

Załącznik do uchwały nr 72/20  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 21 stycznia 2020 r.

Adresat  
**Merlion Sp. z o.o.**  
ul. R.  
... K.

Sygnatura  
WWRPO.VIII.3162.31.2019.AJ

## **DECYZJA**

### **Nr WWRPO/2014-2020/1/W/2020**

podjęta w dniu 21 stycznia 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

*Olgięrd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Olgięrd Kustosż- Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Stanisław Wziątek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,*  
*Anna Bańkowska- Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. c ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1431 t. j. ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 t.j. ze zm.) oraz 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 2019 r. poz. 512 t.j. ze zm.)

### **orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – Merlion Sp. z o.o. z siedzibą w K. przy ul. R. – środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.08.00-32-0029/17-00 zawartej w Szczecinie 19 lutego 2018 r. na realizację projektu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” w łącznej kwocie 308 000,00 zł (słownie: trzysta osiem tysięcy złotych 00/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia 28 maja 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej, na rachunek bankowy

Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 80 1020 4795 0000 9202 0319 6953, w terminie 14 dni od daty doręczenia ostatecznej decyzji.

## Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. 2018 r. poz. 1431 t.j. ze zm., dalej: ustawa wdrożeniowa) pełni funkcję instytucji zarządzającej do zadań, której należy m.in. prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów – w przypadku krajowego albo regionalnego programu operacyjnego; nakładanie korekt finansowych; odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t.j. ze zm., dalej: ufp) albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań oraz decyzji o zapłacie odsetek, o których mowa odpowiednio w art. 207 ust. 9 i art. 189 ust. 3b ufp.

W dniu 08 maja 2017 r. Merlion Sp. z o.o. złożyła wniosek o dofinansowanie projektu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin”. Zgodnie z opisem przedstawionym w punkcie D.1 wniosku o dofinansowanie, celem głównym projektu miało być podniesienie konkurencyjności i innowacyjności Merlion Sp. z o.o. w K. poprzez stworzenie innowacyjnego systemu teleopieki dedykowanego osobom starszym i zależnym, w tym niepełnosprawnym w okresie październik 2017 roku – styczeń 2018 roku. Cel ten miał zostać osiągnięty dzięki zakupowi wartości niematerialnej i prawnej w postaci dedykowanej aplikacji, której wdrożenie w Merlion Sp. z o.o. doprowadzić miało do wykreowania nowej, innowacyjnej usługi wspierającej osoby starsze i zależne, w tym niepełnosprawne. W oparciu o dedykowaną aplikację miały powstać dwie innowacyjne usługi produktowe i dwie procesowe oraz innowacja nietechnologiczna.

W dniu 19 lutego 2018 r. Merlion Sp. z o.o. zawarła z Zarządem Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (dalej: IZ RPO WZ) umowę o dofinansowanie nr RPZP.01.08.00-32-0029/17-00 na realizację projektu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” Oś Priorytetowa 1 „Gospodarka, Innowacje, Nowoczesne Technologie”, Działanie 1.8 „Inwestycje przedsiębiorstw w ramach Strategii ZIT dla Koszalińsko-KołobrzESCO-Białogardzkiego Obszaru Funkcjonalnego (dalej: KKBOF)”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ został zawarty aneks do umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.08.00-32-0029/17-01 z dnia 19 lutego 2018 r.

Zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.08.00-32-0029/17-00, Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasad optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, Regulaminem konkursu, wytycznymi horyzontalnymi, wytycznymi programowymi oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 5 ust. 9 umowy o dofinansowanie). Według § 16 ust. 1 umowy o dofinansowanie oraz art. 44 ust. 3 ufp, Beneficjent winien dokonywać wydatków w oparciu o ufp w zakresie wydatkowania środków publicznych, w szczególności w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku; w sposób umożliwiający terminową realizację projektu; w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Celowość wydatków oznacza ich słuszność, niezbędność oraz związek z realizacją wykonywanego zadania publicznego.

Pod pojęciem oszczędności należy rozumieć natomiast minimalizację wykorzystywanych zasobów przy czym istotne jest także, aby oszczędne wydatkowanie nie oznaczało obniżenia jakości działalności (komentarz do art. 44 ufp B. Kucia – Guściora (w:) Smoleń (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2014).

W dniu 15 marca 2018 r. Beneficjent ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” (osoba podana do kontaktu w sprawie ogłoszenia – P. M. S. – na tamten czas Prezes Zarządu w Merlion Sp. z o.o.). W zapytaniu ofertowym wskazano, że przedmiotem zamówienia było opracowanie i wdrożenie platformy informatycznej dedykowanej osobom starszym i zależnym, pracującej w trybie off-line i on-line na systemie Android. Platforma informatyczna miała być trzonem systemu teleopieki, czyli zdalnej formy pomocy mającej na celu podwyższenie poczucia bezpieczeństwa (monitoring czynności życiowych, monitoring upadków, wyjść poza określony obszar, czujniki bezpieczeństwa), pozwalającej skutecznie reagować w sytuacjach krytycznych, zapewniającej wsparcie dotychczasowej opieki o zautomatyzowane systemy teleinformatyczne. Platforma miała spełniać także funkcję zapobiegającą wykluczeniu ze społeczeństwa osób zależnych i niesamodzielnych poprzez: łączenie podopiecznych w grupy, ułatwiające nawiązywanie kontaktów, rozwijanie wspólnych pasji, zainteresowań; gry rozwijające umysł, utrzymujące jego sprawność; naukę nowych technologii poprzez korzystanie z dedykowanych urządzeń (terminal); stały kontakt i „nadzór” rodziny; osobisty asystent – teleopiekun. W opisie funkcji systemu podano m.in., że platforma ma współpracować z terminalem G. firmy N. Termin wykonania całości zamówienia określono w zapytaniu ofertowym do dnia 15 czerwca 2018 r., w tym: zakup wartości niematerialnych i prawnych w postaci oprogramowania dedykowanego dla terminala G. oraz wdrożenie oprogramowania. Dnia 27 marca 2018 r. wpłynęła oferta R.A. Sp. z o.o. z siedzibą w K. W wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie zostało udzielone w/w Spółce - umowa została zawarta dnia 04 kwietnia 2018 r. W tym miejscu należy podkreślić, iż według Podrozdziału 3.1 pkt 1 Zasad w zakresie udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014-2020 wersja 6.0 (dalej: Zasady) i Podrozdziału 6.5 pkt 1 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020 (dalej: Wytyczne), Beneficjent zobowiązany był do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. zł netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Spełnienie powyższych wymogów nastąpić winno w drodze zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych albo zasady konkurencyjności.

Na podstawie art. 23 ustawy wdrożeniowej oraz § 17 umowy o dofinansowanie, w dniach 18-19 października 2018 r. została przeprowadzona planowa kontrola projektu, z ustaleń której sporządzono protokół pokontrolny. W wyniku weryfikacji zgodności poniesionych przez Beneficjenta wydatków z warunkami kwalifikowalności IZ RPO WZ ostatecznie, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami i zastrzeżeniami Beneficjenta, stwierdziła wystąpienie w projekcie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r. ze zm., dalej: rozporządzenie nr 1303/2013), zgodnie z którym są to „(...) każde naruszenia prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. Wspomniane nieprawidłowości polegają na:

- 1) stwierdzeniu niestacjonarnego charakteru projektu, gdy w ramach konkursu o dofinansowanie ubiegać się mogły wyłącznie projekty realizowane w formule stacjonarnej;

- 2) naruszeniu zasad kwalifikowalności wydatków w zakresie warunków: a) korzystania z wartości niematerialnej i prawnej wyłącznie przez Beneficjenta; b) nabycia wartości niematerialnej i prawnej na warunkach rynkowych od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą.

Jednocześnie po weryfikacji w trakcie w/w kontroli przeprowadzonego przez Beneficjenta jako Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia IZ RPO WZ ostatecznie stwierdziła poniższe nieprawidłowości:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niezrozumiałych i niedostatecznie dokładnych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dla której to nieprawidłowości przewidziano podstawową 10% stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych (poz. 21 załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień Dz. U. z 2018 r. poz. 971 t.j., dalej: Rozporządzenie);
- 2) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który odnosi się do określonego wyrobu, źródła, znaków towarowych, patentów lub specyficznego pochodzenia, dla której to nieprawidłowości przewidziano podstawową 25% stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych (poz. 20 załącznika do Rozporządzenia);
- 3) określenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości Wykonawcy, dla której to nieprawidłowości podstawowa stawka pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych wynosi 25% (poz. 12 załącznika do Rozporządzenia);
- 4) brak opisu stosowania kryterium pn. „doświadczenie” (wiedza i doświadczenie) w sposób jednoznaczny i precyzyjny, tak żeby każdy poprawnie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób, dla której to nieprawidłowości przewidziano 25% stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych (poz. 12 załącznika do Rozporządzenia w zw. z § 6 Rozporządzenia, który stanowi że w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych);
- 5) brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriach oceny ofert, który uniemożliwia potencjalnym Wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego lub wpływa na możliwość wzięcia przez Wykonawcę udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), dla której to nieprawidłowości podstawowa stawka pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych wynosi 25% (poz. 11 załącznika do Rozporządzenia);
- 6) określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – 25% podstawowa stawka pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych (poz. 12 załącznika do Rozporządzenia);
- 7) wybór oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu – 25% stawka pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych (poz. 24 załącznika do Rozporządzenia);
- 8) niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia, tj. dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu – 25% podstawowa stawka pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych (poz. 28 załącznika do Rozporządzenia);
- 9) wystąpienie konfliktu interesów w postępowaniu, dla której to nieprawidłowości przewidziano 100% stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych (poz. 10 załącznika do Rozporządzenia).

Mając na względzie zapisy § 9 Rozporządzenia, w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych nie podlega sumowaniu i stosuje się korektę finansową o najwyższej wartości.

W związku z wystąpieniem nieprawidłowości dotyczących przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia opisanych powyżej w pkt 1–9 zastosowano stawkę korekty finansowej w

wysokości 100%. Należy podkreślić, iż wartość powyższej korekty finansowej zawiera się w kwocie wydatków uznanych za niekwalifikowalne w niniejszym projekcie, gdyż związane z nimi naruszenia skutkują koniecznością zwrotu całości otrzymanego dofinansowania wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

W wyniku stwierdzonych nieprawidłowości, IZ RPO WZ pismem z dnia 10 czerwca 2019 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu całości wypłaconych w ramach projektu środków wysokości 308 000,00 zł (nr wniosku, w którym przedłożono wydatek RPZP.01.08.00-32-0029/17-002-02 związany z nieprawidłowościami) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, w terminie 14 dni od otrzymania pisma. Jednocześnie poinformowano, że pierwotnie zaakceptowana, wnioskowana przez Beneficjenta kwota do wypłaty ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.01.08.00-32-0029/17-002-02, w wysokości 132 000,00 zł nie zostanie wypłacona w związku ze stwierdzonymi naruszeniami.

W związku z brakiem dokonania stosownego zwrotu w wyznaczonym terminie, mając na uwadze naruszenie przez Beneficjenta procedur obowiązujących przy realizacji projektu w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp), w dniu 10 lipca 2019 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu w/w środków.

Dnia 23 lipca 2019 r. Beneficjent zapoznał się z aktami w/w postępowania administracyjnego.

Następnie IZ RPO WZ z uwagi na analizę całokształtu materiału dowodowego postanowieniami z dnia 06 sierpnia 2019 r., dnia 04 września 2019 r., dnia 07 października 2019 r. i dnia 08 listopada 2019 r. przedłużyła prowadzone postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków.

Pismem z dnia 10 grudnia 2019 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 poz. 2096 t.j. ze zm., dalej: kpa). Następnie ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne (postanowienia organu z dnia 10 grudnia 2019 r.).

Beneficjent dnia 20 grudnia 2019 r. zapoznał się z aktami postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków.

Postanowieniem z dnia 10 stycznia 2020 r., z uwagi na konieczność dochowania wymogów formalnych określonych ustawą kpa, organ przedłużył prowadzonego postępowanie w przedmiocie zwrotu środków.

Następnie pismem z dnia 08 stycznia 2020 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia w sprawie.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie, umowy o dofinansowanie wraz z aneksem, wynikami kontroli, wyjaśnieniami 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 finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 9 ust. 2 pkt. 9 ustawy wdrożeniowej odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 ufp, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

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

– podlegają zwrotowi przez Beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Dodatkowo na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku wystąpienia ww. okoliczności beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, jeżeli nie zwróci w/w środków w terminie zawartym w art. 207 ust. 1 ufp (14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji). Okres wykluczenia kończy się z upływem 3 lat od daty dokonania zwrotu środków.

Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 184 ufp należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez Beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym Beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Wzór umowy składa się także na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, należy uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 184 ufp o „innych procedurach” obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp byłoby w ogóle wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, zwanego dalej: NSA, z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt II GSK 197/16). Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny (dalej: WSA) w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które Beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu.

Również w literaturze zwrócono uwagę, iż pojęcie procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu powinno być rozumiane szeroko. Przykładowo jak wskazał Zbigniew Ofiarski w komentarzu „Ustawa o finansach publicznych. Komentarz”, wyd. WKP 2019: „ (...) inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków europejskich mogą wynikać nie tylko z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, lecz także mogą być kreowane przez specyficzne akty, stanowiące element umowy zawartej z Beneficjentem (...)”.

Mając na uwadze powyższe niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 12 umowy o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

W niniejszej sprawie ustalono, iż projekt nr RPZP.01.08.00-32-0029/17 miał charakter niestacjonarny, co skutkowało uznaniem całości poniesionych w ramach projektu wydatków za niekwalifikowalne.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż jak wskazano w umowie o dofinansowanie (§ 1 pkt 45-46), przez wydatki niekwalifikowalne należy rozumieć takie wydatki lub koszty poniesione w związku z realizacją projektu, które nie są wydatkami kwalifikowalnymi. Zaś przez wydatki kwalifikowalne rozumie się wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria zgodnie z rozporządzeniem nr 1303/2013, rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1301/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i przepisów szczególnych dotyczących celu „Inwestycje na rzecz wzrostu zatrudnienia” oraz w sprawie

uchylenia rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r.), rozporządzeniem Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. L 187 z dnia 26 czerwca 2014 ze zm., dalej: rozporządzenie nr 651/2014), jak również w rozumieniu ustawy wdrożeniowej i przepisów rozporządzeń wydanych do tej ustawy, oraz zgodnie z Wytycznymi, jak również Regulaminem konkursu. Jak stanowi zaś Regulamin konkursu Podrozdział 3.1 pkt 1, wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający łącznie warunki:

- a) został faktycznie poniesiony w okresie kwalifikowalności wydatków wskazanym we wniosku o dofinansowanie,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, w tym przepisami regulującymi zasady udzielania pomocy publicznej,
- c) jest zgodny z RPO WZ, SOOP, Regulaminem oraz innymi dokumentami, do których stosowania zobowiązał się Wnioskodawca/Beneficjent,
- d) został zawarty w budżecie projektu zawartym we wniosku o dofinansowanie,
- e) został poniesiony zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie,
- f) jest niezbędny do realizacji celów projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- g) został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny, efektywny i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- h) został należycie udokumentowany, tj. zgodnie z wymogami IZ RPO WZ,
- i) został wykazany we wniosku o płatność,
- j) dotyczy towarów dostarczonych lub usług wykonanych bądź robót realizowanych oraz zaliczek zapłaconych na rzecz wykonawców, przy czym jeżeli umowa została zawarta na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zastosowanie ma art. 151a tej ustawy,
- k) jest zgodny z innymi warunkami uznania go za wydatek kwalifikowalny określonymi w Wytycznych Ministra Infrastruktury i Rozwoju w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 września 2016 r.

Zgodnie z Regulaminem konkursu obowiązującym w naborze nr RPZP.01.08.00-IZ.00-32-001/17 (Podrozdział 1.2 pkt 9; dalej: Regulamin), dofinansowanie miało być udzielane wyłącznie projektom o charakterze stacjonarnym, tj. projektom, dla których możliwe było określenie ich lokalizacji na obszarze KKBOF. Jako projekty o charakterze niestacjonarnym określono te projekty, w ramach których nabywane są środki trwałe lub wartości niematerialne i prawne, które ze względu na swoją specyfikę nie są instalowane na stałe, a zatem nie jest możliwe określenie lokalizacji inwestycji. Projekty posiadające niestacjonarny charakter, tj. nieposiadające lokalizacji na obszarze KKBOF, miały być odrzucane. Beneficjent w punkcie A.3 wniosku o dofinansowanie przedstawił swoje przedsięwzięcie jako mające charakter stacjonarny. Uzupełniając w punkcie D.3 (rozwiązania techniczne) zawarł informację, że planowane do zakupienia dedykowane oprogramowanie zostanie zainstalowane na serwerach Wnioskodawcy w K. (w miejscu realizacji projektu). Ponadto z Biznes planu (pkt C.1.5) wynikało, że projekt zakładał nabycie wartości niematerialnych i prawnych w postaci oprogramowania dedykowanego, które zostanie zainstalowane na serwerach Wnioskodawcy w K. (w miejscu realizacji projektu). Wyszczególniono następujące funkcje (moduły) kupowanego systemu:

- 1) serwer zdarzeń przyjmujący informacje z zegarków i innych lokalizatorów GPS. Serwer daje możliwość rozbudowy i dodawania wsparcia dla kolejnych urzędzeń,
- 2) serwer sensorów pozwalający na odbieranie odczytów z sensorów (CO, gaz, dym, PIR, zalania, przycisk SOS, temperatura, wilgotność, otwarcia/zamknięcia itp.),
- 3) baza danych systemu. Przechowywanie informacji i odczytów z urzędzeń, danych wprowadzanych przez Panel Zarządzania,
- 4) panel zarządzania służący do konfigurowania urzędzeń, przypisywania ich do osób, podglądu na dane odczytane z urzędzeń. Panel powinien pozwalać na tworzenie kont użytkowników z określonymi uprawnieniami,
- 5) infrastruktura serwerów, pozwalająca na zwiększanie zasobów w przypadku zwiększenia obciążenia (liczby klientów). W skład serwerów powinna wchodzić własna centrala telefoniczna (VoIP) i baza danych,

- 6) aplikacje mobilne do konfigurowania i odczytywania danych z urządzeń. Aplikacja z różnymi poziomami dostępu (ograniczona funkcjonalność). Aplikacja powinna pozwalać na wykonywanie połączeń audio-video przy użyciu protokołu SIP,
- 7) sensory medyczne – moduł w Panelu Zarządzania + aplikacja mobilna.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej funkcje oprogramowania, specyfika projektu polegać miała w głównej mierze na gromadzeniu i przetwarzaniu danych na serwerach. Uwzględniając fakt, że koszt zakupu dedykowanego oprogramowania obejmował całkowite wydatki kwalifikowalne projektu, lokalizacja oprogramowania rozumiana jako miejsce jego położenia powinna być ustalona w oparciu o miejsce zainstalowania aplikacji.

W trakcie czynności kontrolnych w dniach 18–19 października 2018 r. ustalono, że zakupiona wartość niematerialna i prawna zainstalowana jest na serwerze wirtualnym u dostawcy zewnętrznego. Beneficjent w wyjaśnieniach z dnia 09 listopada 2018 r. oświadczył, że sformułowanie, którym posłużono się we wniosku o dofinansowanie, tj. „instalacja na serwerach w K.”, nie jest poprawne. W myśl wyjaśnień, opis powinien odnosić się do serwerów wynajętych przez Wnioskodawcę. Nadto wskazano, że w okresie pracy nad projektem, zgodnie z porozumieniem z dostawcą oprogramowania, w trakcie testów korzystano z serwerów O. Sp. z o.o. (ul. D. w W.). W trakcie kontroli system był natomiast przenoszony do innego dostawcy – O. P. Sp. z o.o. (ul. S. we W., przy czym jest to operator międzynarodowy posiadający 27 centrów serwerowych). Wraz z wyjaśnieniami przedstawiono zamówienie nr 2018/1 na migrację systemu z dotychczasowej lokalizacji. W piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r. Beneficjent dodał, że dla celów archiwizacji oraz bezpieczeństwa kod programu zainstalowany jest także na serwerach Spółki w K. wraz z bramą BGP, końcówkami światłowodów dwóch niezależnych operatorów oraz innymi programami operacyjnymi, które Spółka używa i przetwarza w małym zakresie, całą resztę (operacyjną), powierzając operatorowi O. w wynajętym środowisku, którym zarządza z siedziby spółki w K. poprzez własnych pracowników. Ponadto pismem z dnia 08 stycznia 2020 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia wskazując, iż charakter projektu jest stacjonarny, bowiem siedziba firmy, pracownicy, urządzenia techniczne, administracja, rozliczenia podatkowe prowadzone są na terenie obszaru objętego programem operacyjnym zgodnym z projektem. Jak podał Beneficjent, zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie, zakupiona wartość niematerialna miała zostać zainstalowana w siedzibie w K., a w celu innowacyjnych, oszczędzających środowisko, ekologicznych działań, działania operacyjne rozbudowanego przez Merlion Sp. z o.o. zgodnie z wnioskiem unijnym zakupionego projektu prowadzone ostatecznie przy obsłudze klienta (firmy opiekuńcze, fundacje, MOPS, GOPS, stowarzyszenia) miały zostać ulokowane w „chmurze” obsługiwanej przez wyspecjalizowane firmy (np. O.). Tak też uczyniono i podczas prowadzonej przez IZ RPO WZ kontroli pokazano wersję operacyjną, rozbudowaną o wnioskowane elementy, gotową do obsługi sprzedaży, zarządzaną przez etatowych pracowników Merlion Sp. z o.o. Spółka posiada światłowod doprowadzony do siedziby firmy, zasoby sprzętowe oraz przesyłowe dla zrealizowanego wniosku.

Należy wskazać, że „stacjonarność projektu” jest ściśle związana z terminem „lokalizacja projektu”, przy czym obie te cechy muszą być spełnione na terytorium KKBOF. Zgodnie z podrozdziałem 1.2 pkt 6 Regulaminu, lokalizacja projektu oraz miejsce prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorstwa muszą znajdować się na obszarze KKBOF. Zauważyć należy, że oceny wniosku o dofinansowanie dokonano na podstawie jego zapisów, z których wynikało, iż miejscem realizacji projektu będzie K., gdyż oprogramowanie zostanie zainstalowane na serwerach w K., co okazało się niezgodne ze stwierdzonym podczas czynności kontrolnych stanem faktycznym. Mając na uwadze wspomniane powyżej ustalenia kontrolne w zakresie rzeczywistego miejsca zainstalowania oprogramowania, IZ RPO WZ w trakcie prowadzonego postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków uznała, że sposób realizacji projektu przez Beneficjenta nie odpowiadał założeniom przedstawionym w dokumentacji aplikacyjnej oraz że projekt nie ma charakteru stacjonarnego. Naruszenie postanowień Regulaminu konkursu jest przykładem naruszenia „innych procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 184 ufp, które obliguje IZ RPO WZ do dochodzenia zwrotu dofinansowania.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że zgodnie z zapisem Regulaminu Podrozdział 3.2 pkt 2: „Ocena kwalifikowalności wydatków dokonywana jest przez IZ RPO WZ w trakcie oceny wniosku o

dofinansowanie, jak również w trakcie rozliczania i kontroli projektu oraz po jego zakończeniu, w tym w okresie trwałości projektu. Na etapie oceny wniosku o dofinansowanie weryfikacji podlega potencjalna kwalifikowalność wydatków ujętych w dokumentacji aplikacyjnej. Skierowanie projektu do dofinansowania oraz podpisanie z Beneficjentem umowy nie oznacza, że wszystkie wydatki ujęte we wniosku o dofinansowanie oraz przedstawione do poświadczenia we wnioskach o płatność zostaną uznane za kwalifikowalne". Beneficjent pomocy finansowanej ze środków europejskich, z racji jej przyznania i zatwierdzenia, nie nabywa żadnych ostatecznych praw do wypłaconej kwoty pomocy, jeżeli nie przestrzega warunków, którymi to wsparcie finansowe zostało obwarowane, i które może być przyznane tylko wówczas, gdy spełnia on określone warunki.

Reasumując, gdyby Beneficjent wskazał we wniosku o dofinansowanie, iż projekt pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” będzie zlokalizowany poza obszarem KKBOF, nie uzyskałby on dofinansowania w ramach naboru nr RPZP.01.08.00-IZ.00-32-001/17. Realizacja przez Beneficjenta projektu niezgodnie z procedurami doprowadziła do wystąpienia szkody rzeczywistej w budżecie unijnym, która przejawia się w tym, że środki w wysokości pobranego przez Spółkę dofinansowania IZ RPO WZ mogłyby rozdysonować na dofinansowanie projektów innych Wnioskodawców spełniających podstawowe warunki niezbędne do uzyskania dofinansowania. Celem szczegółowym Działania 1.8 było zwiększenie konkurencyjności sektora MŚP na obszarze ZIT KKBOF poprzez wdrażanie w przedsiębiorstwach innowacyjnych rozwiązań. Przedmiotem konkursu był wybór do dofinansowania projektów, które w największym stopniu przyczyniają się do osiągnięcia celu szczegółowego określonego dla Działania 1.8. Realizowany przez Beneficjenta projekt nie wpisywał się w cel Działania 1.8. Oprogramowanie nie zostało zainstalowane na serwerach w K., w związku z czym ustalono, że projekt nr RPZP.01.08.00-32-0029/17 nie kwalifikował się do objęcia wsparciem w ramach naboru nr RPZP.01.08.00-IZ.00-32-001/17. Zainstalowane oprogramowanie poza obszarem ZIT KKBOF nie przyczyniło się do zwiększenia konkurencyjności przedsiębiorstwa na w/w obszarze. Mając na uwadze powyższe, ziściły się wszystkie elementy definicji nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013.

