

*Załącznik do uchwały nr 253/18
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 19 lutego 2018 r.*

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

WWRPO.VIII.3162.79.2016.Ała

DECYZJA
Nr WWRPO/2/W/2018

podjęta w dniu 19 lutego 2018 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

*Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,
Ryszard Mićko - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2017 r. poz. 1376 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a, ust. 9 pkt 1 i ust. 12a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 tekst jednolity), art. 38 ust. 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2017 r. poz. 2096 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 tekst jednolity)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Ogrodowej 59 A – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 w dniu 10 czerwca 2014 r. na realizację projektu pn. „Budowa farmy

wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko” w kwocie 738 902,39 zł (słownie: siedemset trzydzieści osiem tysięcy dziewięćset dwa złote 39/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych

– utrzymuje się w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r. w całości.

Uzasadnienie

Beneficjent – PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna (zwana dalej: S.A.) z siedzibą w Warszawie przy ul. Ogrodowej 59 A – w dniu 10 czerwca 2014 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2017 r. poz. 1376 tekst jednolity, zwanej dalej: uzppr) rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 na realizację projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko”, Oś Priorytetowa 4 „Infrastruktura ochrony środowiska”, Działanie 4.1 „Energia odnawialna i zarządzanie energią”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy o dofinansowanie: nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-01 z dnia 10 czerwca 2014 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-02 z dnia 31 lipca 2014 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-03 z dnia 15 grudnia 2014 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-04 z dnia 8 maja 2015 r., nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-05 z dnia 12 lipca 2016 r.

Umowa o dofinansowanie określała szczegółowe zasady dofinansowanie projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie). Ponadto w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent obowiązany był do przestrzegania właściwych przepisów pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego oraz właściwych przepisów prawa polskiego, w tym w szczególności ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: pzp) w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie zarówno do niego jak i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Dodatkowo na podstawie § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie ustalono, że w przypadku naruszenia ustawy pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Rozwoju, zwane dalej: MR), (zwanym dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. Uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 205/13 z dnia 13 lutego 2013 r. oraz uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r. zmieniono uchwałę nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. Z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych, w niniejszej sprawie wzięto pod uwagę Taryfikator o treści ustalonej zmianą z dnia 09 czerwca 2014 r.

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

W trakcie realizacji projektu Beneficjent zamierzał osiągnąć wskaźniki produktu, tj.: uzyskać moc zainstalowanej energii elektrycznej z wiatru na poziomie 10.500 MW oraz wykonać 7 sztuk jednostek wytwarzania energii elektrycznej z wiatru (pkt. C.10. pn. „Mierzalne wskaźniki produktu” wniosku

o dofinansowanie). Natomiast wynikiem realizacji projektu miało być wytworzenie energii elektrycznej o łącznej wartości 134 040,00 MWh (pkt. C.11. pn. „Mierzalne wskaźniki rezultatu” wniosku o dofinansowanie).

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

Po przeprowadzeniu czynności kontrolnych ustalono, iż w ramach postępowania przetargowego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz” Beneficjent naruszył art. 38 ust. 4a pzp dokonując zmiany (modyfikacji) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) poprzez wydłużenie o 12 dni terminu składania ofert w związku z dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ, przy jednoczesnym nieprzekazaniu ogłoszenia dodatkowych informacji o w/w zmianie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (zwanemu dalej: UPUE). Wobec powyższego w projekcie stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11.07.2006 r., ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006 r., ze zm., zwanego dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006), przez którą należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Za wspomniane powyżej naruszenie Taryfikator przewidywał korektę finansową w oparciu w wskaźnik 10% (Tabela nr 1 poz. 17 „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ”). Powyższy wskaźnik zgodnie z w/w Taryfikatorem mógł zostać obniżony w uzasadnionych przypadkach do 5%. Powyższe ustalenia zostały utrwalone w protokole pokontrolnym.

Pismem z dnia 12 czerwca 2015 r. Beneficjent został poinformowany o zakończeniu czynności kontrolnych i stanowisku IZ RPO WZ w zakresie stwierdzonych naruszeń. W odpowiedzi na powyższe Beneficjent pismem z dnia 23 lipca 2015 r. wskazał na rozpoczęcie sporu pomiędzy Beneficjentem, a IZ RPO WZ (zgodnie z § 21 umowy o dofinansowanie). Ponadto Beneficjent zwrócił się do IZ RPO WZ z wnioskiem o ustalenie terminu w celu podjęcia negocjacji.

Beneficjent pismem z dnia 18 sierpnia 2015 złożył wyjaśnienia i przedstawił argumenty dotyczące obniżenia nałożonej korekty finansowej.

IZ RPO WZ podtrzymała ustalenia dotyczące art. 38 ust. 4a pzp zawarte w protokole pokontrolnym oraz w piśmie o zakończeniu czynności kontrolnych z dnia 12 czerwca 2015 r. Mając jednak na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta uznała, iż w sprawie zaistniały przesłanki uzasadniające obniżenie wysokości korekty finansowej za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp do poziomu 5% (pismo IZ RPO WZ z dnia 23 września 2015 r.). Jednocześnie wskazała, że w sytuacji otrzymania ustaleń innych instytucji kontrolnych, odbiegających od ostatecznego stanowiska IZ RPO WZ zawartego w piśmie, zastrzega sobie możliwość ponownej weryfikacji wysokości wskaźnika procentowego nałożonej w kontrolowanym postępowaniu korekty finansowej.

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

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

Następnie IZ RPO WZ pismem z dnia 20 lipca 2016 r., powołując się na pismo z dnia 23 września 2015 r., powiadomiła Beneficjenta o zweryfikowaniu swojego stanowiska w przedmiocie nałożonej korekty. Tym samym PGE Energia Odnawialna S.A. została poinformowana o nałożeniu za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp w postaci dokonania (modyfikacji) SIWZ poprzez wydłużenie o 12 dni terminu składania ofert w związku dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby

oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ przy jednoczesnym nieprzekazaniu ogłoszenia dodatkowych informacji o w/w UPUE, korekty finansowej w oparciu o wskaźnik 10%.

W piśmie z dnia 25 sierpnia 2016 r. IZ RPO WZ wskazała, iż ostateczna wysokość korekty finansowej wyniosła 1 477 804,80 zł. Mając na uwadze dokonane pomniejszenie z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej w wysokości 738 902,40 zł, IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu pozostałej kwoty 738 902,40 zł (1 477 804,80 zł – 738 902,40 zł) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania. Zgodnie z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 2077 tekst jednolity, zwanej dalej: ufp.) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że wykorzystanie środków przekazanych na realizację projektu nastąpiło z naruszeniem procedur Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystywania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie, Wytocznych dla Wnioskodawców, Uszczegółowienia RPO WZ.

Beneficjent w odpowiedzi na w/w wezwanie pismem z dnia 09 września 2016 r. wskazał, iż w jego opinii żądanie zwrotu kwoty 738 902,40 zł jest nieuzasadnione, gdyż w sprawie nie wystąpiły żadne nowe okoliczności uzasadniające dokonanie weryfikacji wysokości nałożonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej za stwierdzone naruszenia art. 38 ust. 4a pzp w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz””.

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

Pismem z dnia 30 września 2016 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia w sprawie, wnosząc o umorzenie postępowania administracyjnego z uwagi na jego bezprzedmiotowość i tym samym brak możliwości wydania decyzji administracyjnej. Jednocześnie Beneficjent złożył wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków B.P. – (...), M.N. – (...) oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentów, tj. wydruków ze stron internetowych informujących o postępowaniu przetargowym. Dowód został wniesiony na okoliczność: potwierdzenia zamieszczenia przez Beneficjenta ogłoszenia o zmianie terminu składania ofert w ramach postępowania przetargowego dotyczącego zadania inwestycyjnego pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW o gminie Resko”, ustalenia przebiegu w/w postępowania przetargowego, liczby ofert złożonych w ramach postępowania, liczby ofert złożonych w ramach innych postępowań dotyczących zaprojektowania i budowy farm wiatrowych prowadzonych w grupie kapitałowej PGE, ustalenia braku wpływu naruszenia przez Beneficjenta przepisów pzp na krąg potencjalnych wykonawców, ustalenia charakteru prac objętych w/w zadaniem inwestycyjnym oraz jego wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, ustalenia wartości przedmiotowego zadania inwestycyjnego w stosunku do ustalonej przez Beneficjenta wartości zamówienia.

