzymują:

- 1) Radca prawny M.K.
SWS K.P. S.W. sp.k.
Ul. ...
61-707 P.
- 2) a/a