Ponadto na skutek czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach 18–19 października 2018 r. stwierdzono naruszenie zasad kwalifikowalności wydatków w zakresie warunku korzystania z wartości niematerialnej i prawnej, tj. oprogramowania, wyłącznie przez Beneficjenta.

Rozwijając powyższe należy wskazać, iż zgodnie z punktem B.2.4 Biznesu planu, administratorami systemu zakupionego w ramach projektu mającego służyć do świadczenia usług teleopieki miały być urzędy np. MOPS, GOPS, PCPR itd.). System miał działać w chmurze, a opłaty być opłatami abonamentowymi – a zatem jak podał Beneficjent nie trzeba będzie kupować drogiej licencji oraz ponosić kosztów instalacji. Powyższe oznacza, że podmioty które w przyszłości będą korzystały z projektu Beneficjenta nabędą produkt/usługę wdrażaną w ramach projektu. Oferowanie usług teleopieki przez Beneficjenta nie miało odbywać się w drodze udzielenia licencji do oprogramowania, lecz na podstawie dostępu do panelu administratora.

Poza tym należy zwrócić uwagę, iż w ogłoszonym w dniu 15 marca 2018 r. przez Beneficjenta postępowaniu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin”, w opisie przedmiotu zamówienia nie scharakteryzowano przedmiotu dostawy w sposób, który umożliwiłby ustalenie czy Beneficjent oczekuje udzielenia licencji na oprogramowanie (oraz ewentualnie jej rodzaju), czy przeniesienia autorskich praw majątkowych (przedmiotowa kwestia będzie przedmiotem szerszych rozważań w dalszej części decyzji – nieprawidłowość w obszarze poprawności opisu przedmiotu zamówienia). Wśród załączników do ogłoszenia zamieszczono wzór umowy kupna–sprzedaży, który w sposób ogólny charakteryzował prawa i obowiązki przyszłych Stron umowy. Podczas czynności kontrolnych w miejscu realizacji projektu okazano wyłącznie umowę zawartą z R.A. Sp z o.o. (dostawca oprogramowania nabytego w ramach projektu) w dniu 04 kwietnia 2018 r. właśnie według wzoru zawartego w ogłoszeniu. Ponadto podczas kontroli ustalono, że z dostępnych w sieci Internet materiałów wynika, że dostawca R.A. Sp. z o.o. w dalszym ciągu oferuje na rynku program, który Beneficjent zakupił w ramach projektu.

Ustosunkowując się do kwestii dotyczącej praw przysługujących do systemu, Beneficjent przedstawił pismem z dnia 09 listopada 2018 r. wyjaśnienia wraz dokumentem z dnia 04 kwietnia

2018 r. pn. „Przeniesienie praw autorskich do programu komputerowego pod nazwą skróconą „R. C.”” mającym świadczyć o przeniesieniu autorskich praw majątkowych. Wskazać należy również, że w wyjaśnieniach z dnia 09 listopada 2018 r. Beneficjent oświadczył, że z uwagi na fakt iż R.A. Sp. z o.o. posiada rynek komercyjny na którym pracował, udzielono jej licencji na obrót programem usprzętowanym terminalami N. W odniesieniu do kwestii podmiotu czerpiącego korzyści z zakupionego oprogramowania, przedstawiono umowę licencyjną z dnia 24 kwietnia 2018 r. zawartą z dostawcą systemu, na mocy której jest on podmiotem uprawnionym do korzystania z programu, który wcześniej sprzedał Beneficjentowi. Z postanowień w/w umowy licencyjnej wynika, że licencja została udzielona na czas nieoznaczony i uprawnia R.A. Sp. z o.o. m.in. do trwałego lub czasowego zwielokrotniania programu komputerowego i dokonywania w nim zmian.

Ponadto Beneficjent wyjaśnił w piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r., że dostęp do panelu administratora jest objęty licencją użytkownika i otrzymują ją za opłatą licencyjną przedsiębiorstwa, które zdecydowały się zastosować w opiece nad osobami niesamodzielnymi oferowane przez niego rozwiązanie. Wskazano, również że Merlion Sp. z o.o. jako właściciel oprogramowania udziela licencji w dwóch aspektach:

- 1) odpłatne udzielenie dalszej licencji użytkownika końcowego sprzedawcy – resellerowi,
- 2) bezpośrednia sprzedaż licencji dla użytkownika końcowego, który nie może przenieść licencji na innego użytkownika.

Jak wyjaśnił Beneficjent, R.A. Sp. z o.o. posiada umowę licencyjną na dalszą odsprzedaż funkcjonalności dla odbiorców końcowych jako reseller, a Merlion Sp. z o.o. wciąż jest właścicielem zakupionego oprogramowania.

W piśmie z dnia 08 stycznia 2020 r. Beneficjent wskazał, iż Merlion Sp. z o.o. występowała we wniosku o dofinansowanie o zakup gotowej technologii (program komputerowy) do dalszej rozbudowy. Merlion Sp. z o.o. kupując gotowy system informatyczny, rozbudowując go stworzył produkt, który oferuje na rynku teleopieki i teleterapii i jest to produkt unikatowy (nikt na dzień dzisiejszy nie świadczy takiego wspomaganie osób z wykluczeniem społecznym, szczególnie z uszczerbkiem słuchu co Merlion Sp. z o.o.), natomiast R.A. Sp. z o.o. świadczy usługi w zakresie tworzonych na zlecenie programów informatycznych ze specjalizacją teleopieka. Wedle wyjaśnień Beneficjenta, Merlion Sp. z o.o. podpisała z R.A. Sp. z o.o. po zakupieniu od niego programu, licencję sprzedawcy - pośrednika na oferowanie do obrotu wzbogaconego przez Merlion Sp. z o.o. produktu, jednak z uwagi na przedłużające się zobowiązanie R.A. Sp. z o.o. z tytułu usług projektowych do realizacji pośrednictwa fizycznie nie doszło, tak więc to Merlion Sp. z o.o. jako jedyny oferuje projekt z wniosku unijnego do sprzedaży i jest jedynym posiadaczem praw do niego. Ponadto jak podano, zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie zakupiona wartość niematerialna miała zostać zainstalowana w siedzibie w K., ale w celu innowacyjnych, oszczędzających środowisko, ekologicznych działań, działania operacyjne rozbudowanego przez Merlion Sp. z o.o. projektu prowadzone ostatecznie przy obsłudze klienta (firmy opiekuńcze, fundacje, MOPS, GOPS, stowarzyszenia) miały zostać ulokowane w „chmurze” obsługiwanej przez wyspecjalizowane firmy (np. O.), co zrealizowano.

Pomimo powyższych wyjaśnień, IZ RPO WZ uznała, iż oprogramowanie zakupione w ramach projektu nie jest wykorzystywane wyłącznie w przedsiębiorstwie otrzymującym pomoc. Należy podkreślić, iż dostawca oprogramowania miał możliwość korzystania ze sprzedanego Beneficjentowi oprogramowania poprzez trwałe lub czasowe zwielokrotnianie programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie na zasadzie licencji za określoną odpłatnością. Oferowanie usług teleopieki przez Beneficjenta nie miało odbywać się w drodze udzielenia licencji do oprogramowania, lecz na podstawie dostępu do panelu administratora. Beneficjent nabył wartość niematerialną i prawną, do której udostępniał prawa licencyjne innym podmiotom. Ponadto odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta warto dodać, że zgodnie z postanowieniami punktu C.3.1.4 Biznes planu, w którym należało opisać w jaki sposób będzie prowadzona sprzedaż i promocja produktów po zrealizowaniu projektu, Wnioskodawca wskazał, że: „Powstaje rozbudowana strona internetowa, zawierająca opis systemu i jego funkcjonalności, panel administratora oraz cennik usług. Merlion będzie prowadził mailing do bazy klientów. Rozpocznie się kampania promocyjna skierowana do instytucji opieki dla osób starszych. Spółka będzie uczestniczyła w konferencjach i targach poświęconych teleopiece oraz usługom przyszłości” oraz w punkcie C.1.4,

w którym należało opisać czy bezpośrednio po zakończeniu realizacji projektu będzie możliwe wykorzystanie pełnej funkcjonalności infrastruktury bez podejmowania dodatkowych działań (realizacji innych projektów, uzupełnienia zasobów kadrowych lub technicznych, bądź wiedzy itp.), Wnioskodawca oświadczył, że w ramach realizacji projektu zaplanowane zadania zostaną wykonane w całości i pozwolą na uruchomienie sprzedaży usług. W opinii IZ RPO WZ powyższe prowadzi do wniosku, że Beneficjent nie przewidział prezentowanego w piśmie z dnia 30 listopada 2018 r. (dwuaspektowego) modelu sprzedaży w dokumentacji aplikacyjnej.

Konkludując w toku prowadzonego postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, IZ RPO WZ uznała, że oprogramowanie (wartość niematerialna i prawna) zakupione w ramach projektu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” nie było wykorzystywane wyłącznie w przedsiębiorstwie otrzymującym pomoc. Dostawca oprogramowania miał bowiem możliwość korzystania ze sprzedanego Beneficjentowi oprogramowania poprzez trwałe lub czasowe zwielokrotnianie programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie na zasadzie licencji za określoną odpłatnością. Powyższe powoduje, że oprogramowanie zakupione w ramach projektu nie spełnia przesłanek do jego uznania za wydatek kwalifikowalny w projekcie. Zgodnie bowiem z postanowieniami Regulaminu konkursu (Podrozdział 3.5 pkt 4 ppkt 4), katalog wydatków kwalifikowalnych w ramach konkursu obejmuje nabycie wartości niematerialnych i prawnych, pod warunkiem, że:

- a) należy z nich korzystać wyłącznie w przedsiębiorstwie otrzymującym pomoc,
- b) muszą podlegać amortyzacji,
- c) należy je nabyć na warunkach rynkowych od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą osobowo lub kapitałowo,
- d) muszą być włączone do ewidencji księgowej przedsiębiorstwa otrzymującego pomoc i muszą pozostać związane z projektem, na który przyznano pomoc, przez okres trwałości projektu, tj. przez co najmniej 3 lata od daty płatności końcowej na rzecz Beneficjenta,
- e) w przypadku nabycia wartości niematerialnych i prawnych niedostępnych powszechnie w sprzedaży, tworzonych na indywidualne potrzeby Beneficjenta, tj. oprogramowania dedykowane, licencje wyłączne, patenty, know-how itp. Wnioskodawca zobowiązany jest przedstawić w polu C.1 Biznes Planu, stanowiącego załącznik nr 1 do wniosku o dofinansowanie, metodę i wyniki szczegółowej wyceny niniejszej wartości niematerialnej i prawnej.

Ponadto zgodnie z zapisem § 7 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 03 września 2015 r. w sprawie udzielania regionalnej pomocy inwestycyjnej w ramach regionalnych programów operacyjnych na lata 2014-2020 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1620 tekst jednolity, zwanego dalej: rozporządzeniem z dnia

03 września 2015 r.), pomoc jest udzielana na pokrycie kosztów kwalifikowalnych, o których mowa w art. 14 ust. 4 rozporządzenia nr 651/2014, jeżeli są spełnione warunki określone odpowiednio w art. 14 ust. 6-9 rozporządzenia nr 651/2014. Według zaś art. 14 ust. 4 a) rozporządzenia nr 651/2014, za koszty kwalifikowalne uznaje się koszty inwestycji w rzeczowe aktywa trwałe oraz wartości niematerialne i prawne. Jak stanowi art. 14 ust. 8 w/w rozporządzenia, wartości niematerialne i prawne kwalifikują się do obliczania kosztów inwestycyjnych, jeżeli spełniają następujące warunki:

- a) należy z nich korzystać wyłącznie w zakładzie otrzymującym pomoc,
- b) muszą podlegać amortyzacji,
- c) należy je nabyć na warunkach rynkowych od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą,
- d) muszą być włączone do aktywów przedsiębiorstwa otrzymującego pomoc i muszą pozostać związane z projektem, na który przyznano pomoc, przez co najmniej pięć lat lub trzy lata w przypadku MŚP.

Zatem katalog wydatków kwalifikowalnych zawiera również nabycie wartości niematerialnych i prawnych, pod warunkiem, że będą one wykorzystywane wyłącznie w przedsiębiorstwie otrzymującym pomoc. W związku z tym doszło do naruszenia art. 14 ust. 8 a) rozporządzenia nr 651/2014 w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia z dnia

03 września 2015 r. Naruszenie procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków, o których

mowa w art. 184 ufp powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi. 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 dotyczącymi kwalifikowalności wydatków przyczynia się do szkody w budżecie unijnym.