Postanowieniem z dnia 04 stycznia 2017 r. IZ RPO WZ odmówiła przeprowadzenia dowodów z zeznań świadków B.P., M.N., gdyż zgłoszone przez Stronę dowody swoim zakresem nie pokrywały się z przedmiotem prowadzonego postępowania administracyjnego, a ewentualne ich przeprowadzenie stałoby w jawnej sprzeczności z zasadą ogólnej ekonomii postępowania. Nie doprowadziłyby one bowiem IZ RPO WZ do ustalenia nowych okoliczności istotnych dla sprawy, co za tym idzie nie miałyby one wpływu na rozstrzygnięcie jakie zostanie podjęte w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego. Jednocześnie IZ RPO WZ wskazała, iż załączone do wniosku z dnia 30 września 2016 r. wydruki ze stron internetowych informujące o postępowaniu przetargowym, znajdują się już w aktach sprawy.

Pismem z dnia 10 stycznia 2017 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 tekst jednolity, zwanej dalej: kpa).

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, mając na względzie całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w dniu 03 kwietnia 2017 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/10/W/2017 orzekającą zwrot od Beneficjenta środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 na realizację projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5

MW w gminie Resko” w kwocie 738 902,39 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

Dnia 28 kwietnia 2017 r. Beneficjent dokonał zwrotu środków określonych w/w decyzją administracyjną nr WWRPO/10/W/2017 w łącznej kwocie 738 902,39 zł tytułem należności głównej oraz 90 198,00 zł tytułem odsetek jak dla zaległości podatkowych.

Korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 207 ust. 12a pkt 1 ufp, pismem z dnia 21 kwietnia 2017 r. (doręczonym dnia 25 kwietnia 2017 r.) Strona wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy rozstrzygniętej decyzją administracyjną nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r., przedstawiając szczegółowe wyjaśnienia i zarzuty, o których mowa poniżej, wnosząc w konsekwencji o uchylenie wskazanej powyżej decyzji i umorzenie postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00. Jednocześnie Beneficjent zaskarżył postanowienie Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 04 stycznia 2017 r. w przedmiocie oddalenia wniosku o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków B.P. oraz M.N.

Beneficjent wskazał, iż pomimo faktu dopuszczenia się w ramach postępowania przetargowego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz”” naruszenia przepisów pzp, to jako formalne nie wpłynęło ono na zachowanie zasady uczciwej konkurencji jak i równego traktowania wykonawców. Beneficjent wskazał bowiem, iż w toku prowadzonego postępowania przetargowego zostały złożone cztery oferty, w tym jedna od podmiotu posiadającego siedzibę poza terytorium Polski. Najniższa ze złożonych ofert była niższa od ustalonej wartości zamówienia, opiewała bowiem na (...) zł netto, podczas gdy wartość zamówienia ustalono na poziomie (...) zł.

PGE Energia Odnawialna S.A. we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy podała ponadto, iż przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były prace o dużej specyfice oraz skomplikowaniu technicznym, tj. budowa farmy wiatrowej wraz z dostawą zaawansowanych technologicznie turbin wiatrowych. W związku z powyższym w ocenie Strony ofertę w wyniku przedłużenia terminu składania ofert o 12 dni nie mógłby złożyć jakikolwiek podmiot, który wcześniej nie przejawiał żadnego zainteresowania przetargiem.

Beneficjent zwrócił też uwagę, iż informacja o zamówieniu była umieszczona na stronie Zamawiającego, w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w dzienniku ogłoszeń UPUE. Niezależnie od tego stosowne informacje zostały zamieszczone na ogólnie dostępnych stronach internetowych portali branżowych, w tym również w języku angielskim. Tym samym niezależnie od ogłoszeń UPUE, potencjalni wykonawcy, w tym posiadający siedzibę poza terytorium Polski, mogli powziąć wiedzę o zamiarze udzielenia przez Spółkę zamówienia.

Ponadto jak podkreślono, krąg potencjalnych oferentów, którzy na terenie Polski zrealizowaliby kompleksowe zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu całej farmy wiatrowej, w tym dostarczeniu turbin wiatrowych i zbudowaniu przyłącza do sieci oraz prowadzenie serwisu gwarancyjnego, jest w naturalny sposób ograniczony do kilku podmiotów specjalizujących się w budowie farm wiatrowych w formule „projektuj i wybuduj”, co znajduje potwierdzenie w liczbie ofert składanych zarówno w tym, jak i w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez spółki z grupy kapitałowej PGE.

Beneficjent wskazał ponadto, iż stwierdzone naruszenie art. 38 ust. 4a pzp w ramach postępowania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz”” nie wywołało i nie mogło wywołać żadnych skutków finansowych dla budżetu UE, albowiem zmiana SIWZ miała miejsce na koniec postępowania przetargowego i nie mogła mieć wpływu na jego wynik.

Zdaniem Strony żądanie przez IZ RPO WZ zwrotu kwoty 738 902,40 zł – po uprzedniej zmianie wskaźnika procentowego nałożonej korekty finansowej z obniżonego do 5% do maksymalnej wartości 10% – jest nieuzasadnione, gdyż w sprawie nie wystąpiły żadne nowe okoliczności uzasadniające dokonanie weryfikacji wysokości nałożonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej za stwierdzone naruszenie art. 38 ust. 4a pzp w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie farmy wiatrowej Resko etap I w formie „pod klucz””. Wedle Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków winno zostać umorzone z uwagi na jego bezprzedmiotowość i tym samym brak możliwości wydania decyzji administracyjnej. Beneficjent swoje twierdzenia wywiódł z faktu, iż w wyniku kontroli doszło już do wymierzenia korekty finansowej (w wysokości 5%) za stwierdzone naruszenia pzp. Pomniejszenie płatności końcowej o wartość nałożonej korekty finansowej, zgodnie z dyspozycją art. 207 ust. 2 ufp należy postrzegać jako zwrot równowartości korekty finansowej, kończącej formalnie postępowanie związane z wymierzaniem korekty finansowej. Tym samym, w opinii PGE Energia Odnawialna S.A., na podstawie art. 207 ust. 10 ufp niemożliwe jest wydanie w niniejszej sprawie decyzji administracyjnej w przedmiocie zwrotu środków. Działanie organu, w opinii Strony, godzi w zasadę praworządności określoną w art. 6 kpa.

