

Załącznik do uchwały nr 1492/16
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 19 września 2016 r.

K.G. Konstrukcje Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Druckiego – Lubeckiego 1A
71 – 656 Szczecin

WWRPO.VIII.3162.68.2016.AM

DECYZJA
Nr WWRPO/35/W/2016

podjęta w dniu 19 września 2016 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,
Robert Grzywacz - 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.), 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 2013 r., poz. 885 t.j. ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 486 t.j.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – K.G. Konstrukcje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie przy ul. Druckiego – Lubeckiego 1A – środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: RPO WZ) na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-00 zawartej w Szczecinie w dniu 23 grudnia 2013 r. na realizację projektu pn. „Zakup aparatury naukowo – badawczej do prowadzenia przez KG Konstrukcje prac badawczych i rozwojowych w zakresie optymalizacji efektywności energetycznej zespołów kogeneracyjnych na gaz drzewny” w łącznej kwocie 102 686,02 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia 28 maja 2016 r. (tj. dzień po dniu, w którym wpłynęła zgoda na pomniejszenie z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej oraz kwoty odsetek stałych w wysokości 19 006,93 zł w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768.

Uzasadnienie

W dniu 23 grudnia 2013 r. Beneficjent – K.G. Konstrukcje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie przy ul. Druckiego – Lubeckiego 1A – zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2016 r. poz. 383 t.j., dalej: uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-00 na realizację projektu pn. „Zakup aparatury naukowo – badawczej do prowadzenia przez KG Konstrukcje prac badawczych i rozwojowych w zakresie optymalizacji efektywności energetycznej zespołów kogeneracyjnych na gaz drzewny” Oś Priorytetowa 1 „Gospodarka – Innowacje – Technologie”, Działanie 1.2. „Innowacje i transfer technologii” Poddziałanie 1.2.2. „Infrastruktura B+R”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zwarte aneksy do umowy nr UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-01 z dnia 23 grudnia 2013 r., UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-02 z dnia 31 lipca 2014 r., UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-03 z dnia 29 grudnia 2014 r., UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-04 z dnia 23 lutego 2015 r., UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-05 z dnia 30 marca 2015 r., UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-06 z dnia 4 marca 2016 r. oraz UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-07 z dnia 16 marca 2016 r.

W ramach realizacji projektu Wnioskodawca planował zakupić m.in. moduł do kogeneracji energii elektrycznej i ciepłej w procesie spalania gazu drzewnego (pkt C.7. „Opis przedsięwzięcia (z wyłączeniem cross – finansingu)” wniosku o dofinansowanie). Ponadto wskazał, iż ekologiczne elektrociepłownie na holzgas są produktem w zasadzie nierozwijanym od czasu II wojny światowej, a jej obecna efektywność jest niższa od potencjalnie możliwej. K.G. Konstrukcje Sp. z o.o. zauważyła konieczność prowadzenia badań naukowych mających na celu optymalizację procesu gazyfikacji różnych gatunków drewna, tak aby uzyskać maksymalnie wysoki bilans energetyczny (maksymalną efektywności energetyczną procesu gazyfikacji drewna), przy jak najmniejszym zanieczyszczeniu atmosfery. W ramach badań Wnioskodawca planował m.in. dobrać takie parametry, aby maksymalnie zminimalizować poziom substancji smolistych w procesie spalania oraz uzyskać jak największą ilość metanu (pkt C.8. pn. „Uzasadnienie i rezultaty projektu” wniosku o dofinansowanie).