Warunkiem kwalifikowalności wydatków jest również nabycie wartości niematerialnej i prawnej na warunkach rynkowych od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą osobowo lub kapitałowo (Regulamin konkursu Podrozdział 3.5. pkt 4 ppkt 4), który w analizowanym przypadku także nie został przez Beneficjenta dopełniony, z uwagi na relacje występujące pomiędzy Spółkami Merlion Sp. z o.o. a R.A. Sp. z o.o., która to Spółka została wyłoniona jako Wykonawca przez Beneficjenta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia na zakup oprogramowania w ramach projektu.

Definicja powiązań kapitałowych i osobowych znalazła odzwierciedlenie w zapisach Wytycznych Podrozdział 6.5.2 pkt 3. Zgodnie z w/w należy rozumieć przez nie wzajemne powiązania między Beneficjentem lub osobami upoważnionymi do zaciągania zobowiązań w imieniu Beneficjenta lub osobami wykonującymi w imieniu Beneficjenta czynności związane z przeprowadzeniem procedury wyboru Wykonawcy a Wykonawcą. Polegają one w szczególności na:

- a) uczestniczeniu w spółce jako wspólnik spółki cywilnej lub spółki osobowej,
- b) posiadaniu co najmniej 10% udziałów lub akcji, o ile niższy próg nie wynika z przepisów prawa lub nie został określony przez IZ RPO WZ,
- c) pełnieniu funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika,
- d) pozostawaniu w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa drugiego stopnia lub powinowactwa drugiego stopnia w linii bocznej lub w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli.

Ponadto Beneficjent jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. zł netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Spełnienie powyższych wymogów następuje w drodze zastosowania Pzp albo zasady konkurencyjności (Wytyczne Podrozdział 6.5 pkt 1).

W zastrzeżeniach z dnia 30 kwietnia 2019 r. do wyników kontroli Beneficjent zaprzeczył jakoby pomiędzy Spółkami Merlion Sp. z o.o. i R.A. Sp. z o.o. miał zachodzić stosunek dominacji lub zależności czy powiązania osobowego lub kapitałowego. W jego ocenie przepisy m.in. art. 4 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych oraz art. 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nie dają podstaw do stwierdzenia, że w analizowanym przypadku doszło do udzielenia zamówienia podmiotowi powiązanemu lub przy udziale osoby, która powinna zostać wyłączona z udziału w postępowaniu. Beneficjent dodał, że P. M. S. (udziałowiec Spółki) była jednocześnie pożyczkodawcą finansującym zakup oprogramowania i działanie na własną szkodę lub osoby najbliższej, tj. córki P. L. S. (będącej udziałowcem większościowym w Merlion Sp. z o.o.) nie leżało w jej interesie. Podkreślono, że ofertę R.A. Sp. z o.o. w postępowaniu rozpatrzono zgodnie z zasadą bezstronności przy zachowaniu dbałości o interesy Merlion Sp. z o.o., a także realizowanego projektu.

W piśmie z dnia 08 stycznia 2020 r. Beneficjent podał, że Merlion Sp. z o.o. wykazała w okresie 5 lat przed złożeniem wniosku powiązanie kapitałowe i osobowe. W trakcie kontroli przekazano IZ RPO WZ wszelkie dokumenty dotyczące powiązań w okresie do i od 07 kwietnia 2017 r. Beneficjent podniósł, iż IZ RPO WZ formułując zarzut nabycia przez Beneficjenta wartości niematerialnej i prawnej od osób trzecich powiązanych z nabywcą osobowo lub kapitałowo, posługuje się datą wpisu zmian osobowych do rejestru, pomimo iż rzeczywista zmiana ma miejsce od podjęcia uchwały. Jak podkreślono, wszelkie zmiany tak właścicielskie, jak i zarządcze, dokonane zostały w miesiącu kwietniu 2017 r., w czasie poprzedzającym złożenie wniosku o dofinansowanie. Dnia 09 stycznia 2018 r. nie istniały powiązania pomiędzy Merlion Sp. z o.o. a R.A. Sp. z o.o., ponieważ ustały one w kwietniu 2017 r. Tak więc oświadczenie Spółki, iż w czasie złożenia w/w wniosku powiązania ustały jest prawdziwe. Pomędzy osobami P. M. S., P. L. S. a P. J. S. nigdy wcześniej (nawet w okresie 5 lat

wcześniej) powiązania nie występowały i nie prowadzono nigdy wspólnych interesów. Dodano, że wyboru jako Wykonawcy R.A. Sp. z o.o. dokonała komisja w składzie: P. M. S., Prezes Zarządu i jedyny pracownik firmy. P. M. S. od roku nie była udziałowcem R.A. Sp. z o.o., a z obecnym udziałowcem R.A. Sp. z o.o. nie była powiązana osobowo, kapitałowo ani zarządczo. Ponadto dodano, że Merlion Sp. z o.o. i R.A. Sp. z o.o. nie mają tych samych celów biznesowych.

Mając na uwadze powyższe zastrzeżenia wymaga, iż jak ustalono podczas czynności kontrolnych, gdzie analizowano wszystkie przedstawione przez Beneficjenta dokumenty, Beneficjent (Zamawiający) po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia zakupił oprogramowanie w ramach projektu od R.A. Sp. z o.o. (Wykonawca), która to Spółka była wykazywana we wniosku o dofinansowanie (w części dotyczącej statusu przedsiębiorstwa Wnioskodawcy) oraz w oświadczeniu o statusie przedsiębiorstwa złożonym w dniu 09 stycznia 2018 r. przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, jako przedsiębiorstwo powiązane w rozumieniu rozporządzenia nr 651/2014, co potwierdzono w toku postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków. P. M. S., która pełniła funkcję Prezesa Zarządu Merlion Sp. z o.o. do dnia 03 października 2018 r. oraz będąca współnikiem tej Spółki, była we wcześniejszym okresie współnikiem R.A. Sp. z o.o. (wpis współnika do Krajowego Rejestru Sądowego dnia 23 maja 2016 r., w dniu 10 maja 2017 r. dokonano wykreślenia z rejestru).

Co prawda na chwilę wyboru Wykonawcy P. M. S. nie była już współnikiem w R.A. Sp. z o.o., ale okoliczność ta pozostaje bez wpływu na ocenę, że wydatki poniesione przez Beneficjenta nie spełniają warunków kwalifikowalności z uwagi na nabycie oprogramowania od osób trzecich powiązanych z nabywcą osobowo lub kapitałowo. Należy zaznaczyć, iż w takiej sytuacji jak opisana powyżej istnieje zawsze możliwość, nawet w sposób niezamierzony, wywierania przez Wykonawcę wpływu na warunki zaproszenia do składania ofert w sposób dla niego korzystny. Wobec tego nie można wykluczyć, że wiadomości specjalne jakie posiadała P. M. S. jako współnik R.A. Sp. z o.o., nie pozostały bez wpływu na sformułowanie takiego, a nie innego zakresu zamówienia udzielonego w ramach projektu. Warto też zwrócić uwagę, że doświadczenie zawodowe P. M. S. potwierdza jej kompetencje w zakresie objętym zamówieniem. Jak wynika bowiem z dokumentacji aplikacyjnej w/w osoba: „Od kilku lat prowadzi firmy zajmujące się tworzeniem oprogramowania telekomunikacyjnego, tworzeniem oprawy technicznej call center, doradztwem w wymienionym wcześniej zakresie oraz dystrybucją usług Voip oraz Internetu. Obecnie w spółce Merlion pracuje nad rozwojem działań w zakresie oprogramowania urządzenia telekomunikacyjnego, tableto – telefonu G. (w dalszej części Biznes planu nazywanego „terminalem”), flagowego produktu japońskiego producenta – firmy N. (...). W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że Beneficjent w ogłoszeniu o zamówieniu w opisie przedmiotu zamówienia wskazał na warunek współpracy oprogramowania z terminalem N. G., którego jedynym dystrybutorem w Polsce jest Beneficjent, a który służył jako podstawa sprzętowa funkcjonowania systemu zakupionego w ramach projektu. Zaznaczenia w tym miejscu wymaga, że R.A. Sp. z o.o. przed złożeniem oferty, dysponowała A. (interfejs programistyczny aplikacji, z ang....), które miało zostać udostępnione innym potencjalnym oferentom w terminie późniejszym. Ponadto opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany w sposób uprawniający do stwierdzenia, że nawiązuje bezpośrednio do systemu przygotowanego przez R.A. Sp. z o.o. (o czym będzie mowa w dalszej części decyzji). Należy także zauważyć, że to od P. M. S. nabył udziały w R.A. Sp. z o.o. P. J. S., który następnie reprezentując R.A. Sp. z o.o. jako Prezes Zarządu zawarł z Merlion Sp. z o.o. reprezentowaną przez P. M. S. (Prezesa Zarządu) umowę na wykonanie zamówienia w ramach projektu.

W wyniku przeprowadzonej w ramach postępowania administracyjnego analizy sprawy uznano, iż wskazywane przez organ powyżej relacje pomiędzy osobami upoważnionymi do zaciągania zobowiązań w imieniu Beneficjenta lub osobami wykonującymi w imieniu Beneficjenta czynności związane z przeprowadzeniem procedury wyboru Wykonawcy (P. M. S.), a Wykonawcą R.A. Sp. z o.o., świadczą o wystąpieniu powiązań o których mowa w zapisach Wytocznych Podrozdział 6.5.2 pkt 3, aczkolwiek innych niż przykładowo wymienione w tej regulacji. Podkreślenia wymaga, iż katalog zawarty w Wytocznych ma charakter otwarty, na co wskazuje zwrot „w szczególności”. Wystąpienie powiązań pomiędzy osobą wykonującą w imieniu Beneficjenta czynności związane z procedurą wyboru Wykonawcy (czy też osobą upoważnioną do reprezentacji Beneficjenta) a Wykonawcą

powoduje, że – według IZ RPO WZ – nie można mówić o niebudzącej wątpliwości bezstronności Beneficjenta podczas przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, że Beneficjent dokonał wyboru Wykonawcy zamówienia – R.A. Sp. z o.o. za pośrednictwem P. M. S., która we wcześniejszym okresie była udziałowcem w Spółce wybranej jako Wykonawca, a następnie brała udział w przygotowaniu i rozstrzygnięciu postępowania ofertowego, którego warunki ustalono w sposób preferencyjny wobec wybranego Wykonawcy. Tym samym wątpliwości może też budzić czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zachowana została zasada przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, które to zasady mają na celu wybór najlepszej oferty. W tym miejscu mając na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta dotyczące przedmiotowego naruszenia, a odnoszące się do aktów prawa krajowego, należy dodać, iż cytowane Wytyczne wprowadzają autonomiczne postanowienia dotyczące zakazu udzielania zamówienia podmiotom powiązanym, niezależne od przywołanych przez Beneficjenta aktów prawa krajowego i związane są one bezpośrednio z zasadami kwalifikowalności wydatków.

Jak już wskazywano według zaś art. 14 ust. 4 a) rozporządzenia nr 651/2014, za koszty kwalifikowalne uznaje się koszty inwestycji w rzeczowe aktywa trwałe oraz wartości niematerialne i prawne. A zgodnie z art. 14 ust. 8 c) w/w rozporządzenia, wartości niematerialne i prawne kwalifikują się do obliczania kosztów inwestycyjnych, jeżeli zostają nabyte na warunkach rynkowych od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą.

W związku z powyższym Beneficjent wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Regulaminie i Wytycznych (procedurach o których mowa w art. 184 ufp) oraz przepisach prawa, tj. art. 14 ust. 8 c) rozporządzenia nr 651/2014 w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia z dnia 03 września 2015 r., szkodząc interesowi Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) i narażając jej budżet na straty. Wystąpienie powiązań pomiędzy osobą wykonującą w imieniu Beneficjenta czynności związane z procedurą wyboru Wykonawcy (czy też osobą upoważnioną do reprezentacji Beneficjenta) a Wykonawcą, mogło doprowadzić do naruszenia zasady bezstronności, przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania, a więc podstawowych zasad dla całego systemu zamówień publicznych gwarantujących sprawiedliwy wybór najlepszego Wykonawcy i oferty.