Prezentowane przez IZ RPO WZ stanowisko dotyczące dopuszczalności wydanej decyzji jest zdaniem Strony niezasadne. Oparcie stanowiska IZ RPO WZ o wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (zwanego dalej: WSA) w Gdańsku z dnia 13 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt I SA/Gd 131/13, jest niezasadne, gdyż został on uchylony wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (zwanego dalej: NSA) z dnia 04 marca 2015 r. sygn. akt II GSK 2728/14. Beneficjent dodał też, iż organ powinien wziąć pod uwagę wydając decyzję kryteria ustalania korekty finansowej, o których przypomniał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej: TSUE) w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14. W ocenie Trybunału co prawda obliczenie wysokości nakładanej na Beneficjenta korekty finansowej powinno być przeprowadzane na podstawie Taryfikatora zgodnie z zasadą proporcjonalności, co nie zmienia jednakże faktu, że przy ustalaniu końcowej kwoty korekty, która ma zostać dokonana należy uwzględnić wszystkie szczególne cechy jakie charakteryzują stwierdzoną nieprawidłowość, w porównaniu do elementów branych pod uwagę przy ustalaniu tego Taryfikatora, takich jak charakter stwierdzonej nieprawidłowości, jej waga oraz straty finansowe poniesione przez dany fundusz, które to cechy mogą uzasadniać dokonanie wyższej bądź niższej korekty. Powyższy wyrok, jak pisał Beneficjent, został poddany analizie w artykule Wojciecha Hartunga oraz Pawła Suchockiego pt. „Trybunał podważa automatyzm korekt, ale wznowienie postępowania raczej nic nie da” opublikowanym w Gazecie Prawnej z dnia 31 sierpnia 2016 r., która to opinia – jak zaznaczył – Beneficjent nie była przedmiotem analizy IZ RPO WZ w ramach wydanej decyzji. Zdaniem autorów wspomnianego przez Stronę artykułu dla uznania, że naruszenie przepisu prawa stanowi nieprawidłowość uzasadniającą nałożenie korekty finansowej, koniecznym jest wykazanie przez organ, że naruszenie to powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE oraz, że spowodowanie szkody następuje w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Nałożenie korekty finansowej przez organ bez uprzedniego badania w/w okoliczności autorzy postrzegają przy tym w kategoriach nieprawidłowości, skutkującej wadliwym wymierzeniem korekty finansowej. Nie jest właściwe przyjęcie z góry, tak jak w ocenie Beneficjenta dokonała tego IZ RPO WZ wydając decyzję, iż korekta finansowa za naruszenie powinna zostać wymierzona w maksymalnej wysokości przewidzianej przez Taryfikator, tj. w oparciu o wskaźnik 10%, niezależnie od wyników analizy wszystkich szczególnych cech jakie charakteryzują stwierdzoną nieprawidłowość, w tym jej wagi oraz wywołanych tą nieprawidłowością strat finansowych. Samo odwołanie się w decyzji do stanowiska UKS należy ocenić krytycznie, gdyż ustalanie i nakładanie korekt finansowych należy do kompetencji instytucji zarządzającej, która wymierzając wysokość korekty powinna kierować się określonymi dyrektywami, przywołanymi w szczególności w orzeczeniu TSUE, nie zaś wyłącznie opinią wyrażoną przez podmiot prowadzący audyt, który nie podjął chociażby próby uzasadnienia swojego stanowiska w oparciu o dyrektywy określenia wymiaru korekty finansowej. Podkreślono, iż ustalenia UKS przekazane IZ RPO WZ nie stanowią jakiegokolwiek źródła prawa, na podstawie którego lub w oparciu, o które możliwym jest merytoryczne oparcie decyzji administracyjnej. Dokument ten nie posiada jakichkolwiek cech prawodawczych czy też orzeczniczych i nie może być podstawą do kształtowania orzecznictwa niezależnego i obiektywnego organu administracji.

Jednocześnie Beneficjent we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy zaskarżył postanowienie Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 04 stycznia 2017 r. w przedmiocie oddalenia wniosku Spółki o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków B.P. oraz M.N. Zdaniem Strony wydanie przedmiotowego rozstrzygnięcia stanowi naruszenie art. 7 oraz art. 77 § 1 kpa, gdyż zeznania świadków mogły mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Kwestią sporną jest bowiem jaką wagę przypisać naruszeniu, którego dopuścił się Beneficjent oraz tego czy spowodowało lub mogło spowodować ono szkodę w budżecie ogólnym UE przez finansowanie nieuzasadnionego wydatku i w konsekwencji jego wpływu na wysokość wymierzonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej. Celem złożenia wniosku o przesłuchanie świadków było wykazanie, iż stwierdzone naruszenie przez Spółkę pzp pozostawało bez wpływu na ostateczny wynik postępowania przetargowego i tym samym naruszenie to z uwagi na jego formalny charakter było mniejszej wagi, co w konsekwencji nie uzasadniało wymierzenia korekty finansowej w maksymalnej dopuszczalnej przez Taryfikator wysokości. Przeprowadzenie tego dowodu nie spowodowałoby przewlekłości prowadzonego przez organ postępowania administracyjnego.

Następnie z uwagi na analizę zarzutów sformułowanych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, IZ RPO WZ wydając stosowne postanowienia przedłużała prowadzone postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpoznania sprawy dotyczącej wydanej przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego decyzji administracyjnej nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r.

Pismem z dnia 21 grudnia 2017 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 kpa.

W związku ze złożonym wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ na nowo przeprowadziła postępowanie wyjaśniające obejmujące ocenę całego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 wraz z aneksami, dokumentację z kontroli przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, ustalenia UKS, a także wyjaśnienia Beneficjenta, wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 21 kwietnia 2017 r.) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do niego jak poniżej.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że stosownie do treści art. 60 rozporządzenia nr 1083/2006, instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za: a) zapewnienie, że operacje są wybierane zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu operacyjnego oraz że spełniają one mające zastosowanie zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres ich realizacji, b) weryfikacje, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi (...).

Jak wynika z art. 70 tego rozporządzenia, państwa członkowskie są odpowiedzialne za zarządzanie programami operacyjnymi i ich kontrolę, w szczególności za pomocą następujących działań: a) zapewnienia, że systemy zarządzania i kontroli programów operacyjnych są ustanowione zgodnie z art. 58-62 i że funkcjonują skutecznie; b) zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości oraz odzyskiwania kwot nienależnie wypłaconych wraz z odsetkami z tytułu zaległych płatności w stosownych przypadkach. Państwa członkowskie zgłaszają te nieprawidłowości Komisji i informują Komisję na bieżąco o przebiegu postępowań (...). W przypadku braku możliwości odzyskania kwot nienależnie wypłaconych Beneficjentom, państwa członkowskie odpowiadają za zwrot utraconych kwot do budżetu ogólnego UE, jeżeli zostanie stwierdzone, że straty powstały z jego winy lub w wyniku niedbalstwa z jego strony.

Wskazać należy, że powołane rozporządzenie reguluje także procedury odzyskiwania środków wypłaconych z funduszy unijnych, w tym kwestie korekt finansowych do których dokonywania zobowiązane są państwa członkowskie. W myśl art. 98 ust. 1 rozporządzenia nr 1083/2006, państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. Ponadto, państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze (art. 98 ust. 2 rozporządzenia nr 1083/2006).

Przez nieprawidłowość zaś jak już wskazywano należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego (art. 2 pkt 7 w/w rozporządzenia nr 1083/2006). Zarówno Komisja Europejska jak również ETS przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego. Za nieprawidłowość należy w związku z tym uznać zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego.

Zatem zarówno wykrycie naruszenia prawa UE, jak też naruszenia prawa krajowego takiego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 i skutkuje powstaniem obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo, w tym nałożenia korekty finansowej (art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006). Poza tym warto też podkreślić, iż szkoda nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie.

Jeśli chodzi o krajowy porządek prawny to trzeba wskazać, że zgodnie z art. 25 uzppr za prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada: (pkt 1) instytucja zarządzająca, którą jest odpowiednio minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego lub zarząd województwa; (pkt 2) w przypadku programu rozwoju – odpowiednio właściwy minister lub zarząd województwa. W niniejszej sprawie Instytucją Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego jest Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego.

Uzppr nie reguluje jednak zasad i trybu postępowania w sprawie zwrotu uzyskanego przez Beneficjenta dofinansowania, wskazując jedynie w art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a, że do zadań instytucji

zarządzającej należy m.in. odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych, o których mowa w art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006. W tej sytuacji należy odwołać się do art. 207 ufp, który stanowi, że 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 w/w okoliczności Beneficjent zostaje wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, jeżeli nie zwróci ww. środków w terminie zawartym w art. 207 ust. 1 ufp (14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji). Wykluczenie na podstawie art. 207 ust. 5 ufp następuje na okres 3 lat, liczonych od dnia dokonania zwrotu środków.