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie). W związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent zobligowany był do przestrzegania właściwych przepisów pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego oraz właściwych przepisów prawa polskiego, również wszelkich Wytucznych do nich, a także obowiązujących odpowiednich reguł, zasad i postanowień wynikających z RPO WZ oraz Uszczegółowienia Programu (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Jednocześnie na podstawie § 11 ust. 3 umowy o dofinansowanie Beneficjent winien był dokonywać wydatków w oparciu o ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 t.j. ze zm., dalej: ufp) w zakresie dotyczącym wydatkowania środków publicznych, w szczególności w sposób celowy, oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatków. Dodatkowo w myśl zapisów § 11 ust. 4 umowy o dofinansowanie Beneficjent miał gospodarować środkami publicznymi w sposób zapewniający zachowanie dyscypliny finansów publicznych, a na podstawie ust. 5 był zobowiązany do zawierania umów, w ramach których będą realizowane wydatki projektu poprzez wybór i udzielenie zamówień w oparciu o najbardziej korzystną ofertę z zachowaniem zasad przejrzystości uczciwej konkurencji oraz zapewnić dołożenie wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów rozumianego jako brak bezstronności i obiektywności w wypełnianiu funkcji jakiegokolwiek podmiotu objętego umową w związku z realizowanym zamówieniem. Natomiast zgodnie z § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie Beneficjent, na którym nie ciążył obowiązek stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 t.j. ze zm., dalej: pzp) musiał zgromadzić i udostępniać na żądanie IZ RPO WZ lub innych upoważnionych organów wszelkich dowodów dotyczących zachowania zasad określonych w § 11 umowy o dofinansowanie, w postaci pisemnych protokołów negocjacji, pisemnych ofert firm konkurencyjnych w stosunku do kontrahenta, z którym Beneficjent podpisał umowę (co do zasady

minimum 3), oświadczenia Beneficjenta uzasadniających dokonany wybór. Ponadto zgodnie z § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie Beneficjent zobowiązany był do upubliczniania informacji o zamiarze udzielenia zamówienia finansowanego z udziałem środków publicznych, z użyciem środków komunikacji adekwatnej do rozmiaru i charakteru zamówienia, co najmniej za pośrednictwem sieci Internet (w szczególności na stronie internetowej Beneficjenta). Dodatkowo zapytania ofertowe, kierowane do poszczególnych wykonawców wytypowanych przez Beneficjenta, musiały być poprzedzone ww. formą upublicznienia informacji o zamiarze udzielenia zamówienia finansowego z udziałem środków publicznych.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, w dniu 9 lutego 2016 r. IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji ww. projektu. Wskutek składanych przez Beneficjenta pism i wyjaśnień do przekazanego wraz z pismem z dnia 17 marca 2016 r. protokołu pokontrolnego, tj. pism z dnia 12 kwietnia 2016 r., 15 kwietnia 2016 r., 18 kwietnia 2016 r., 27 kwietnia 2016 r., oraz wiadomości e – mail z dnia 19 kwietnia 2016 r., IZ RPO WZ uznała wydatki w kwocie 213 500,00 zł, poniesione na podstawie umowy z dnia nr KG/01/04/2014 z dnia 2 kwietnia 2014 r. na realizację zadania nr 1 (pn. Zakup aparatury badawczo – rozwojowej wraz z wyposażeniem dodatkowym), wydatku nr 1 (Zakup i montaż modułu elektro – grzejnego), za niekwalifikowalne. Powyższe spowodowane było faktem, iż przedmiot zamówienia objęty ww. umową oraz aneksem nr 1 z dnia 10 kwietnia 2014 r., nie został poprzedzony procedurą wyboru wykonawcy określoną w § 11 umowy o dofinansowanie.

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ pismem z dnia 10 maja 2016 r. (znak: WWRPO-I.4331.(1.2.2./2013/011).2016.AS.06) wezwała Beneficjenta do zwrotu łącznej kwoty w wysokości 128 100,00 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 upf w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, instytucja, która podpisała umowę z Beneficjentem, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Jednocześnie Beneficjent został poinformowany, iż częściowy zwrot może zostać dokonany, za jego zgodą, poprzez pomniejszenie z kolejnej przysługującej mu płatności na podstawie wniosku o płatność końcową nr WNP-RPZP.01.02.02-32-011/13-03/K01 w kwocie 30 118,05 zł. Dodatkowo mając na uwadze, iż ww. kwota nie będzie wystarczająca do pokrycia całej należności głównej wraz z odsetkami, Beneficjent został poinformowany, iż w przypadku wyrażenia zgody na pomniejszenie, kwota ta zostanie rozliczona zgodnie z art. 55 § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. z 2015 r., poz. 613 tj. ze zm., dalej: op) proporcjonalnie na należność główną i odsetki jak dla zaległości podatkowych.