Ponadto w wyniku czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach 18–19 października 2018 r., jak już wspomniano, w rezultacie przeprowadzonego w związku z realizacją projektu postępowania ofertowego na zakup systemu informatycznego, IZ RPO WZ stwierdziła nieprawidłowość w obszarze poprawności opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z punktem 1 Podrozdziału 3.1 Zasad i punktem 1 Podrozdziału 6.5 Wytycznych, Beneficjent był zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. zł netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Spełnienie powyższych wymogów następuje w drodze zastosowania Pzp albo zasady konkurencyjności. Ponadto odpowiednio w punkcie 5 Podrozdziału 3.4 Zasad i punkcie 5 Podrozdziału 6.5.2 Wytycznych wskazano, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe sprowadza się do określenia przez Zamawiającego wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy Wykonawca był w stanie zidentyfikować czego Beneficjent oczekuje. Innymi słowy, opis przedmiotu zamówienia powinien być szczegółowy, obiektywny, uwzględniać wszystkie elementy istotne i nie powodować problemów interpretacyjnych.

W piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r. Beneficjent wskazał, iż parametry techniczne i wymogi jakościowe wobec zamówienia zostały przez niego sformułowane na tyle konkretnie na ile to możliwe.

Organ nie podziela tego twierdzenia, uznając, że Beneficjent nie zawarł wyczerpującego opisu świadczenia, jakiego oczekiwał od Wykonawców. W dniu 15 marca 2018 r. Beneficjent ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin”, ale w opisie przedmiotu zamówienia nie scharakteryzowano przedmiotu dostawy w sposób, który umożliwiłby ustalenie czy Beneficjent oczekuje udzielenia licencji na oprogramowanie (oraz ewentualnie jej rodzaju), czy przeniesienia autorskich praw majątkowych. Wśród załączników do ogłoszenia zamieszczono wzór umowy kupna–sprzedaży, która jedynie w

sposób ogólny charakteryzowała prawa i obowiązki przyszłych Stron umowy. Zgodnie z zapisami zawartymi w Biznes planie, oprogramowanie miało być oprogramowaniem dedykowanym, jednakże zapytanie ofertowe nie odnosiło się do kwestii praw autorskich, zasad wdrożenia systemu, możliwości jego rozwijania, aktualizacji, usług serwisowych i innych aspektów charakterystycznych dla nabycia systemów informatycznych.

Tym samym należy stwierdzić, iż wystąpiły wszystkie przesłanki ziszczenia się definicji nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013. Naruszenie prawa (Zasad oraz Wytycznych, czyli procedur o których mowa w art. 184 ufp) wynikające z zaniechania podmiotu gospodarczego (Beneficjenta) doprowadziło do wystąpienia szkody potencjalnej, jako że doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy (naruszono zatem też art. 44 ust. 3 ufp) gdyby Beneficjent prawidłowo udostępnił wszystkie informacje w opisie przedmiotu zamówienia. Nieujęcie w opisie szczegółów istotnych do zrozumienia przez Wykonawców potrzeb Zamawiającego mogło skutkować powstaniem trudności w wycenie przedmiotu zamówienia, co mogło przyczynić się do rezygnacji ze złożenia oferty przez część potencjalnych Wykonawców lub do złożenia oferty z zawyżoną ceną, mającą służyć zniwelowaniu niepewności co do zakresu przedmiotu zamówienia. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży na Zamawiającym. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać potencjalnym Wykonawcom zidentyfikowanie bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji, jak również pozwalać na rzetelne skalkulowanie ceny przedstawionej w ofercie. Tym samym w związku z niewłaściwym sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia, które to naruszenie spowodowało potencjalną szkodę w budżecie unijnym, zasadnym jest zastosowanie dla stwierdzonej nieprawidłowości stawki pomniejszenia w podstawowej wysokości 10% określonej w poz. 21 załącznika do Rozporządzenia (niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia rozumiany jako opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niezrozumiałych i niedostatecznie dokładnych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty).

Przechodząc do kolejnego naruszenia, tj. zastosowania przez Beneficjenta jako Zamawiającego dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia, należy wskazać, iż w punkcie 5 Podrozdziału 3.4 Zasad i punkcie 5 Podrozdziału 6.5.2 Wytycznych, sformułowano zakaz opisywania przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie do określonego wyrobu, źródła, znaków towarowych, patentów lub specyficznego pochodzenia, chyba że jest ono uzasadnione przedmiotem zamówienia i dopuszczono rozwiązania równoważne. W przypadku dopuszczenia rozwiązań równoważnych, w celu spełnienia wymogu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, powinien zostać określony zakres równoważności.

Jak ustalił organ, w niniejszej sprawie w opisie przedmiotu zamówienia zawarty został warunek współpracy zamawianego oprogramowania z terminalem N. G., którego jedynym dystrybutorem w Polsce jest Beneficjent, a który służył jako podstawa sprzętowa funkcjonowania systemu zakupionego w ramach projektu. Jedyne Wykonawca, który przedstawił swoją ofertę w postępowaniu, tj. R.A. Sp. z o.o. dysponował gotowym produktem współpracującym z terminalem N. G., Wykonawca dysponował również A., które dopiero miało zostać udostępnione innym potencjalnym oferentom, w związku z czym jedynie R.A. Sp. z o.o. mógł wytworzyć oprogramowanie o wymaganej specyfikacji w okresie 27 marca 2018 r. – 15 czerwca 2018 r., tj. między terminem składania ofert a wymaganym terminem zakończenia wykonania zamówienia.

Beneficjent, w piśmie z dnia 09 listopada 2018 r. potwierdził, iż wytworzenie oprogramowania o wymaganej specyfikacji nie było możliwe w okresie 27 marca 2018 r. – 15 czerwca 2018 r. Podał również, że sprzedawca dysponował API, które dopiero miało zostać udostępnione innym potencjalnym oferentom.

Ponadto wyjaśnił w piśmie z dnia 30 listopada 2018 r., że system zakupiony od R.A. Sp. z o.o. przed datą ogłoszenia zapytania ofertowego współpracował z terminalem N. G. Jak podał Beneficjent, w związku z realizacją projektu zakupiono prawa do wartości niematerialnych i prawnych wynikających z istniejącego i działającego na rynku programu komputerowego o specyfikacji zgodnej z zamówieniem i współpracującego z terminalami N. G. Poza tym przy sporządzaniu charakterystyki

oprogramowania (w tym rozwiązań technologicznych) w dokumentacji aplikacyjnej oraz w zapytaniu ofertowym uwzględniono specyfikę oprogramowania opracowanego przez R.A. Sp. z o.o., w tym technologie, które zostały wykorzystane przy jego wykonaniu.

W zastrzeżeniach do wyników kontroli z dnia 30 kwietnia 2019 r. Beneficjent wskazał, że przy konstruowaniu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Warunkiem zapewnienia konkurencji jest natomiast wyeliminowanie sytuacji, w których uniemożliwia się z góry niektórym podmiotom wzięcie udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach Zamawiającego. Beneficjent podkreślił, że w skierowanym do nieograniczonego grona oferentów zapytaniu ofertowym nie posłużono się sformułowaniami, które mogłyby wskazywać na konkretnego Wykonawcę lub które uniemożliwiłyby złożenie ofert przez konkretnych Wykonawców. Wyjaśniono również, że wymagania techniczne i jakościowe przedmiotu zamówienia zostały sformułowane precyzyjnie oraz że konieczne było posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia słownictwem i terminami branżowymi. W dalszej kolejności Beneficjent zaznaczył, że w ramach zamówienia oczekiwano dostawy wytworzonego już programu informatycznego, przy czym biorąc pod uwagę charakterystykę projektu, nie istnieje wielu Wykonawców, którzy byli w stanie dostarczyć gotowe, działające i wprowadzone na rynek rozwiązanie. Zwrócono również uwagę, że niezgodności dotyczące wybranej oferty z zamówieniem nie mają charakteru zasadniczego i nieusuwalnego.

W piśmie z dnia 08 stycznia 2020 r. Beneficjent podał, że Spółka kupując gotowe rozwiązanie powinna dokładnie określić w zamówieniu swoje oczekiwania co do programu, określić technologię, język, dokładnie opisać wymagania dotyczące projektu, tak aby móc go dalej rozwijać w opisanym wniosku o dofinansowanie sposób. Spółka posiadając na stanie tabletofonie G., musiała korzystać z określonych technologii, wykorzystywanych przez terminal G.- tj. technologii m.in. VoIP (rodzina telefonów VoIP to także G. – U., Y., G., P., N.). Terminal, którym dysponuje Merlion Sp. z o.o. różnił się od innych terminali VoIP tym, że jego ekran jest wymiwalnym, przenoszonym, specjalnie przystosowanym dla osób starszych (niełukująca się specjalistyczna obudowa) tabletem, natomiast technologia używana do przekazu danych jest tożsama z innymi występującymi na rynku. Dlatego też w ocenie Beneficjenta w sposób prawidłowy dokonał on opisu przedmiotu zamówienia poprzez dokładne określenie wymogów dotyczących gotowego produktu. Nie ograniczył on grona dostawców, bowiem technologie stosowane w projekcie są ogólnie dostępne dla firm teleinformatycznych, a na rynku występują projekty związane z VoIP. Fakt, że ofertę złożyła tylko jedna firma nie jest zależny od Merlion Sp. z o.o. Z uwagi na tylko jednego oferenta i proponowaną przez niego cenę nieakceptowaną przez Merlion Sp. z o.o., dokonano negocjacji w zakresie ceny produktu gotowego, finalizując obniżenie ceny transakcyjnej.

Mając na względzie powyższe, odnosząc się do kwestii sporządzenia zapytania ofertowego w sposób nawiązujący bezpośrednio do systemu przygotowanego uprzednio przez R.A. Sp. z o.o. należy wskazać, że jego treść, w tym opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu i termin wykonania zamówienia mogły w sposób znaczący wpłynąć na możliwość przystąpienia do postępowania przez potencjalnych Wykonawców. R.A. Sp. z o.o. miał w postępowaniu pozycję korzystniejszą od innych podmiotów, które mogłyby być zainteresowane pozyskaniem zamówienia. Jedyne Wykonawca, który przedstawił swoją ofertę w postępowaniu, tj. R.A. Sp. z o.o. dysponował bowiem gotowym produktem współpracującym z terminalem N. G., którego jedynym dystrybutorem w Polsce jest Beneficjent, a który służył jako podstawa sprzętowa funkcjonowania systemu zakupionego w ramach projektu. Wykonawca dysponował również A., które dopiero miało zostać udostępnione innym potencjalnym oferentom. Ponadto przy sporządzaniu charakterystyki oprogramowania (w tym rozwiązań technologicznych) w dokumentacji aplikacyjnej oraz w zapytaniu ofertowym uwzględniono specyfikę oprogramowania opracowanego przez R.A. Sp. z o.o., w tym technologie, które zostały wykorzystane przy jego wykonaniu. Sprostanie oczekiwaniom Beneficjenta wymagałoby stworzenia przez innych Wykonawców oprogramowania w ściśle określonych technologiach, co nie było możliwe w okresie założonym przez Beneficjenta. Nie dało się wytworzyć oprogramowania o wymaganej specyfikacji pomiędzy dniem 27 marca 2018 r. a dniem 15 czerwca 2018 r., tj. pomiędzy terminem składania ofert, a wymaganym terminem zakończenia wykonania zamówienia. Beneficjent planował nabyć gotowe, działające, wprowadzone na rynek rozwiązanie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż sam Beneficjent w wyjaśnieniach złożonych na etapie oceny projektu (pytania nr 3 i 7 zawarte w piśmie IZ RPO WZ z dnia 22 września 2017 r.) wskazywał na istnienie konkurencyjnych możliwości zarówno w zakresie rozwiązań teleinformatycznych („Projekt rozwiązań teleinformatycznych związanych z teleopieką, oparty na chmurze obliczeniowej stworzyły firmy R.A. K., M. B., P. G., C. K., S. W., S. W., P. P. W., wszystkie one mają podobny „motor” lecz produkty końcowe są różne (...”), jak i urzędzeń („Firma Merlion (...) pracuje nad dostosowaniem do naszej idei terminali innych producentów niż N. Pracujemy nad terminalem G., U. (rynek amerykański), naszym celem jest stworzenie projektu własnego terminala potrzebnej nam funkcjonalności”).

Ponieważ w analizowanym przypadku opis przedmiotu zamówienia nawiązywał, wbrew zapisom Wytycznych i Zasad (naruszenie procedur, o których mowa w art. 184 ufp), bezpośrednio do systemu przygotowanego przez R.A. Sp. z o.o., IZ RPO WZ stwierdziła w prowadzonym postępowaniu administracyjnym w przedmiocie zwrotu środków, iż doszło do zastosowania dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia rozumianego jako opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który odnosi się do określonego wyrobu, źródła, znaków towarowych, patentów lub specyficznego pochodzenia (chyba, że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i dopuszczono rozwiązania równoważne), dla której to nieprawidłowości IZ RPO WZ zastosowała podstawową 25% stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych zgodnie z poz. 20 załącznika do Rozporządzenia. Opis przedmiotu zamówienia nie powinien bezzasadnie ograniczać dostępu do wykonania zamówienia Wykonawcom obiektywnie zdolnym do jego realizacji. Swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych Wykonawców. Postanowienia zapytania ofertowego zostały natomiast stworzone, w sprzeczności zarówno z wymogami dotyczącymi tworzenia opisu przedmiotu zamówienia, jak i z przywołanymi wcześniej wyjaśnieniami złożonymi na etapie oceny wniosku o dofinansowanie, w sposób preferencyjny w stosunku do oprogramowania stworzonego przez R.A. Sp. z o.o. Zaś co istotne na każdym etapie postępowania Wykonawcy traktowani byli jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Naruszenie przez Beneficjenta zasady konkurencyjności i równego traktowania Wykonawców mogło doprowadzić do wystąpienia szkody w budżecie UE przez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego, aniżeli mogłoby być to konieczne (art. 44 ust. 3 ufp).