W rozpoznawanej sprawie prawidłowość realizacji przedmiotowego projektu została poddana kontroli IZ RPO WZ w dniach 23 – 27 lutego 2015 r. i uznano, że przy realizacji projektu Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości. Stwierdzone naruszenie dotyczyło dokonania przez Beneficjenta w ramach przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zmiany w SIWZ w postaci wydłużenia terminu na składanie ofert o 12 dni w związku dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ i nie przekazaniu UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania. Ustalenia faktyczne w tym zakresie nie budzą wątpliwości i nie są sporne. Strona nie kwestionuje bowiem, że przy przedłużeniu terminu składania ofert nie przekazała UPUE informacji o tej zmianie. Sporną kwestią pozostaje natomiast waga naruszenia oraz czy takie uchybienie spowodowało lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE poprzez sfinansowanie nieuzasadnionego wydatku i w konsekwencji jego wpływu na wysokość wymierzonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej. W ocenie Strony wyrażonej we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, zaniechanie Beneficjenta stanowiło wyłącznie nieistotne naruszenie o charakterze formalnym, które nie mogło mieć wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Beneficjent podnosił także, iż nie jest właściwe przyjęcie z góry, tak jak w ocenie Beneficjenta dokonała tego IZ RPO WZ wydając decyzję, iż korekta finansowa za naruszenie powinna zostać wymierzona w maksymalnej wysokości w oparciu o przewidziany w Taryfikatorze wskaźnik, tj. 10%, niezależnie od wyników analizy wszystkich szczególnych cech, jakie charakteryzują stwierdzoną nieprawidłowość, w tym jej wagi oraz wywołanych tą nieprawidłowością strat finansowych. Samo odwołanie się w decyzji do stanowiska UKS należy ocenić krytycznie, gdyż ustalanie i nakładanie korekt finansowych należy do kompetencji instytucji zarządzającej. Poza tym według Strony, zmiana wskaźnika procentowego nałożonej korekty finansowej z obniżonego pierwotnie do 5% do maksymalnej wartości 10% i tym samym zmiana wysokości korekty, jest nieuzasadniona, gdyż w sprawie nie wystąpiły żadne nowe okoliczności uzasadniające dokonanie weryfikacji wysokości nałożonej przez IZ RPO WZ korekty finansowej.

Odnosząc się do zarzutów Beneficjenta, po ponownym przeanalizowaniu sprawy organ stwierdził, iż nie można podzielić zarzutu jakoby IZ RPO WZ wydając dnia 03 kwietnia 2017 r. decyzję administracyjną nr WWRPO/10/W/2017 nie wykazała, że Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006 związanej z realizowanym w ramach RPO WZ projektem pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko”, a tym samym nie uzasadniła elementu wystąpienia szkody (w tym wypadku potencjalnej) i zasadności ustalenia i nałożenia w oparciu o Taryfikator korekty w oparciu o wskaźnik 10% za stwierdzone naruszenie.

Zgodnie z treścią przepisu art. 38 ust. 4a pzp (w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania) jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przekazuje UPUE ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, droga elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

W przetargu nieograniczonym obowiązkową treść ogłoszenia o zamówieniu określa art. 41 pzp. Zgodnie z jego treścią ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać m.in. miejsce i termin składania

ofert. Zatem, zmiana treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert implikuje konieczność przekazania odpowiedniego ogłoszenia UPUE.

Powyzsza norma wyrażona w art. 38 ust. 4a pzp nie znajduje wyjątków, tym samym Zamawiający nie może się uwolnić od obowiązku dokonania w/w publikacji poprzez alternatywne jej dokonanie czy to w innym publikatorze czy to na stronach internetowych. Każda zmiana SIWZ, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, podlega rygorom art. 38 ust. 4a pzp, a dla oceny poprawności prowadzonej procedury z uchybieniem w/w obowiązku, nie ma znaczenia istotność, a więc wpływ tej zmiany na treść ogłoszenia (wyrok NSA z dnia 05 maja 2016 r., sygn. akt II GSK 2865/14).

Beneficjent w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedłużył w SIWZ termin składania ofert z dnia 07 grudnia 2011 r. na dzień 19 grudnia 2011 r. Zmiany w SIWZ w postaci wydłużenia terminu na składanie ofert o 12 dni nastąpiły w związku dołączeniem dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ. Informacji o zmianie nie przekazano UPUE. W rozpoznawanej sprawie doszło do naruszenia równej, uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym, na co wskazywano w decyzji administracyjnej nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r. Nie można bowiem wykluczyć, że w sprawie doszło do ograniczenia możliwości wzięcia udziału w przetargu wykonawcom, którzy korzystają z oficjalnego publikatora wydawanego przez UPUE, tj. Dziennika Urzędowego UE (zwanego dalej: Dz. Urz. UE). Dla potencjalnych wykonawców Dz. Urz. UE jest legalnym źródłem informacji o zamówieniu, wobec czego oparcie się przez potencjalnego wykonawcę na nieaktualnych danych dotyczących terminu składania ofert prowadzić mogło do przekonania o braku możliwości brania udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Nie może mieć miejsca dyskryminacja wykonawców z uwagi na to, z jakiego publikatora korzystają (Dz. Urz. UE czy strony internetowej Beneficjenta lub innych). Tym samym nie zasługuje na uwzględnienie argument Beneficjenta podniesiony we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, że Beneficjent poza informacjami o postępowaniu zamieszczonymi na stronie internetowej Spółki, w Biuletynie Zamówień Publicznych (zwanym dalej: BZP) oraz ogłoszeń UPUE, informacje o wszczęciu oraz prowadzeniu przez Spółkę przetargu publikował szeroko na ogólnie dostępnych stronach internetowych portali branżowych, w tym w języku angielskim, i tym samym niezależnie od ogłoszeń UPUE, potencjalni wykonawcy, w tym posiadający siedzibę poza terytorium Polski, mogli poznać wiedzę o zamiarze udzielenia przez spółkę zamówienia, a także bezpośrednio z niezależnych ogłoszeń i informacji szeroko publikowanych w internecie. Poza tym jak już wskazywano, brzmienie przepisu art. 38 ust. 4a pzp jest kategoryczne – Zamawiający „przekazuje UPUE ogłoszenie”, nie ma w tym zakresie możliwości wyboru sposobu postępowania czy wyjątków od zasady. Gdyby informacja na stronie internetowej czy opublikowana w innym miejscu była wystarczająca nie zostałaby wprowadzony obowiązek wynikający z art. 38 ust. 4a pzp.

Stanowisko IZ RPO WZ wskazujące na doprowadzenie przez Beneficjenta w związku z naruszeniem art. 38 ust. 4a pzp do wystąpienia szkody w budżecie UE poprzez finansowanie wydatku, który mógłby być niższy, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 12 stycznia 2017 r. (sygn. akt II GSK 1459/15): „Naruszenie art. 38 ust. 4a pzp może ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców. Mianowicie, wskutek niezamieszczenia informacji o wydłużeniu terminu składania ofert w BZP, część wykonawców może nie złożyć ofert, które złożyłaby wiedząc o przedłużeniu terminu do ich zgłoszenia, a nie sposób wykluczyć, że mogli oni złożyć tańsze oferty na wykonanie zamówienia. Naruszenie przepisu art. 38 ust. 4a pzp może więc spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE poprzez potencjalne lub rzeczywiste finansowanie nieuzasadnionego wydatku z tego budżetu, a więc stanowiło o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia niezgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 7 ust. 1 ustawy pzp”. Jak stwierdził WSA w Łodzi w wyroku z dnia 14 maja 2015 r. sygn. akt III SA/Łd 268/15: „(...) nie ulega wątpliwości, że brak ogłoszenia o zmianie terminu składania ofert w BZP powodował, że potencjalny wykonawca – inny niż wykonawcy dotychczas biorący udział w postępowaniu miał nieaktualną informację co do terminu składania ofert (upływa 30 października 2008 r., a nie 12 listopada 2008 r.). Niewykluczone było, że potencjalni wykonawcy, którzy mogli złożyć korzystniejszą ofertę mając informację, iż termin składania ofert upływa 30 października rezygnowali z zapoznawania się ze szczegółami zamówienia, a gdyby wiedzieli, iż termin upływa 12 listopada zdążyliby złożyć swoją ofertę. W związku z tym, zdaniem Sądu, nie można przyjąć, że naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 pzp miało jedynie charakter formalny i dlatego nie mogło stanowić podstawy do wymierzenia korekty, bo nie spowodowało żadnej szkody. W ocenie Sądu brak publikacji spowodował naruszenie zasady równego traktowania (art. 7 pzp) potencjalnych wykonawców, którzy wiadomość o postępowaniu powzięli z ogłoszenia. Należy dopuścić sytuację, że potencjalny wykonawca z treści ogłoszenia przyjął, iż termin składania ofert już minął, a chciał złożyć ofertę faktycznie korzystniejszą