Pismem z dnia 25 maja 2016 r. (data wpływu do IZ RPO WZ w dniu 27 maja 2016 r.) Beneficjent wyraził zgodę na dokonanie pomniejszenia z przysługującej mu płatności końcowej w kwocie 30 118,05 zł. Powyższa kwota zgodnie z art. 55 § 2 op została rozliczona przez IZ RPO WZ w następujący sposób:

- 25 413,98 zł na należność główną,
- 4 704,07 zł na odsetki określone jak dla zaległości podatkowych liczone od dnia 25 marca 2014 r. (data przekazania środków) do dnia 27 maja 2016 r. (data wpływu do IZ RPO WZ zgody na pomniejszenie).

Wobec powyższego do zwrotu na rzecz IZ RPO WZ pozostała kwota:

- należności głównej w wysokości 102 686,02 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia 28 maja 2016 r. (tj. dzień po dniu wpływu zgody na dokonanie pomniejszenia) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- odsetek stałych w wysokości 19 006,93 zł za okres od dnia 25 marca 2014 r. do dnia 27 maja 2016 r.

W związku z brakiem zwrotu przez Beneficjenta wszystkich środków w wyznaczonym terminie, z dniem 9 czerwca 2016 r. zostało wszczęte wobec niego postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-00 środków. Strona została również poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń w sprawie.

Postanowieniem z dnia 7 lipca 2016 r., z uwagi na trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego, w szczególności dokumentacji związanej z czynnościami kontrolnymi prowadzonymi przez IZ RPO WZ, umowy o dofinansowanie wraz z aneksami, jak również całej dokumentacji zgromadzonej w sprawie, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 8 sierpnia 2016 r.

Nadto IZ RPO WZ pismem z dnia 2 sierpnia 2016 r. 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). Postanowieniem z dnia 2 sierpnia 2016 r. z uwagi na przewidziane terminy na zapoznanie się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań, postępowanie administracyjne zostało przedłużone do dnia 9 września 2016 r., a następnie do dnia 30 września 2016 r.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Zakup aparatury naukowo – badawczej do prowadzenia przez KG Konstrukcje prac badawczych i rozwojowych w zakresie optymalizacji efektywności energetycznej zespołów kogeneracyjnych na gaz drzewny”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.01.02.02-32-011/13-00 z dnia 23 grudnia 2013 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wynikami kontroli, a także wyjaśnień Beneficjenta) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

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. Ponadto środki przyznane na podstawie umowy o dofinansowanie projektu są środkami publicznymi, którym gdy chodzi o ich udzielanie, przekazywanie i rozliczanie towarzyszy szczególnego rodzaju reżim prawny. Okoliczności ich przekazania przedsiębiorcy na podstawie umowy o dofinansowanie projektu nie powodują utracenia przez nie ich publicznego charakteru oraz braku kontroli nad prawidłowością ich wydatkowania (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt II GSK 1945/12).

Zauważyć trzeba, iż do zadań IZ RPO WZ na podstawie art. 26 uzppr należy nie tylko dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjenta, ale również prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi w tym w szczególności wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów i zadań o których mowa w ufp. Rozwiązanie to stanowi 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 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) (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt II GSK 1945/12). W świetle powyższego oczywistym jest, iż instytucja zarządzająca musi być wyposażona w efektywne instrumenty i środki do realizacji powierzonych jej zadań. Na podstawie art. 67 ufp środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich i odsetki od tych środków (art. 60 ufp) podlegają pod reżim kpa i odpowiednio przepisów działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2015 r. poz. 613 t.j. ze zm.). Zatem zgodnie z art. 207 ufp po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w art. 207 ust. 8 ufp organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej w rozumieniu uzppr wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 50/14 oraz z dnia 4 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 2728/14).