Ponadto IZ RPO WZ uznała, że w trakcie prowadzonego przez Beneficjenta postępowania pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” doszło do naruszenia zasady konkurencyjności w zakresie kryteriów oceny ofert.

Według Podrozdziału 3.4 pkt 9 d Zasad oraz Podrozdziału 6.5.2 pkt 9 d Wytycznych, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości Wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej oraz doświadczenia.

Jak ustalono w wyniku czynności kontrolnych przeprowadzonych w dniach 18–19 października 2018 r. Beneficjent jako Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

- cena – waga 60%,
- doświadczenie (wiedza i doświadczenie) – waga 40%.

Zgodnie z zapisami zapytania ofertowego kryterium pn. „doświadczenie” (wiedza i doświadczenie) oceniane miało być poprzez ocenę adekwatności przedstawionych czterech przykładowych zleceń zrealizowanych przez Wykonawców oraz ocenę rekomendacji Zleceniodawców.

Ponadto jak wynika z zapytania ofertowego, warunkiem udziału w postępowaniu postawionym przez Zamawiającego było m.in. posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia w/w wymogu oferenci zobowiązani byli wykazać udział w ostatnich 3 latach od daty publikacji zapytania ofertowego:

- w min. 3 projektach teleinformatycznych realizujących zagadnienia teleopieki na terenie Polski oraz
- w min. 1 międzynarodowym projekcie teleinformatycznym realizującym zagadnienia teleopieki.

W celu spełnienia powyższych wymogów oferenci zobowiązani byli do potwierdzenia faktu posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia poprzez wypełnienie załącznika nr 1 do zapytania ofertowego, tj. wykazu doświadczenia i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.

Na skutek powyższego stwierdzono, że Beneficjent dokonywał oceny ofert przez pryzmat opisywanego kryterium w oparciu o dokumenty, które świadczyć miały o spełnieniu przez określony podmiot warunków udziału w postępowaniu.

Beneficjent w piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r. stanowiącym zastrzeżenia do wyników kontroli wyjaśnił, że kryterium posiadania wiedzy i doświadczenia jest powszechnie stosowane dla zamówień dotyczących programów komputerowych. Wskazał, że możliwe jest określenie w postępowaniu własnego katalogu kryteriów oceny ofert, które nie będą miały charakteru dowolnego i uznaniowego. Podkreślił także, że posłużenie się kryteriami odnoszącymi się do wiedzy i doświadczenia ograniczało ryzyko wyboru Wykonawcy, który mógłby okazać się niezdolny do wykonania zamówienia. Beneficjent zwrócił uwagę, że w trakcie postępowania nie otrzymał jakichkolwiek pytań co do kryteriów oceny ofert i opisu przyznawania punktacji za ich spełnienie. Podał też, że przysługiwało mu uprawnienie do skorzystania ze zwolnienia lub ograniczenia stosowania procedur zamówień, gdyż przedmiot zamówienia objęty był ochroną praw wyłącznych, w tym praw własności intelektualnej.

W tym miejscu, mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, należy wskazać, iż decyzja o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert należy do Beneficjenta, który przy ich wyborze powinien kierować się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach. Podkreślenia wymaga, iż określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż Zamawiający nie może stosować, dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Z powyższym korespondują postanowienia Zasad (Podrozdział 3.4 pkt 9 d) i Wytycznych (Podrozdział 6.5.2 pkt 9 d) zgodnie z którymi kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości Wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej oraz doświadczenia. Niedopuszczalne jest więc stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takiego kryterium oceny ofert jak doświadczenie, które ma charakter podmiotowy i nie dotyczy jakichkolwiek aspektów lub etapów cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług. Kryteriami oceny ofert mogą być natomiast kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jednakże tylko wtedy, gdy mogą mieć znaczący wpływ na jakość jego wykonania. Przyjęte przez Beneficjenta kryterium pozostaje więc w tym zakresie w sprzeczności z wymaganiami postawionymi wobec podmiotów udzielających zamówień.

Warto dodać, że realizacja intencji odnoszących się do zmniejszenia ryzyka udzielenia zamówienia Wykonawcy, który może okazać się niezdolny do wykonania zamówienia, jest możliwa poprzez zastosowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu, które mogą służyć weryfikacji podmiotu pod kątem jego wiedzy i doświadczenia, w odróżnieniu do kryteriów oceny ofert które powinny być ściśle związane z przedmiotem zamówienia (nie Wykonawcą). Zaś co do możliwości ograniczenia lub niestosowania procedur odnoszących się do udzielania zamówień, należy wskazać, iż w ocenie IZ RPO WZ, Beneficjentowi nie przysługiwało uprawnienie do skorzystania ze zwolnienia od stosowania procedur, które określono w Podrozdziale 3.1 pkt 9 b tiret ii Zasad. W w/w punkcie wskazano, że możliwe jest niestosowanie procedur określonych w Rozdziale 3 Zasad przy udzielaniu zamówień m.in. w przypadku, gdy zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego Wykonawcę z jednego z następujących powodów: 1) brak konkurencji ze względów technicznych o obiektywnym charakterze, 2) przedmiot zamówienia jest objęty ochroną praw wyłącznych, w tym praw własności intelektualnej. Wyłączenie może być zastosowane, o ile nie istnieje rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężania parametrów zamówienia. W opinii IZ RPO WZ zarówno z dokumentacji aplikacyjnej, jak i wyjaśnień złożonych na etapie oceny wniosku o dofinansowanie, nie wynika, aby zachodziła przesłanka możliwości realizacji zamówienia tylko przez jednego Wykonawcę. IZ RPO WZ nie dostrzega okoliczności, które uzasadniałyby możliwość wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego Wykonawcę i nie stanowiłyby jednocześnie sztucznego zawężenia konkurencji. Z kolei sam fakt objęcia przedmiotu zamówienia ochroną praw wyłącznych nie uprawnia jeszcze do odstąpienia od stosowania procedur - takie podejście skutkowałoby bowiem wyłączeniem stosowania zasady konkurencyjności w przypadku

nabywania oprogramowania, co nie znajduje uzasadnienia wobec istnienia w tym zakresie konkurencji na rynku.

Zastosowanie niewłaściwego kryterium oceny ofert stanowi nieprawidłowość przewidzianą w poz. 12 załącznika do Rozporządzenia (określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert rozumiane jako nieuprawnione określenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości Wykonawcy), dla której IZ RPO WZ ustaliła podstawową stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych na poziomie 25%.

Należy dodać, że wedle Podrozdziału 3.4 pkt 9 b Zasad, a także Podrozdziału 6.5.2 pkt 9 b Wytucznych, kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia powinny być formułowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, przy czym każde kryterium i opis jego stosowania musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł je interpretować w jednakowy sposób. Powyższe oznacza, że opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i, niepozostawiający swobody interpretacji, w tym celu, aby Wykonawcy nie mieli możliwości formułowania ofert w sposób niejednoznaczny, co z zasady wykluczałoby możliwość uzyskania obiektywnej porównywalności ofert.

W analizowanym przypadku, niezależnie od faktu, że zastosowanie kryterium odnoszącego się do doświadczenia Wykonawcy było niedopuszczalne o czym była mowa powyżej, należy zauważyć że Zamawiający nie określił właściwie w jaki sposób dokonywana będzie ocena adekwatności zleceń i rekomendacji Zleceniodawców. Z literalnego brzmienia opisu kryterium wynika, że będzie miało to charakter uznaniowy. Merlion Sp. z o.o. nie dokonał opisu stosowania kryterium pn. „doświadczenie” (wiedza i doświadczenie) w sposób jednoznaczny i precyzyjny, tak żeby każdy oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować kryterium w jednakowy sposób.

Mając na względzie treść § 6 Rozporządzenia, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której nie określono w załączniku stawki procentowej stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnej. W przedmiotowym przypadku naruszenia procedur określonych w art. 184 ufp poprzez naruszenie Zasad i Wytucznych, najbliższą rodzajowo jest kategoria określona w poz. 12 załącznika do Rozporządzenia (ustalenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców), dla której podstawowa stawka procentowa pomniejszenia wynosi 25%, i taką też IZ RPO WZ zastosowała.

W związku z przyjętym przez Beneficjenta niedozwolonym kryterium oceny ofert odnoszącym się do właściwości Wykonawcy (doświadczenie) oraz zastosowaniem kryterium pn. „doświadczenie” w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, doszło do ograniczenia konkurencyjności co mogło mieć wpływ na wysokość poniesionych przez Beneficjenta wydatków w związku z realizowanym projektem, a w rezultacie spowodować potencjalną szkodę w budżecie UE. Zapewnienie konkurencyjności umożliwia bowiem Zamawiającemu wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty i poniesienie wydatków zgodnie z art. 44 ust. 3 ufp.

Poza tym IZ RPO WZ w wyniku weryfikacji prawidłowości przeprowadzonego przez Beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” stwierdziła wystąpienie nieprawidłowości polegającej na braku pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriach oceny ofert.

Jak już wskazywano, zgodnie z zapisami zapytania ofertowego warunkiem udziału w postępowaniu postawionym przez Zamawiającego było m.in. posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Oferenci zobowiązani byli w celu potwierdzenia faktu posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia wykazać udział w ostatnich 3 latach od daty publikacji zapytania ofertowego w min. 3 projektach teleinformatycznych realizujących zagadnienia teleopieki na terenie Polski oraz w min. 1 międzynarodowym projekcie teleinformatycznym realizującym zagadnienia teleopieki.

Zgodnie z Zasadami (Podrozdział 3.4 pkt 8) i Wytuczniymi (Podrozdział 6.5.2 pkt 8), warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich

spełniania, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Jak wynika z Zasad (Podrozdział 3.4 pkt 8), weryfikacja podmiotu może odbywać się na płaszczyźnie:

- a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
- b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- c) zdolności technicznej lub zawodowej.

Opisanie w/w warunków w sposób wyraźny i precyzyjny pozwoli na weryfikację podmiotów na tym samym polu działania, co w konsekwencji umożliwi wyłonienie i wybór Wykonawcy najkorzystniejszego spośród tych, którzy spełniają warunki, a tym samym będą zdolni do wykonania zamówienia.

W niniejszej sprawie, w ocenie IZ RPO WZ dokonanej w toku czynności kontrolnych w dniach 18–19 października 2018 r., którą organ podziela po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, warunki udziału w postępowaniu nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Należy wskazać, że Beneficjent w zapytaniu ofertowym nie określił co oznacza „udział w projektach teleinformatycznych”. Nie jest w szczególności jasne czy Zamawiający chciał dokonać weryfikacji liczby wytworzonych lub wdrożonych systemów informatycznych (co byłoby związane z przedmiotem zamówienia) czy wyłącznie udziału w projektach teleinformatycznych. Jeśli Zamawiający zamierzał dokonać weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez uwzględnienie udziału w projektach teleinformatycznych realizujących zagadnienia teleopieki, to stwierdzić należy, iż zabrakło określenia jaki charakter miał mieć wymagany udział, w szczególności czy Wykonawca powinien być w okresie trzech lat przed datą opublikowania zapytania wykonać/wdrożyć narzędzie informatyczne (system informatyczny) czy np. świadczyć usługi z zakresu teleopieki.

Beneficjent w piśmie z dnia 30 kwietnia 2019 r. wyjaśnił, że warunki udziału w postępowaniu nie miały dotyczyć przedsiębiorstw prowadzących usługi z zakresu teleopieki, ale Wykonawców posiadających w swojej ofercie programy je wspomagające. Wskazał, że zapytanie ofertowe kierowano do podmiotów działających w branży teleinformatycznej oraz że na rynku nie występują firmy opiekuńcze, które są w stanie samodzielnie wytworzyć profesjonalne programy informatyczne. Ponadto podał, że nie wpłynęły do niego żadne zapytania dotyczące warunków przetargu.

Odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta należy stwierdzić, że wprawdzie logiczne jest powiązanie warunku udziału w postępowaniu z charakterystyką przedmiotu zamówienia, jednak niezbędne jest zachowanie przy ich formułowaniu należytego stopnia precyzji, aby możliwe było ich prawidłowe odczytanie przez podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniu. W analizowanym przypadku Zamawiający w zapytaniu ofertowym nie określił co należy rozumieć pod pojęciem „udział w projektach teleinformatycznych”, co pozwalało na szeroką interpretację postawionego warunku. W odniesieniu do przedstawionej przez Beneficjenta w wyjaśnieniach interpretacji należy podkreślić, że Beneficjent formułując postanowienia zapytania ofertowego nie zdecydował się wprost powiązać postawionego warunku z dostawą lub wdrożeniem programu informatycznego służącego do świadczenia usług teleopieki. Warto też zwrócić uwagę, że brak zapytań ze strony potencjalnych oferentów nie powinien być w tym kontekście odczytywany jako sprostanie właściwym w tym zakresie wymaganiom.

Podsumowując, Beneficjent formułując warunki udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, naruszył zapisy Zasad i Wytocznych (procedur, o których mowa w art. 184 ufp), powodując potencjalną szkodę w budżecie unijnym. Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu i nie podlega modyfikacji w toku. Nieprecyzyjne określenie warunku udziału w postępowaniu powoduje, że Zamawiający pozbawia się możliwości obiektywnego i nienaruszającego uczciwej konkurencji sposobu oceny postawionego przez siebie warunku. Brak dostatecznego skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu powoduje w konsekwencji również subiektywną ocenę przez Zamawiającego jego spełnienia. Przede

wszystkim jednak Wykonawcy muszą mieć możliwość w sposób niebudzący wątpliwości zweryfikować czy warunki spełniają, sytuacja pozostawiająca wątpliwości w tym zakresie może skutecznie zniechęcić do udziału w takim postępowaniu i wpłynąć na ostateczny krąg oferentów i tym samym cenę jaką przyjdzie Zamawiającemu zapłacić, prowadząc do naruszenia art. 44 ust. 3 ufp. Tym samym w związku ze stwierdzonym naruszeniem IZ RPO WZ ustaliła stawkę procentową pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w podstawowej wysokości 25% zgodnie z poz. 11 załącznika do Rozporządzenia (brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriach oceny ofert, który uniemożliwia potencjalnym Wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego lub wpływa na możliwość wzięcia przez Wykonawcę udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

Przechodząc do kolejnego ze stwierdzonych naruszeń, a mianowicie określenia przez Zamawiającego dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne dotyczące sposobu określenia przez Zamawiającego w postępowaniu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” warunków udziału w postępowaniu, należy ponownie zwrócić uwagę na zapisy Podrozdziału 3.4 pkt 8 Zasad oraz Podrozdziału 6.5.2 pkt 8 Wytucznych, które stanowią, iż „warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, określone są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców”. Jak wynika z powyższego, warunki udziału w postępowaniu powinny być związane z przedmiotem zamówienia, ponadto do niego proporcjonalne, jak i powinny zapewniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców. Powyższe oznacza, że Beneficjent powinien się ograniczyć do minimalnych wymagań, które gwarantują osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania. Jednocześnie określenie warunków powinno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który powinien w tym zakresie stanowić właściwy punkt odniesienia. Powyższe przekłada się na stwierdzenie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ich ustanowienie nie powinno pozbawiać lub zawężać dostępu do zamówienia Wykonawcom, którzy gwarantują jego należyte wykonanie. Beneficjent jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający może zatem określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie Wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. Po pierwsze więc punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku musi być przedmiot zamówienia. Niedozwolone jest takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Za taki w przedmiotowym postępowaniu należy uznać warunek, aby oferenci brali udział w minimum 1 międzynarodowym projekcie teleinformatycznym realizującym zagadnienia teleopieki. Mając na uwadze, że nie określono jednoznacznie co należy rozumieć przez „udział w projekcie”, należy wskazać, że przedmiotowy warunek wprowadza nieuprawnione zastrzeżenie godzące w zasadę równego traktowania i wprowadza elementy dyskryminacyjne w przygotowane postępowanie.

Warunki udziału, które abstrahują od przedmiotu zamówienia lub są ustanowione w sposób nieproporcjonalny, zawsze ograniczają w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, co w przypadku programów realizowanych ze środków unijnych prowadzi do potencjalnej szkody w budżecie UE, gdyż może się przełożyć na wpływ mniejszej liczby ofert i tym samym na wybór oferty mniej korzystnej ekonomicznie (naruszenie art. 44 ust. 3 ufp). Powyższe stanowi nieprawidłowość określoną w poz. 12 załącznika do Rozporządzenia (określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert) rozumianą jako ustalenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia lub który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców), dla której IZ RPO WZ ustaliła podstawową wartość pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych na poziomie 25%.

Odnośnie kolejnego stwierdzonego przez IZ RPO WZ podczas czynności kontrolnych naruszenia polegającego na wyborze oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, należy wskazać, iż w analizowanym postępowaniu wraz z ofertą wybrany Wykonawca R.A. Sp. z o.o. przedstawił dokument pn. „wykaz doświadczenia i dokumentów potwierdzających udział w projektach z zakresu teleopieki”, z którego zgodnie z ustaleniami poczynionymi podczas kontroli wynikało, że jeden z krajowych projektów teleinformatycznych nie został zakończony (Usługi społeczne dla R.). Ponadto treść referencji wystawionych R.A. Sp. z o.o. przez M. M. S. v. T. Ltd. S. z T. nie wskazywała co było przedmiotem świadczenia R.A. Sp. z o.o. Jak już wskazywano, wedle zapisów zapytania ofertowego oferenci zobowiązani byli w celu potwierdzenia faktu posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia wykazać udział w ostatnich 3 latach od daty publikacji zapytania ofertowego w min. 3 projektach teleinformatycznych realizujących zagadnienia teleopieki na terenie Polski oraz w min. 1 międzynarodowym projekcie teleinformatycznym realizującym zagadnienia teleopieki. Zaś zgodnie z Podrozdziałem 6.5.2 pkt 11 b Wytycznych i Podrozdziałem 3.4 pkt 11 b Zasad, w celu spełnienia zasady konkurencyjności należy wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia, złożoną przez Wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny.

Beneficjent w zastrzeżeniach do wyników kontroli z dnia 30 kwietnia 2019 r. wskazał, że brak było podstaw do odrzucenia jedynej oferty złożonej w postępowaniu oraz że niezakończenie jednego z projektów, którego realizacja miała świadczyć o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu nie stało na przeszkodzie dokonaniu pozytywnej weryfikacji oferty w tym zakresie.

Udzielone przez Beneficjenta wyjaśnienia nie dają, w ocenie organu, podstawy do odstąpienia od stwierdzonego w toku czynności kontrolnych naruszenia. Należy stwierdzić, iż warunki udziału w postępowaniu służyć mają wyłonieniu Wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W związku z powyższym ocena spełnienia warunku powinna być dokonana na podstawie umowy, której realizacja została zakończona i możliwe jest pozytywne potwierdzenie jej należytego wykonania. Tym samym w sytuacji, gdy Wykonawca R.A. Sp. z o.o. wraz z ofertą przedstawił dokument pn. „wykaz doświadczenia i dokumentów potwierdzających udział w projektach z zakresu teleopieki”, z którego wynikało, że jeden z krajowych projektów teleinformatycznych nie został zakończony, nie można było dokonać pozytywnej weryfikacji złożonej oferty pod kątem warunku odnoszącego się do udziału w min. 3 projektach teleinformatycznych realizujących zagadnienia teleopieki na terenie Polski. Zaś co do wymogu wykazania się udziałem w min. 1 międzynarodowym projekcie teleinformatycznym realizującym zagadnienia teleopieki, to choć był on nieprawidłowy na co wskazywano już w niniejszej decyzji, to został on postawiony, zaś Beneficjent nie odniósł się w zastrzeżeniach do wyników kontroli do obiekcji IZ RPO WZ dotyczących referencji wystawionych przez M. M. S. v. T. Ltd. S. z T., które nie wskazują co było przedmiotem świadczenia R.A. Sp. z o.o. W rezultacie powyższego IZ RPO WZ po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków uznała, że w sprawie doszło do wyboru oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, co stanowi nieprawidłowość, dla której organ zastosował 25% podstawową stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych stosownie do poz. 24 załącznika do Rozporządzenia.

Omawiając stwierdzone przez IZ RPO WZ podczas czynności kontrolnych naruszenie w postaci niedozwolonej zmiany postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin”, należy wskazać co następuje.

Jak wynika ze stanu faktycznego, w analizowanej sprawie Zamawiający w zapytaniu ofertowym stanowiącym załącznik do ogłoszenia o zamówieniu określił termin wykonania przedmiotu zamówienia na dzień 15 czerwca 2018 r. Zaś zgodnie z postanowieniem § 3 umowy kupna–sprzedaży z dnia 04 kwietnia 2018 r. zawartej z wybranym Wykonawcą, wydanie przedmiotu umowy miało nastąpić do dnia 15 kwietnia 2018 r. do godz. 16:00. Odbioru oprogramowania dokonano jednak w dniu 30 czerwca 2018 r. (protokół odbioru–końcowy z dnia 30 czerwca 2018 r.), tj. w terminie wykraczającym nie tylko poza wyznaczony w umowie, ale też zapytaniu ofertowym (15 czerwca 2018 r.).

Zgodnie z Wytycznymi (Podrozdział 6.5.2 pkt 22 a) i Zasadami (Podrozdział 3.4 pkt 22 a) nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość

dokonania takiej zmiany w zapytaniu ofertowym oraz określił warunki takiej zmiany, o ile nie prowadzą one do zmiany charakteru umowy.

W zastrzeżeniach Beneficjenta do wyników kontroli z dnia 30 kwietnia 2019 r., wyjaśnił on, że daty odbioru są zgodne z wnioskiem o dofinansowanie, także faktury zakupu poszczególnych elementów programu zostały zrealizowane przez datą 15 czerwca 2018 r., co świadczy o wydaniu (protokoły przejęcia) wdrożonego, zaimplementowanego, w pełni działającego programu. Dnia 30 czerwca 2018 r. dokonano odbioru zmodyfikowanego o dodatkowe funkcje programu, zgodnie z wnioskiem (protokół z odbioru Beneficjent określił jako dokument o charakterze wewnętrznym). Żadne terminy, według Beneficjenta, nie zostały zmienione ani przekroczone. Również w piśmie z dnia 08 stycznia 2020 r. Beneficjent stwierdził, iż projekt zrealizowano bez zmian postanowień umowy. Wszelkie odbiory oraz fakturowanie były zgodne ze stanem rzeczywistym i projektowym.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż w umowie sporządzonej według wzoru stanowiącej załącznik do zapytania ofertowego nie określono innych dat, aniżeli 15 kwietnia 2018 r. A ponadto należy zauważyć, że protokół odbioru–końcowy z dnia 30 czerwca 2018 r. nie ma wyłącznie charakteru dokumentu wewnętrznego, ponieważ stanowi adresowane do dostawcy oświadczenie w zakresie odbioru systemu zawierające informację o wyniku przeprowadzonych testów. Nie stwierdzono jednocześnie, aby wystąpiły określone w zapytaniu ofertowym przesłanki umożliwiające dokonanie zmian postanowień umowy zawartej z dostawcą (Beneficjent nie wykazał takowych), a mianowicie aby:

- a) nastąpiła zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy,
- b) otrzymano decyzję jednostki finansującej projekt zawierającą zmiany zakresu zadań, terminów realizacji czy też ustalającą dodatkowe postanowienia zobowiązujące Zamawiającego,
- c) wystąpiły obiektywne przyczyny niezależne od Zamawiającego lub Wykonawcy,
- d) wystąpiła siła wyższa.

W związku z naruszeniem procedur poprzez powodujące potencjalną szkodę dla budżetu UE naruszenie Wytucznych i Zasad w przytoczonym zakresie, zaistniała nieprawidłowość określona w poz. 28 załącznika do Rozporządzenia (niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia, tj. dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu), dla której wartość pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych organ ustalił na podstawowym poziomie 25%. Termin wykonania przedmiotu zamówienia może mieć wpływ na decyzje potencjalnych Wykonawców co do wzięcia udziału w postępowaniu.