od uznanej za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. W wypadku złożenia potencjalnie korzystniejszej oferty, wydano by mniejsze środki z budżetu UE. Mogło więc dojść do potencjalnej szkody w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, choć ustalenie jej wysokości oczywiście nie jest możliwe". NSA w wyroku z dnia 07 kwietnia 2017 r. (sygn. akt II GSK 2545/15) podkreśla, że „tak miejsce, jak i termin składania ofert stanowią niezbędne elementy ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 pkt 10 pzp) jak też niezbędny element specyfikacji istotnych warunków zamówienia – SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 11 pzp); wynikającą z art. 38 ust. 4a pkt 1 i pkt 2 pzp zasadą jest, że w każdym przypadku zmiany treści SIWZ prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia – a zmiana miejsca i terminu składania ofert zawsze stanowi zmianę treści ogłoszenia – prowadzący postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zobowiązany jest do ogłoszenia tej zmiany w BZP, jeżeli wartość zamówienia nie uzasadnia publikacji w Dz. Urz. UE. Nakazany w art. 38 ust. 4a pkt 1 pzp obowiązek publikacji każdej zmiany treści ogłoszenia w BZP, a więc również terminu składania ofert, służy respektowaniu zasad przewidzianych art. 7 ust. 1 cyt. ustawy i nie może być zastąpiony żadną inną formą ogłoszenia – w tym ogłoszeniem na stronie internetowej Zamawiającego. Ratio legis omawianej regulacji polega na tym, aby wszystkie istotne, z uwagi na czas przygotowania i składania ofert, informacje mogły dotrzeć do wszystkich potencjalnych wykonawców, a nie jedynie do tych, którzy stosownie do art. 38 ust. 4 pzp w brzmieniu sprzed zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej ustawą z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), pobrali dokumentację SIWZ lub uzyskali o niej informację ze strony internetowej Zamawiającego". Ponadto Sąd potwierdził, że „stwierdzone naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 pzp skutkowało wykluczeniem z postępowania potencjalnych wykonawców, którzy mogli złożyć korzystniejszą cenowo ofertę, co pozostawało w sprzeczności z określoną art. 7 pzp zasadą równego traktowania i co skutkowało potencjalną szkodą w budżecie UE wyrażającą się wydatkowaniem wyższych środków z budżetu UE, niż mogłoby to wynikać w przypadku niższej cenowo oferty, której ewentualne złożenie uniemożliwiono”.

W ocenie IZ RPO WZ w decyzji administracyjnej nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r. wykazano zaistnienie potencjalnej szkody w budżecie UE. IZ RPO WZ po ponownym przeanalizowaniu sprawy podziela wyrażony w w/w rozstrzygnięciu pogląd, iż naruszenie obowiązku wynikającego z art. 38 ust. 4a pzp mogło doprowadzić do potencjalnego zawężenia kręgu uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego, co hipotetycznie ograniczało dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty przetargowej. Brak w Dz. Urz. UE ogłoszenia dotyczącego zmiany terminu składania ofert eliminował innych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć korzystniejsze oferty. Przyjęcie, że zmiana terminu w SIWZ nie pociąga za sobą zmiany treści ogłoszenia prowadziłyby do braku zgodności w dokumentacji, która poprzez brak ujednoczenia mogłaby wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców. Brak przekazania UPUE informacji o zmianie zagraża równemu traktowaniu wykonawców, którzy potencjalnie mogli wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Organ nie podziela stanowiska Beneficjenta wyrażonego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, że opisywane naruszenie miało jedynie formalny charakter, nieograniczający dostępu do zamówienia zainteresowanym wykonawcom i niewywołujący skutków finansowych (również potencjalnych) dla środków funduszy UE. Powyższe naruszenie nie ma charakteru formalnego, bowiem stoi w sprzeczności z fundamentalną zasadą transparentności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zatem waga tego naruszenia jest istotna. PGE Energia Odnawialna S.A. nie publikując ogłoszenia o zmianie terminu w Dz. Urz. UE nie miała możliwości zgromadzenia i porównania ofert, które mogłyby zostać złożone, gdyby zamówienie zostało przeprowadzone w pełni konkurencyjnie. Oznacza to powstanie potencjalnej szkody w budżecie ogólnym UE poprzez finansowanie wydatku w wyższej wysokości, aniżeli wynikałoby to z postępowania przeprowadzonego w pełni konkurencyjnie, z zastosowaniem się do obowiązku publikacji ogłoszenia o zmianie terminu na składanie ofert w Dz. Urz. UE.

W związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent obowiązany był do przestrzegania właściwych przepisów pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego oraz właściwych przepisów prawa polskiego, w tym w szczególności pzp, jednakże Beneficjent dopuszczając się wskazanego naruszenia, wymogu tego nie dochował. Zaniechanie, którego się dopuściła Strona doprowadziło do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE. Okoliczności na które powołuje się Beneficjent, tj. iż w toku postępowania przetargowego zostały złożone 4 oferty, w tym jedna od podmiotu posiadającego siedzibę poza terytorium Polski, a najkorzystniejsza ze złożonych ofert była zdecydowanie niższa od ustalonej wartości zamówienia, nie stanowią okoliczności pozwalających na postrzeganie stwierdzonego naruszenia w kategoriach nieistotnego, nie powodującego szkody czy też pozwalającego na obniżenie ustalonej i nałożonej korekty finansowej. Podkreślenia wymaga, że nie można wykluczyć sytuacji, w której niedokonanie zmiany ogłoszenia w oficjalnym publikatorze UE

spowodowało, że nie wszyscy zainteresowani wykonawcy wzięli w nim udział. Potencjalni wykonawcy, którzy mogli zapoznać się z ogłoszeniem o zamówieniu w Dz. Urz. UE mogli nie posiadać wiedzy o tym, że termin na składanie ofert został przedłużony. Tym samym mniejsza liczba wykonawców mogła złożyć oferty. Nie jest wykluczonym, że potencjalni wykonawcy, którzy mogli złożyć korzystniejszą ofertę mając na uwadze, iż termin składania ofert upływa dnia 07 grudnia 2011 r. zrezygnowali z udziału w postępowaniu, gdyby zaś wiedzieli, że termin upływa dnia 19 grudnia 2011 r. zdążyliby złożyć swoją ofertę. Należy pamiętać, że żadne przepisy nie wyznaczają liczby ofert, które mogłyby zostać uznane za wystarczające w przetargu, mowa jest natomiast o obowiązku zachowania zasad konkurencyjności i równego traktowania wszystkich potencjalnych wykonawców. Wbrew temu co twierdzi Beneficjent istniała też możliwość, że podmiot, który wcześniej nie był zainteresowany postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego mógł złożyć ofertę, która byłaby cenowo korzystniejsza od złożonej przez wybranego wykonawcę. Przedstawiona przez Beneficjenta argumentacja, według której Beneficjent nie spotkał się z sytuacją ażeby podmiot, który nie wykazywał wcześniej zainteresowania postępowaniem o udzielenie zamówienia złożył swoją ofertę, nie pozwalała na stwierdzenie ponad wszelką wątpliwość, że oferta taka nie mogłaby być złożona. Jeszcze raz należy podkreślić, iż w analizowanym przypadku uchybienie przepisom pzp mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych tych firm, których oferty mogłyby być dogodniejsze ekonomicznie od tych, które zostały rzeczywiście złożone. Mogła więc wystąpić szkoda w budżecie ogólnym UE w związku z wydatkowaniem większych kwot na realizację oferty wybranej niż byłoby to konieczne gdyby wybrano którąś z potencjalnych ofert, ekonomicznie korzystniejszych.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp powodującym potencjalną szkodę w budżecie ogólnym UE IZ RPO WZ ostatecznie ustaliła i nałożyła korektę finansową w oparciu o wskaźnik 10%. Co prawda IZ RPO WZ na etapie czynności kontrolnych poinformowała Beneficjenta (pismo z dnia 23 września 2015 r.) o zmniejszeniu wysokości korekty, tj. wyliczeniu jej w oparciu o wskaźnik 5% jak dopuszczał Taryfikator w tabeli nr 1 poz. 17 „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ”. Powyższy wskaźnik zgodnie z Taryfikatorem mógł zostać obniżony do 5% w zależności od wagi nieprawidłowości. IZ RPO WZ uznała jednak, mając na uwadze rodzaj, stopień naruszenia i skutki finansowe dla wydatków ze środków funduszy UE, że obniżenie to nie powinno mieć zastosowania w analizowanym przypadku. Organ wziął pod uwagę znaczną wagę nieprawidłowości w związku z naruszeniem fundamentalnej zasady rządzącej zamówieniami, tj. transparentności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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. W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 upf, albowiem podejmował działania niezgodne z umową o dofinansowanie, oraz niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany jest stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy ma obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym również wszelkich wytycznych do nich, obowiązujących procedur, a także informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. W związku z powyższym IZ RPO WZ zobowiązana była do zainicjowania procedury zmierzającej do odzyskania środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Wobec powyższego pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 738 902,40 zł (korekta finansowa wyliczona w oparciu o wskaźnik 10%) otrzymanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00, a następnie w związku z brakiem zwrotu środków w pełnej wysokości wszczęła postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków, które zakończyło się wydaniem dnia 03 kwietnia 2017 r. decyzji administracyjnej nr WWRPO/10/W/2017 zobowiązującej Beneficjenta do zwrotu środków.