W związku ze stwierdzeniem wykorzystania przez Beneficjenta środków z naruszeniem procedur, IZ RPO WZ rozpoczęła procedurę mającą na celu odzyskanie należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 ufp, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów 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 art. 207 ust. 9 ufp, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy. Ponadto wskazania wymaga, iż na podstawie art. 207 ust. 4 pkt. 3 ufp w przypadku braku zwrotu środków beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich. Wykluczenie na podstawie art. 207 ust. 5 ufp następuje na okres 3 lat, liczonych od dnia dokonania zwrotu środków.

Poprzez procedury, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumie się postanowienia dokumentów regulujące zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur, na podstawie których

wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzonej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. Umowa ta określa warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane (art. 30 ust 1 i 2 uzppr). Umowa jest zatem elementem projektu. W związku z powyższym również niewypełnienie postanowień umowy, w szczególności w zakresie zamówień publicznych (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt III SA/PO 1833/14) oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2014 r. sygn. akt II GSK 1546/12).

Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż kwalifikowalność poniesionych wydatków oceniana jest nie tylko na etapie wniosku o dofinansowanie, ale również w trakcie realizacji oraz po zakończeniu projektu, kiedy to Beneficjent przedkłada kolejne wnioski o płatność. Bowiern pierwotna ocena kwalifikowalności wydatków ustalona była na podstawie pewnych przesłanek (np. tych przedstawionych we wniosku o dofinansowanie wraz z załącznikami), niemniej jednak przesłanki te mogą ulec zmianie w wyniku np. uzupełnienia materiału dowodowego lub wystąpienia nowych okoliczności w sprawie. W sytuacji, kiedy IZ RPO WZ w trakcie realizacji projektu lub po jego zakończeniu uzna część lub całość wydatków za niekwalifikowalne, Beneficjent jest zobowiązany do zwrotu środków przekazanych na ich dofinansowanie (§ 8 ust. 1 umowy o dofinansowanie).

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy wskazać należy, że w trakcie czynności kontrolnych IZ RPO WZ ustaliła, iż Beneficjent zgodnie z § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie w dniu 3 lutego 2014 r. zamieścił na swojej stronie internetowej (<http://www.kgkonstrukcje.com/oferta.html>) ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia na:

1. wykonanie, zgodnie z danymi technicznymi otrzymanymi od Beneficjenta, projektu konstrukcji modułu, w którego skład wchodzi:
 - konstrukcja ramowa kontenera 20 stopowego,
 - konstrukcja gazownika,
 - konstrukcja urządzenia RME,
 - konstrukcja chłodnicy RME
2. wykonanie konstrukcji modułu elektrogrzejnego,
3. czyszczenie i malowanie stalowej konstrukcji modułu.

Zgodnie z protokołem wyboru ofert z dnia 28 lutego 2014 r. w wyniku ww. ogłoszenia swoje oferty złożyło 5 firm, tj:

1. K.M.,
2. B. T. – H. (...) S.C. J.K., Z.S.,
3. W.S. I.K.,
4. I. F. Y. V. I.,
5. U. Ś. A. J.

W związku z faktem, iż jedynym kryterium wyboru oferty był koszt całkowity wykonania usługi, Beneficjent wybrał ofertę firmy W.S. I. K.

W dniu 2 kwietnia 2014 r. Beneficjent zawarł z I.K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą W.S. I. K. (dalej: Wykonawca) umowę nr KG/01/04/2014 na podstawie, której miały zostać wykonane prace określone w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia z dnia 3 lutego 2014 r. Za wykonanie ww. prac Beneficjent zobowiązał się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości 213 500,00 zł netto.