Przechodząc do ostatniego ze stwierdzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” naruszeń, tj. wystąpienia konfliktu interesów, należy wskazać, iż szczegółowy opis zastrzeżeń, sformułowanych podczas czynności kontrolnych oraz potwierdzonych w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie zwrotu środków, decydujących o zaistnieniu wskazanego naruszenia, został zamieszczony przy opisie naruszenia dotyczącego naruszenia zasad kwalifikowalności wydatków w zakresie warunku nabycia wartości niematerialnej i prawnej na warunkach rynkowych od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą. Uzupełniająco należy jedynie dodać, iż uregulowanie analogiczne do Podrozdziału 6.5.2 pkt 2 a i b Wytucznych, a mianowicie, iż:

- a) zamówienia nie mogą być udzielane podmiotom powiązanim z Beneficjentem osobowo lub kapitałowo (z opisanymi w w/w dokumentach wyjątkami, które w analizowanym przypadku nie występują);
- b) osoby wykonujące w imieniu Zamawiającego czynności związane z procedurą wyboru Wykonawcy, w tym biorące udział w procesie oceny ofert, nie mogą być powiązane osobowo lub kapitałowo z Wykonawcami, którzy złożyli oferty. Powinny być to osoby bezstronne i obiektywne.

znalazło odzwierciedlenie również w Podrozdziale 3.4 pkt 2 a i b Zasad. Podobnie swoje odzwierciedlenie w Zasadach znalazła definicja powiązań kapitałowych i osobowych. Tożsame zapisy wskazujące, iż przez w/w należy rozumieć wzajemne powiązania pomiędzy Beneficjentem lub

osobami upoważnionymi do zaciągania zobowiązań w imieniu Beneficjenta lub osobami wykonującymi w imieniu Beneficjenta czynności związane z przeprowadzeniem procedury wyboru Wykonawcy a Wykonawcą, zostały zawarte w Podrozdziale 6.5.2 pkt 3 Wytycznych oraz Podrozdziale 3.4 pkt 3 Zasad. Podobnie Zasady (Podrozdział 3.1 pkt 1), jak i Wytyczne (Podrozdział 6.5 pkt 1) zobowiązują Beneficjenta do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Rezultatem wystąpienia powiązań, jak już wskazano, opisanych wcześniej szeroko w niniejszej decyzji jest wystąpienie konfliktu interesów dla której to nieprawidłowości IZ RPO WZ zastosowała stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w wysokości 100% określoną w poz. 10 załącznika do Rozporządzenia. Jak już wyjaśniano konflikt interesów mógł doprowadzić do naruszenia zasady bezstronności, przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania, a więc podstawowych zasad dla całego systemu zamówień publicznych gwarantujących sprawiedliwy wybór najlepszego Wykonawcy i oferty.

Przy czym jak już wskazywano, wartość zarówno powyższej korekty finansowej (jak i innych, o których mowa w niniejszej decyzji) zawiera się niejako w kwocie całości wydatków uznanych za niekwalifikowalne w niniejszym projekcie w związku ze stwierdzeniem, iż projekt ma charakter niestacjonarny, a więc w ogóle nie powinien otrzymać dofinansowania w konkursie, a także naruszeniem zasad kwalifikowalności wydatków w zakresie niekorzystania z wartości niematerialnej i prawnej wyłącznie przez Beneficjenta oraz nabycia wartości niematerialnej i prawnej na warunkach rynkowych od osób trzecich powiązanych z nabywcą.

Podsumowując, poczynione w trakcie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków ustalenia dotyczące nieprawidłowości jakich dopuścił się Beneficjent realizując projekt nr RPZP.01.08.00-32-0029/17, należy w pierwszej kolejności wskazać w/w projekt jako niestacjonarny nie kwalifikował się do objęcia wsparciem w ramach naboru nr RPZP.01.08.00-IZ.00-32-001/17. Tym samym Beneficjent naruszył zapis Podrozdziału 1.2 pkt 6 Regulaminu konkursu, a więc „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 184 ufp, co obligowało IZ RPO WZ do dochodzenia zwrotu dofinansowania i uznania całości poniesionych w ramach projektu wydatków za niekwalifikowalne. Projekt pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” nie otrzymałby w ogóle dofinansowania w ramach naboru nr RPZP.01.08.00-IZ.00-32-001/17, gdyby Beneficjent wskazał we wniosku o dofinansowanie, iż projekt będzie zlokalizowany poza obszarem KKBOF. Realizacja przez Beneficjenta projektu niezgodnie z procedurami doprowadziła do wystąpienia szkody rzeczywistej w budżecie unijnym, gdyż środki w wysokości pobranego przez Spółkę dofinansowania IZ RPO WZ mogłaby rozdysponować na dofinansowanie projektów innych Wnioskodawców spełniających podstawowe warunki niezbędne do uzyskania dofinansowania.

Za niekwalifikowalne należało również uznać wydatki w związku z powodującym szkodę w budżecie unijnym naruszeniem przez Beneficjenta art. 14 ust. 8 a) rozporządzenia nr 651/2014 w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzeniem z dnia 03 września 2015 r. oraz Podrozdziału 3.5 pkt 4 ppkt 4 Regulaminu konkursu (procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków, o których mowa w art. 184 ufp), który stanowi, że warunkiem uznania wydatku dotyczącego nabycia wartości niematerialnych i prawnych (w analizowanym przypadku oprogramowanie) jest m.in. ich wykorzystywanie wyłącznie w przedsiębiorstwie otrzymującym pomoc. Warunkiem kwalifikowalności wydatków jest również nabycie wartości niematerialnej i prawnej na warunkach rynkowych od osób trzecich niepowiązanych z nabywcą osobowo lub kapitałowo jak stanowi Podrozdział 3.5 pkt 4 ppkt 4 Regulaminu konkursu, który w analizowanym przypadku także nie został przez Beneficjenta dopełniony. Podobnie jak zapis art. 14 ust. 8 c) rozporządzenia nr 651/2014 w zw. z zapisem § 7 ust. 2 rozporządzenia z dnia 03 września 2015 r.

Pomimo, iż Beneficjent był obowiązany do zwrotu całości otrzymanych środków z uwagi na niekwalifikowalność przedstawionych wydatków w związku ze stwierdzeniem, iż projekt nie ma charakteru stacjonarnego, a zakupione oprogramowanie nie było wykorzystywane wyłącznie przez Beneficjenta i zostało nabyte od osób trzecich powiązanych z nabywcą osobowo lub kapitałowo, należy wskazać, iż IZ RPO WZ z ostrożności przeanalizowała również możliwość obniżenia korekty

finansowej nałożonej w związku z pozostałymi stwierdzonymi naruszeniami procedur. Organ wziął pod uwagę – tam gdzie było to możliwe – zapis § 3 Rozporządzenia zgodnie z którym: „Wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji”. Według § 7 w/w Rozporządzenia: „W przypadku kategorii nieprawidłowości indywidualnych, której w załączniku do rozporządzenia przypisano więcej niż jedną stawkę procentową, zastosowanie stawki procentowej o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej kategorii nieprawidłowości indywidualnych jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest to uzasadnione charakterem i wagą stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej”.

W przypadku naruszenia w postaci wystąpienia konfliktu interesów w postępowaniu, dla którego to organ zastosował 100% stawkę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, w poz. 10 załącznika do Rozporządzenia nie przewidziano możliwości obniżenia stawki. Jednakże możliwość taka zapewniona została w przypadku pozostałych nieprawidłowości, których dopuścił się Beneficjent:

- 1) do wysokości 5% (przy podstawowej 10% stawce pomniejszenia wydatków kwalifikowanych, poz. 21 załącznika do Rozporządzenia) – opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niezrozumiałych i niedostatecznie dokładnych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie;
- 2) do wysokości 10% albo 5%:
  - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który odnosi się do określonego wyrobu, źródła, znaków towarowych, patentów lub specyficznego pochodzenia (25% stawka podstawowa pomniejszenia wydatków kwalifikowanych, poz. 20 załącznika do Rozporządzenia);
  - określenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy, (25% stawka podstawowa pomniejszenia wydatków kwalifikowanych, poz. 12 załącznika do Rozporządzenia);
  - brak opisu stosowania kryterium pn. „doświadczenie” (wiedza i doświadczenie) w sposób jednoznaczny i precyzyjny, tak żeby każdy poprawnie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób dla której przewidziano 25% stawki podstawowej pomniejszenia wydatków kwalifikowanych, poz. 12 załącznika do Rozporządzenia w zw. z § 6 Rozporządzenia);
  - brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriach oceny ofert, który uniemożliwia potencjalnym wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego lub wpływa na możliwość wzięcia przez wykonawcę udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (25% podstawowa stawka pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, poz. 11 załącznika do Rozporządzenia);
  - określenie dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (25% podstawowa stawka pomniejszenia wydatków kwalifikowanych, poz. 12 załącznika do Rozporządzenia);
  - wybór oferty Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu stanowi nieprawidłowość (25% stawka podstawowa pomniejszenia wydatków kwalifikowanych, poz. 24 załącznika do Rozporządzenia);
  - niedozwolona zmiany postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia (25% stawka podstawowa pomniejszenia wydatków kwalifikowanych, poz. 28 załącznika do Rozporządzenia).

Jednakże waga i charakter naruszenia oraz szkoda dla budżetu unijnego nie dają, w ocenie organu podstawy do zmniejszenia powyższych podstawowych stawek procentowych. W analizowanym przypadku istnieje prawdopodobieństwo, że gdyby Beneficjent sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób poprawny, nie zastosował niedopuszczalnego kryterium oceny ofert (co do którego nie sporządzono również prawidłowego opisu jego stosowania), prawidłowo sformułował warunki udziału w postępowaniu, poprawnie ocenił złożoną ofertę pod kątem wymagań postawionych przed

Wykonawcami, nie dokonał zmiany terminu dostawy określonego w zapytaniu ofertowym oraz nie udzielił zamówienia w warunkach konfliktu interesów, do udziału w procedurze konkurencyjnej nie tylko przystąpiliby inni Wykonawcy, którzy mogliby zaoferować wykonanie zamówienia w niższej cenie, ale też w szczególności nie doszłoby do udzielenia zamówienia R.A. Sp. z o.o. W wyniku poprawnie przygotowanego i przeprowadzonego postępowania Beneficjent mógłby ponieść niższe wydatki na realizację zamówienia. Brak tej poprawności przynajmniej potencjalnie przyczynił się do powstania szkody w budżecie unijnym poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Tym samym z uwagi na nieponiesienie wydatków w sposób oszczędny i niezachowanie zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku Beneficjent dopuścił się również naruszenia art. 44 ust. 3 ufp.

Zatem – mając na względzie zapisy § 9 Rozporządzenia zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych stosuje się korektę finansową o najwyższej wartości – IZ RPO WZ w związku z dopuszczeniem przez Beneficjenta do powstania konfliktu interesów w postępowaniu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin” zastosował stawkę procentową 100% pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

Z uwagi na fakt, iż w niniejszej sprawie nastąpiło naruszenie procedur (art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp) ustalono, iż wszystkie wypłacone Beneficjentowi w ramach projektu środki podlegają zwrotowi, bowiem Beneficjent nie kwalifikował się do objęcia wsparciem, a zatem w ogóle dofinansowanie nie powinno zostać wypłacone, a i naruszono zasady kwalifikowalności wydatków w zakresie niekorzystania z wartości niematerialnej i prawnej wyłącznie przez Beneficjenta oraz nabycia wartości niematerialnej i prawnej na warunkach rynkowych od osób trzecich powiązanych z nabywcą. Beneficjent jest zatem zobowiązany do zwrotu całości wypłaconych w ramach projektu środków w kwocie 308 000,00 zł (nr wniosku, w którym przedłożono wydatek RPZP.01.08.00-32-0029/17-002-02 związany z naruszeniami) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Jednocześnie jak wskazano w wezwaniu do zwrotu środków, kwota do wypłaty ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.01.08.00-32-0029/17-002-02 w wysokości 132 000,00 zł, w związku ze stwierdzonymi naruszeniami, nie zostanie Beneficjentowi wypłacona. Wartość korekty finansowej nałożonej przez IZ RPO WZ, w związku z naruszeniami stwierdzonymi w przeprowadzonym przez Beneficjenta postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawiera się w kwocie całości wydatków uznanych za niekwalifikowalne w niniejszym projekcie

Warto podkreślić, iż wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. Przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację obowiązujących Wytycznych oraz innych norm wynikających z dokumentacji aplikacyjnej, a także 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 są zobowiązani do składania wniosków aplikacyjnych czy podpisania umowy o dofinansowanie. 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 WSA w Krakowie z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt III SA/Kr 750/13).

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z aneksem, wnioski o dofinansowanie, wyniki czynności kontrolnych, korespondencję z Beneficjentem, koniecznym jest wydanie decyzji orzekającej zwrot od Beneficjenta środków, które otrzymał na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.08.00-32-0029/17-00 na realizację projektu pn. „Innowacyjny system wsparcia osób niepełnosprawnych oraz ich opiekunów i rodzin”.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

## Pouczenie

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

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

Zgodnie z art. 52 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2012 r. Prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (Dz. U z 2018 r. poz. 1302 t.j. ze zm.) jeżeli Stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 1% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000,00 zł i nie więcej niż 100 000,00 zł (§ 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) P. M. T. S.  
– pełnomocnik „Merlion” Sp. z o.o.  
ul. R.  
... K.
- 2) a/a