W tym miejscu warto odnieść się do zarzutu Beneficjenta zawartego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym IZ RPO WZ nie mogła wymierzyć korekty finansowej za stwierdzone naruszenie w wysokości 10% (z uwzględnieniem stanowiska IA) skoro uprzednio ustaliła ją na poziomie 5%. Postępowanie administracyjne powinno zostać, w opinii Strony, umorzone w związku z faktem pomniejszenia płatności o wartość nałożonej na Spółkę korekty finansowej w wysokości 5%. Poza tym zdaniem Beneficjenta organ nie poczynił w treści decyzji administracyjnej nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r. żadnych szczegółowych wywodów

dotyczących zasadności wymierzenia korekty finansowej w wysokości 10%, poprzestając jedynie na ogólnikowych stwierdzeniach dotyczących trafności tej decyzji w związku ze stanowiskiem wyrażonym przez UKS.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że w wyroku WSA w Szczecinie (sygn. akt I SA/Sz ...) z dnia (...) r. w sprawie, gdzie dokonano zmiany wysokości korekty finansowej, Sąd wskazał, iż w ramach postępowania administracyjnego prowadzonego w trybie art. 207 ufp, instytucja zarządzająca ma możliwość odmiennego, od wskazanego w wezwaniu do zwrotu, określenia kwoty podlegającej zwrotowi. IZ dysponuje zatem uprawnieniem do weryfikacji wagi stwierdzonego naruszenia w następstwie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania administracyjnego, jej zadaniem bowiem jest odzyskanie całości kwoty podlegającej zwrotowi w przypadku, gdy środki te zostały wykorzystane niezgodnie z procedurami. Mając powyższe na uwadze, zauważyć należy, iż jeżeli IZ RPO WZ ma możliwość weryfikacji wysokości wskaźnika korekty finansowej na etapie postępowania administracyjnego, to tym bardziej ma możliwość jego weryfikacji na etapie wezwania do zwrotu środków jak to uczyniono w analizowanej sprawie.

Ustalenie i nałożenie korekty finansowej przez instytucję zarządzającą jest jedynie etapem dochodzenia zwrotu kwoty ustalonej korektą, poprzedzającym postępowanie administracyjne w tej sprawie. W postępowaniu administracyjnym o zwrot należności wykorzystanych z naruszeniem procedur ustalenia dotyczące korekty podjęte w toku postępowania kontrolnego nie wiążą organu orzekającego o zwrocie. Stanowią one element stanu faktycznego tej sprawy. Należy zaznaczyć, że Beneficjent pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. (przed wszczęciem postępowania administracyjnego) został poinformowany o zmianie wskaźnika procentowego nałożonej korekty i nie zwrócił on wymaganej kwoty w wyznaczonym terminie. Jedynie w przypadku zwrotu środków w pełnej wysokości, tj. 1 477 804,80 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych, postępowanie administracyjne można by uznać za bezprzedmiotowe. Zgodnie z treścią art. 105 § 1 kpa, organ umarza postępowanie, gdy z jakiegokolwiek przyczyny prowadzenie postępowania staje się bezprzedmiotowe. W związku z powyższym w prowadzonym przez IZ RPO WZ postępowaniu administracyjnym nie wypełniły się przesłanki, które by pozwalały na zakończenie postępowania.

Brak uregulowania przez Beneficjenta w całości należności określonej w wezwaniu do zwrotu z dnia 25 sierpnia 2016 r. (korekta finansowa wyliczona w oparciu o 10% wskaźnik) obligował IZ RPO WZ do wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków oraz określenia w decyzji administracyjnej „kwoty przypadającej do zwrotu i terminu, od którego nalicza się odsetki, oraz sposobu zwrotu środków” (art. 207 ust. 9 ufp). Co się zaś tyczy wcześniej nałożonej korekty wyliczonej w oparciu o 5% wskaźnik i pomniejszenia dokonanego z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej (o czym został on poinformowany pismem z dnia 12 października 2015 r.) należy uznać, że okoliczność ta pozostaje nieistotna z punktu widzenia możliwości późniejszego wezwania Beneficjenta do zwrotu innej (wyższej) kwoty. Należy mieć na względzie, iż art. 207 ufp należy odczytywać łącznie z art. 27 lit. b rozporządzenia Komisji (WE) nr 1828/2006 z dnia 08 grudnia 2006 r. ustanawiającym szczegółowe zasady wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności oraz rozporządzenia (WE) nr 1080/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (Dz. U. UE.L z dnia 27 grudnia 2006 r., zwanym dalej: rozporządzeniem nr 1828/2006) zawierającym definicję „wstępnego ustalenia administracyjnego lub sądowego”. Zgodnie z przywołanym przepisem „wstępnym ustaleniem administracyjnym lub sądowym” jest wstępna ocena pisemna wykonana przez właściwy podmiot administracyjny lub sądowy stwierdzająca, na podstawie konkretnych faktów, istnienie nieprawidłowości, bez uszczerbku dla możliwości późniejszego skorygowania lub wycofania wniosku dotyczącego istnienia nieprawidłowości w następstwie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania administracyjnego lub sądowego. Oznacza to, że IZ RPO WZ była zobowiązana wskazać Beneficjentowi wysokość korekty finansowej w wezwaniu do zwrotu skierowanym w trybie art. 207 ust. 8 ufp, jednak czynność ta stanowiła jedynie wstępne ustalenie administracyjne, o którym mowa w art. 27 lit. b rozporządzenia 1828/2006. Mając to na uwadze, należy przyjąć, że powyższe wstępne ustalenie administracyjne poczynione przez IZ RPO WZ przy pierwotnym ustaleniu i nałożeniu korekty finansowej za stwierdzone naruszenie, mogło zostać i zostało następnie przez IZ RPO WZ skorygowane. Należy podkreślić, iż dokonana korekta podlegała następnie kontroli w trakcie postępowania administracyjnego prowadzonego przez IZ RPO WZ.