Następnie w dniu 10 kwietnia 2014 r. Beneficjent zawarł z Wykonawcą aneks nr 1, którym zmieniony został przedmiot umowy nr KG/01/04/2014. Według treści ww. aneksu Wykonawca miał wykonać:

1. zgodnie z danymi technicznymi otrzymanymi od Beneficjenta projekt konstrukcji modułu, w którego skład wchodzi:
 - konstrukcja ramowa kontenera 20 stopowego,
 - konstrukcja gazownika,
 - konstrukcja chłodnicy silników BIELARUS
2. na podstawie dokumentacji otrzymanej od Beneficjenta, projekt systemu oczyszczania i chłodzenia gazu drzewnego do zasilania silnika spalinowego, w skład którego wchodzi dwa cyklony, dwa filtry zrębek oraz chłodnica gazu drzewnego,

3. konstrukcję modułu elektrogrzejnego,
4. czyszczenie i malowanie stalowej konstrukcji modułu.

Mając powyższe na uwadze zauważyć trzeba, iż w wyniku zawarcia przedmiotowego aneksu z pierwotnego zakresu umowy nr KG/01/04/2014 zostały usunięte prace polegające na wykonaniu konstrukcji urządzenia RME, konstrukcji chłodnicy RME oraz konstrukcja modułu elektrogrzejnego. Ponadto zakres prac został zwiększony o wykonanie systemu oczyszczania i chłodzenia gazu drzewnego do zasilania silnika spalinowego, w skład którego wchodzi dwa cyklony, dwa filtry zrębek oraz chłodnica gazu drzewnego oraz o konstrukcję chłodnicy silników BIELARUS. Tym samym, jak wynika z powyższego, doszło do znaczącej zmiany zakresu zamówienia, w stosunku do przedmiotu zamówienia ujętego w ogłoszeniu z dnia 3 lutego 2014 r.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt C-454/06 zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby były ujęte w pierwotnej procedurze udzielenia zamówienia, „umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Podobnie, zmiana pierwotnego zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, Beneficjent podpisując aneks nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014 zmienił przedmiot umowy w na tyle znaczącym zakresie, że powinien anulować przeprowadzone postępowanie w zakresie wyboru najlepszej oferty na realizację zamówienia ogłoszonego w dniu 3 lutego 2014 r., przygotować ponownie treść ogłoszenia oraz przeprowadzić rozeznanie rynku, upubliczniając informację o zamiarze udzielenia zamówienia na stronie internetowej (§ 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie). W momencie udzielenia zamówienia, bowiem mogli istnieć inni wykonawcy, którzy nie byli w stanie złożyć oferty odpowiadającej potrzebom Beneficjenta, określonym w pierwotnym ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia, natomiast mogliby złożyć swoją ofertę na zamówienie na realizację prac określonych aneks nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014.

Tym samym Beneficjent wprowadzając ww. zmiany udzielił zamówienia z naruszeniem procedury określonej w § 11 umowy o dofinansowanie, nie zebrał bowiem wymaganych ust. 7 minimum 3 konkurencyjnych ofert w stosunku do kontrahenta, z którym podpisał aneks nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014, co za tym idzie ostateczny przedmiot zamówienia określony ww. aneksem nie został poprzedzony stosowną procedurą wyboru wykonawcy.

Powyższym działaniem Beneficjent naruszył ponadto zapisy art. 44 ust. 3 ufp, zgodnie z którym wydatki publiczne winny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasad:

- uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- optymalnego doboru metody i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Wszystkie wymienione zasady ponoszenia wydatków publicznych winny być spełnione łącznie, w związku z tym niespełnienie któregokolwiek z nich będzie powodować, że wydatek zostanie uznany za poniesiony niezgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 44 ufp. W niniejszej sprawie, jak zostało powyżej wykazane, Beneficjent nie przeprowadził procedury związanej z wyborem wykonawcy na realizację zamówienia określonego aneksem nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014, zgodnie z obowiązującymi go zapisami umowy o dofinansowanie. W związku z tym wydatek nie został poniesiony w sposób oszczędny i nie doprowadził do uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów (§ 11 ust. 3 umowy o dofinansowanie).

Jednocześnie Beneficjent dokonując aneksem nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014 istotnej zmiany zamówienia nie zamieścił na nowo za pośrednictwem sieci Internet stosownej informacji o zamiarze udzielenia zamówienia finansowanego z udziałem środków publicznych (§ 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie). Powyższe doprowadziło do sytuacji, w której inni potencjalni wykonawcy nie mieli możliwości złożenia swoich ofert, które być może byłyby korzystniejsze dla Beneficjenta, niż ta która była przedmiotem zawartego z wykonawcą aneksu nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014. Beneficjent podpisując umowę o dofinansowanie miał pełną świadomość obowiązków jakie wynikają z jej zapisów, a dotyczących właściwej realizacji projektu, w tym w zakresie przeprowadzenia procedury wyboru wykonawcy. Skoro doszło do zmiany zakresu zlecenia, Beneficjent miał obowiązek dokonać wyboru wykonawcy zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie, a tym samym upublicznić informację o zamiarze udzielenia zmienionego zamówienia za pomocą sieci Internet.

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 Unii Europejskiej (dalej: UE) w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Szkoła w budżecie UE określona została na dwa sposoby, jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już

nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, oraz jako 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 wydać decyzję o zwrocie jest wykazanie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Musi zostać zatem wykazane logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE (Wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. akt II GSK 610/14). Zgodnie z powyższym, do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje także naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego.

W przedmiotowej sprawie Beneficjent poprzez nieprzestrzeganie zasad wydatkowania środków publicznych, wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie (§ 11 umowy o dofinansowanie), przepisami prawa (art. 44 ust. 3 ufp), szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty poprzez wydatkowanie środków pochodzących z budżetu UE w sposób nieoszczędny i niezgodnie z zasadą zachowania najlepszych efektów z danych nakładów. W wyniku nieprzeprowadzenia analizy rynku i niezbrania minimum 3 konkurencyjnych ofert na wykonanie:

1. zgodnie z danymi technicznymi otrzymanymi od Beneficjenta projektu konstrukcję modułu, w którego skład wchodzi:
 - konstrukcja ramowa kontenera 20 stopowego,
 - konstrukcja gazownika,
 - konstrukcja chłodnicy silników BIELARUS
2. na podstawie dokumentacji otrzymanej od Beneficjenta, projektu systemu oczyszczania i chłodzenia gazu drzewnego do zasilania silnika spalinowego, w skład którego wchodzi dwa cyklony, dwa filtry zrębek oraz chłodnica gazu drzewnego,
3. konstrukcji modułu elektrogrzejnego,
4. czyszczenia i malowania stalowej konstrukcji modułu,

jak i niezamieszczenia stosownej informacji o udzielaniu zamówienia o ww. treści określonej aneksem nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014 w sieci Internet doszło do wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Gdyby bowiem Beneficjent postępował zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie, przepisami prawa powszechnie obowiązującego i ogłosił a następnie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia określonego aneksem nr 1 do umowy nr KG/01/04/2014, to mogliby zgłosić się do tego postępowania inni wykonawcy, którzy złożyliby ofertę korzystniejszą pod względem ceny i warunków. Co za tym idzie pomiędzy naruszeniem prawa, a wystąpieniem szkody występuje związek przyczynowo – skutkowy. W niniejszej sprawie wystąpiły wszelkie przesłanki, aby móc stwierdzić wobec przedmiotowego naruszenia, iż stanowi ono nieprawidłowość określoną w art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006.