Należy zaznaczyć, że zapisy Taryfikatora określają maksymalne stawki korekty finansowej za dane naruszenie reguł zamówień publicznych, przy czym określa je jako zalecane. Ich wysokość może zostać wyjątkowo obniżona przy czym możliwość obniżenia korekty ma charakter uznania administracyjnego. Wydając decyzję administracyjną nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r. organ przeanalizował kryteria mogące decydować o niższym wymiarze korekty, jednakże

ostatecznie uznał, że nie zostały one spełnione. Zaniechanie Beneficjenta spowodowało naruszenie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Niezamieszczenie stosownego ogłoszenia o zmianie treści SIWZ w Dz. Urz. UE doprowadziło do dyskryminacji potencjalnych wykonawców w zamówienia, którzy korzystali wyłącznie z dostępu do informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Dz. Urz. UE. W wyniku prawidłowego działania Beneficjenta, czyli ogłoszenia o zmianie treści SIWZ w Dz. Urz. UE potencjalnie mogła zostać złożona oferta korzystniejsza cenowo, a więc i wydatek poniesiony na realizację projektu z budżetu UE mógłby być niższy. Szkodą w analizowanym przypadku są środki, które nie służą osiągnięciu celu projektu powodując nieuzasadnione finansowanie. Środki te nie powinny być zatem, ani wykorzystane przez Beneficjenta, ani wypłacone z budżetu UE, a winny służyć w szczególności takim celom jak poprawa stanu środowiska naturalnego w województwie zachodniopomorskim, zwiększenie wykorzystywania odnawialnych źródeł energii, redukcji emisji gazów cieplarnianych, zmniejszenie stopnia degradacji środowiska naturalnego.

Co prawda w niniejszej sprawie IZ RPO WZ pierwotnie uznała za właściwe zastosowanie korekty finansowej wyliczonej w oparciu o wskaźnik na poziomie 10% (za naruszenie art. 38 ust. 4a pzp Taryfikator w Tabeli nr 1 poz. 17 „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ” przewiduje korektę finansową w wysokości 10%, która może zostać obniżona do 5% w zależności od wagi nieprawidłowości), która następnie w wyniku wyjaśnień Beneficjenta została obniżona do 5%. Na skutek rekomendacji IA, IZ RPO WZ jednak ponownie przeanalizowała sprawę i z uwagi na wagę i charakter naruszenia, którego dopuścił się Beneficjent uznała, że wskaźnik korekty na poziomie 5% jest niewystarczający. Tym samym zmieniono wskaźnik procentowy korekty finansowej na podstawowy, tj. 10%.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż IA jest uprawniona do weryfikowania rozstrzygnięć instytucji zarządzającej. Zgodnie z treścią art. 62 rozporządzenia nr 1083/2006 Instytucja audytowa programu operacyjnego odpowiada w szczególności za:

- a) zapewnienie prowadzenia audytów w celu weryfikacji skutecznego funkcjonowania systemu zarządzania i kontroli programu operacyjnego;
- b) zapewnienie prowadzenia audytów operacji na podstawie stosownej próby w celu weryfikacji zadeklarowanych wydatków;
- c) przedstawianie Komisji, w terminie dziewięciu miesięcy od zatwierdzenia programu operacyjnego, strategii audytu obejmującej podmioty, które będą przeprowadzać audyty, o których mowa w lit. a) i b), metodologię, która zostanie zastosowana, metody doboru próbek danych dla potrzeb audytu operacji oraz indykatywny rozplanowanie audytów w celu zapewnienia przeprowadzenia audytu głównych podmiotów oraz równomiernego rozkładu audytów w całym okresie programowania.

Należy też mieć na uwadze regulacje zawarte w rozporządzeniu nr 1828/2006, gdzie w art. 16 ust. 2 i 3 wskazano, że audyty mają na celu weryfikację, czy spełnione są następujące warunki:

- a) operacja spełnia kryteria wyboru w ramach właściwego programu operacyjnego, została zrealizowana zgodnie z decyzją o dofinansowaniu oraz jest zgodna ze wszystkim warunkami dotyczącymi jej przeznaczenia, wykorzystania i zakładanych celów;
- b) wydatki zadeklarowane są zgodne z zapisami księgowymi i dokumentami dowodowymi przechowywanymi przez beneficjenta;
- c) wydatki zadeklarowane przez beneficjenta są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi;
- d) wkład publiczny został wypłacony beneficjentowi zgodnie z art. 80 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006.

Zatem w procesie kontroli i zwrotu środków europejskich określone zadania przypisano zarówno i instytucji zarządzającej, jak i instytucji audytowej. Zadania wspomnianych instytucji są ze sobą powiązane przede wszystkim wspólnym celem, jakim jest to, aby finansowanie projektów było prowadzone z zachowaniem zasad i celów, którym mają służyć, a także by naruszenie tych zasad skutkowało zwrotem środków do budżetu UE. Wobec tego nie ma przeszkód, aby instytucja zarządzająca korzystała z ustaleń dokonanych przez IA, wręcz ma to swoje racjonalne uzasadnienie. Tym niemniej to IZ RPO WZ jako prowadząca postępowanie w przedmiocie zwrotu środków wykorzystanych przez Beneficjenta z naruszeniem procedur dokonała w sprawie własnych ustaleń faktycznych i prawnych, i po przeanalizowaniu stanowiska IA oraz ponownej analizie sprawy uznała za właściwe w związku z naruszeniem przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp zastosowanie korekty finansowej na poziomie 10% w oparciu o Taryfikator przyjęty uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 09 czerwca 2014 r. Zgodnie z § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie, w przypadku naruszenia ustawy pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, na podstawie Taryfikatora, który jest prawnie wiążącym i ogólnodostępnym dokumentem, zawierającym wskaźniki procentowe do obliczania wartości korekty finansowej za

naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE. Podpisując umowę Beneficjent wyraził zgodę na zastosowanie przez IZ RPO WZ Taryfikatora, który co do zasady nie stanowi źródła prawa, lecz w stosunkach między Stronami umowy, staje się jej warunkami poprzez odpowiednie zapisy w niej zawarte. Nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą Strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania.

Reasumując, fakt, że IZ RPO WZ zastosowała się do rekomendacji IA nie oznacza, że nie dokonała ona własnej oceny dotyczącej tego czy w sprawie wystąpiła nieprawidłowość, a więc i szkoda dla budżetu UE i że nie rozważyła obniżenia korekty. W decyzji administracyjnej nr WWRPO/10/W/2017 z dnia 03 kwietnia 2017 r. (s.10) wskazano, że decyzję o ostatecznej wysokości korekty podjęła instytucja zarządzająca. Choć nie może umykać, że rolą IA jest wskazanie, które środki wydatkowane z funduszu zostały wypłacone legalnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, a które nie (to między innymi środki, które w ocenie IA winny zostać zwrócone jako wydatkowane z naruszeniem prawa zamówień publicznych, czyli tzw. środki z nałożonych korekt finansowych) i w jakiej wysokości te środki powinny wrócić do funduszu.

Korekta finansowa stanowi instrument korygowania wysokości kwoty przyznanej pomocy finansowej ze środków budżetu UE na realizację konkretnego projektu w ramach danego programu operacyjnego w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, mającymi wpływ na charakter i warunki realizacji operacji lub programu. Istotą korekty finansowej stanowi przywrócenie równowagi pomiędzy stanem zakładanym w programie a stanem rzeczywistym, która to równowaga została zaburzona wskutek popełnienia nieprawidłowości. Celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi, a więc zapewnienie zgodności wdrożenia programu z określonymi warunkami jego realizacji. Korekta stanowi przy tym różnicę pomiędzy środkami przeznaczonymi zgodnie z deklaracją Beneficjenta na realizację danego projektu w ramach programu operacyjnego a faktycznie wykorzystanymi w toku realizacji projektu zgodnie z określonymi w programie warunkami przyznania tych środków. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi. Zaś jak już wykazywano wcześniej naruszenie jakiego dopuścił się w niniejszej sprawie Beneficjent stoi w sprzeczności z fundamentalną zasadą transparentności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zatem waga tego naruszenia jest istotna.

W tym miejscu należy jeszcze odnieść się do zaskarżonego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy postanowienia Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 04 stycznia 2017 r. w przedmiocie oddalenia wniosku Spółki o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków B.P. oraz M.N. Beneficjent pismem z dnia 30 września 2016 r. wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków: B.P. i M.N., na okoliczność: potwierdzenia zamieszczenia przez Beneficjenta ogłoszenia o zmianie terminu składania ofert w ramach postępowania przetargowego dotyczącego zadania inwestycyjnego pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko”, ustalenia przebiegu w/w postępowania przetargowego, liczby ofert złożonych w ramach postępowania, liczby ofert złożonych w ramach innych postępowań dotyczących zaprojektowania i budowy farm wiatrowych prowadzonych w G.K. P.G.E., ustalenia braku wpływu naruszenia przez Beneficjenta przepisów pzp na krąg potencjalnych wykonawców, ustalenia charakteru prac objętych w/w zadaniem inwestycyjnym oraz jego wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, ustalenia wartości przedmiotowego zadania inwestycyjnego w stosunku do ustalonej przez Beneficjenta wartości zamówienia. Beneficjent we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wskazał, iż celem złożenia wniosku o przesłuchanie świadków było wykazanie, iż stwierdzone naruszenie przez Spółkę pzp pozostawało bez wpływu na ostateczny wynik postępowania przetargowego i tym samym naruszenie to z uwagi na jego formalny charakter było mniejszej wagi, co w konsekwencji nie uzasadniało wymierzenia korekty finansowej w maksymalnej dopuszczalnej przez Taryfikator wysokości. Przeprowadzenie tego dowodu nie spowodowałoby przewlekłości prowadzonego przez organ postępowania administracyjnego.

Wskazania wymaga, iż postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków zostało wszczęte wobec Beneficjenta w wyniku stwierdzenia przez IZ RPO WZ, iż naruszył on w ramach projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko” art. 38 ust. 4a pzp, które to naruszenie polegało na dokonaniu zmiany (modyfikacji) treści SIWZ przy jednoczesnym nieprzekazaniu UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji o w/w zmianie. Tym samym przedmiotem oceny przez IZ RPO WZ były w pierwszej kolejności te okoliczności, które dowodziły dopełnienia bądź nie przez Beneficjenta obowiązku wynikającego z przywołanego przepisu. Następnie wobec stwierdzenia, iż Beneficjent zaniechał publikacji w Dz. Urz. UE IZ RPO WZ ustalała czy naruszenie mogło się przyczynić do powstania szkody w budżecie UE. Dopiero bowiem wystąpienie wszystkich

elementów nieprawidłowości, tj. poza wystąpieniem naruszenia przepisu prawa wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, również wystąpienie choćby potencjalnej szkody w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, obliguje organ do ustalenia i nałożenia korekty finansowej. W analizowanym przypadku nie budzącym wątpliwości pozostaje ustalenie, iż Beneficjent nie przekazał UPUE informacji o wydłużeniu terminu na składanie ofert, co zresztą przyznał we wniosku o ponowne rozpoznane sprawy. Kwestia wystąpienia szkody i wysokości korekty pozostawała sporną, jednakże mając na uwadze rodzaj naruszenia należy zauważyć, iż organ dysponował wystarczającymi dowodami dla oceny wszystkich okoliczności związanych ze sprawą, w tym m.in. zgromadzoną dokumentacją dotyczącą projektu pn. „Budowa farmy wiatrowej o mocy 10,5 MW w gminie Resko”, wynikami czynności kontrolnych, jak również wyjaśnieniami Strony i przedłożonymi przez nią dokumentami (w tym wydrukami ze stron internetowych informujących o postępowaniu przetargowym załączonymi do wniosku o przeprowadzenie dowodów z dnia 30 września 2016 r., które były już zresztą składane przez Stronę na etapie czynności kontrolnych). Przeprowadzenie dowodów w postaci przesłuchania świadków nie doprowadziłoby do ustalenia nowych okoliczności istotnych dla sprawy, a co a tym idzie nie miałyby wpływu na rozstrzygnięcie jakie zostało podjęte w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego. Fakt, iż Beneficjent w inny sposób aniżeli organ ocenia wagę jaką należałoby przypisać naruszeniu, którego dopuścił się Beneficjent, nie stanowi automatycznie przesłanki do uznania zasadności przeprowadzenia dowodu. Po ponownym przeanalizowaniu sprawy, w ocenie IZ RPO WZ, słusznie wskazano na niezasadność przeprowadzania dowodów z zeznań świadków B.P. oraz M.N.

Konkludując powyższe bezspornym jest fakt, iż Beneficjent poprzez dokonanie zmiany w SIWZ w postaci wydłużenia terminu na składanie ofert o 12 dni w wyniku dołączenia dodatkowych danych cyfrowych pomiarów wietrzności na maszcie pomiarowym, zlokalizowanym w sąsiedztwie Farmy Wiatrowej Resko Etap I na potrzeby oszacowania produktywności Farmy Wiatrowej netto zgodnie z SIWZ i nieprzekazanie UPUE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, wykorzystał środki przekazane w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie o dofinansowanie (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie), przepisami prawa, tj. art. 38 ust. 4a pzp. Z uwagi na fakt niezastosowania art. 38 ust. 4a pkt 2 pzp oraz zapisów umowy o dofinansowanie Beneficjent naruszył obowiązujące go w ramach RPO WZ procedury, tj. art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp. Wskazane wyżej naruszenie stanowi nieprawidłowość określoną w art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, gdyż jak ustalono spowodowało ono potencjalną szkodę w budżecie UE.

Obliczając kwotę wymaganą do zwrotu ustalono, iż poziom dofinansowania dla umowy nr UDA-RPZP.04.01.00-32-004/11-00 wynosi 23,7283544478% (§ 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Natomiast wysokość wydatków kwalifikowalnych poniesionych w projekcie wyniosła 62 280 121,50 zł (wniosek o płatność WNP-RPZP.04.01.00-32-004/11-01/K01). Co za tym idzie kwota do zwrotu wynikająca z nałożonej korekty finansowej wynosi 1 477 804,80 zł (62 280 121,50 zł x 10% x 23,7283544478%). Powyższa kwota zawierała należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 738 902,40 zł, którą należało powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych (liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz kwotę 738 902,40 zł, która została już pomniejszona z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej. IZ RPO WZ ustalając korektę wzięła pod uwagę rodzaj i wagę dokonanego naruszenia oraz konsekwencje z niego wynikające, w rezultacie czego ostatecznie uznała, że wskaźnik procentowy korekty na poziomie 10%, a nie obniżony do 5% będzie adekwatny w zaistniałej sytuacji. O zmianie wskaźnika korekty Beneficjent był informowany jeszcze przed wszczęciem postępowania administracyjnego. W piśmie z dnia 25 sierpnia 2016 r. IZ RPO WZ wskazała, iż ostateczna wysokość korekty finansowej wyniosła 1 477 804,80 zł. Mając na uwadze dokonane pomniejszenie z przysługującej Beneficjentowi płatności końcowej w wysokości 738 902,40 zł, IZ RPO WZ wezwała Beneficjenta do zwrotu pozostałej kwoty 738 902,40 zł (1 477 804,80 zł – 738 902,40 zł) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania. Beneficjent nie zwrócił wymaganej kwoty w wyznaczonym terminie (dnia 28 kwietnia 2017 r. Beneficjent dokonał zwrotu środków określonych decyzją administracyjną nr WWRPO/10/W/2017 w łącznej kwocie 738 902,39 zł tytułem należności głównej oraz 90 198,00 zł tytułem odsetek jak dla zaległości podatkowych), tym samym nie można przyjąć, że dokonał całościowego zwrotu dochodzonych środków, a więc że postępowanie administracyjne powinno zostać umorzone. Przepisy ufp, nie formułują zakazu wielokrotnego wzywiania Beneficjenta do zwrotu wyższych korekt finansowych w oparciu o to samo naruszenie przepisów pzp, w sytuacji, gdy Beneficjent zwrócił część dofinansowania. Należy zaznaczyć, że skoro IZ RPO WZ ma możliwość weryfikacji wysokości wskaźnika korekty finansowej na etapie postępowania administracyjnego, to tym bardziej ma możliwość jego weryfikacji na etapie wezwania do zwrotu środków.

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

Pouczenie

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) PGE Energia Odnawialna Spółka Akcyjna
ul. Ogrodowa 59A
00-876 Warszawa
- 2) a/a