Zważywszy na to, iż za naruszenie procedur określonych w art. 184 ufp rozumie się również naruszenie postanowień umowy o dofinansowanie, to w niniejszej sprawie została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 grudnia 2014 r. sygn. akt II GSK 1190/13). Należy podkreślić, iż IZ RPO WZ przypisane zostały kompetencje w zakresie całościowej, tzn. nieograniczonej do wybranych obszarów, oceny prawidłowości działań Beneficjentów. IZ RPO WZ jest zobowiązana dbać o interesy budżetu UE oraz przestrzegać zasady gospodarności, co więcej zgodnie z zasadami rozliczania środków europejskich, IZ RPO WZ ma ustawowy obowiązek żądać zwrotu środków w oparciu o procedurę określoną w ufp. Wynika to zarówno z jednoznacznego brzmienia art. 207 ufp, jak i art. 26 ust. 1 pkt 15 uzppr. Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie ustaliła, że Beneficjent wykorzystał z naruszeniem procedur część środków przekazanych mu na podstawie umowy o dofinansowanie, tym samym zobowiązany jest do ich zwrotu.

Wobec powyższego IZ RPO WZ uznała za niekwalifikowalne część wydatków poniesionych w projekcie w kwocie 213 500,00 zł, stanowiących wydatki poniesione przez Beneficjenta na podstawie umowy nr KG/01/04/2014 z dnia 2 kwietnia 2014 r. oraz aneksu nr 1 do ww. umowy na realizację zadania nr 1 (pn. Zakup aparatury badawczo – rozwojowej wraz z wyposażeniem dodatkowym), wydatku nr 1 (Zakup i montaż modułu elektro – grzejnego). Mając zatem na uwadze, iż poziom dofinansowania projektu na podstawie § 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie wynosił 60%, to łączna wysokość dofinansowania przyznanego na wydatki uznane za niekwalifikowalne, została przez IZ RPO WZ ustalona w wysokości 128 100,00 zł (60% z kwoty 213 500,00 zł). Powyższa kwota w wyniku

wyrażonej przez Beneficjenta pismem z dnia 25 maja 2016 r. zgody na pomniejszenie, została pomniejszona o kwotę 30 118,05 zł należną Beneficjentowi z tytułu płatności końcowej. W związku z tym do zwrotu pozostała kwota 102 686,02 zł, którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych liczonych od dnia 28 maja 2016 r. (tj. dzień po dniu częściowego zwrotu środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej oraz kwota odsetek stałych w wysokości 19 006,93 zł.

Wskazać należy, iż postępowanie administracyjne, czyli władcze wkroczenie organu administracji publicznej następuje dopiero, jeśli Beneficjent naruszy zapisy umowy, poprzez nieprawidłowe wykorzystanie środków przekazanych w ramach dofinansowania. Takie stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 grudnia 2010 r. (sygn. akt I SA/Gd 1115/10) uznając, że momentem, kiedy na styku regulacji o charakterze cywilnoprawnym i administracyjno – prawnym dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego – jest moment, gdy organ podejmuje czynności o charakterze władczym (cechujące stosunek administracyjno-prawny), czyli podejmuje czynności zmierzające do wydania decyzji o zwrocie środków. Beneficjent został więc przez IZ RPO WZ, w wyniku ww. naruszeń wezwany do zwrotu środków przekazanych mu w formie dofinansowania. Następnie po bezskutecznym upływie 14-dniowego terminu, wobec Beneficjenta wszczęto postępowanie administracyjne.

W związku z tym, że zaszła przesłanka, o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, tj. wykorzystanie środków przyznanych na realizację projektu niezgodnie z procedurami, a Beneficjent nie dokonał zwrotu środków na skutek skierowanego do niego wezwania z dnia 10 maja 2016 r., koniecznym stało się wydanie niniejszej decyzji administracyjnej. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 ufp, po bezskutecznym upływie wspomnianego terminu, organ pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

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

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego