



Fundusze Europejskie
Program Regionalny



Pomorze Zachodnie

Unia Europejska
Europejskie Fundusze Strukturalne i Inwestycyjne



Załącznik do uchwały nr 1237/18
Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego
z dnia 12 lipca 2018 r.

Zakład Przetwórstwa Tworzyw Sztucznych „FOL – PAK” J. K.
P.
M.

WWRPO.VIII.3162.4.2018.KO

DECYZJA
Nr WWRPO/2014-2020/1/W/2018

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

Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,

Na podstawie art. 9 ust 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1460 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 2017 r., poz. 2077 t. j.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2018 r., poz. 913 t. j.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Przetwórstwa Tworzyw Sztucznych „FOL – PAK” J. K. z siedzibą w P., M., środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.01.06.00-32-0005/16-00 zawartej w dniu 7 kwietnia 2017 r. na realizację projektu pn. „Rozwój działalności Zakładu Przetwórstwa Tworzyw Sztucznych FOL – PAK poprzez instalację nowej drukarni fleksograficznej – etap I” w łącznej kwocie 50 565,78 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy pięćset sześćdziesiąt pięć złotych 78/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych w tym:

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 48 813,76 zł liczonych od dnia 12 września 2017 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 1 752,02 zł liczonych od dnia 18 października 2017 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 80 1020 4795 0000 9202 0319 6953, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

Jerzy Kęsik prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Przetwórstwa Tworzyw Sztucznych „FOL – PAK” J. K. z siedzibą w P., M.(zwany dalej Stroną lub Beneficjentem) w dniu 7 kwietnia 2017 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanym dalej IZ RPO WZ) umowę o dofinansowanie nr RPZP.01.06.00-32-0005/16-00 (zwana dalej Umową) na realizację projektu pn. „Rozwój działalności Zakładu Przetwórstwa Tworzyw Sztucznych FOL – PAK poprzez instalację nowej drukarni fleksograficznej – etap I” Oś Priorytetowa 1 „Gospodarka, Innowacje, Nowoczesne Technologie”, Działanie 1.6 „Tworzenie nowych miejsc pracy na obszarze Specjalnej Strefy Włączenia” (zwanym dalej Projektem). Pomędzy Stroną a IZ RPO WZ zawarto dodatkowo aneks do Umowy nr RPZP.01.06.00-32-0005/16-01 z dnia 7 kwietnia 2017 r.

Zgodnie z przedmiotem Umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych przez Beneficjenta na realizację Projektu w ramach, którego wymieniony zaplanował zakup nowej drukarni fleksograficznej i instalację jej w budynku produkcyjnym. Beneficjent zobowiązał się natomiast 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 jak też 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). Ponadto Beneficjent na podstawie § 16 ust. 3 Umowy, zmienionego aneksem do Umowy z dnia 7 kwietnia 2017 r., miał obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z procedurami określonymi w „Zasadach w zakresie udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020. Wersja 5.0” (zwanym dalej Zasadami) stanowiących załącznik nr 5 do Umowy. Z kolei w myśl aktualnego brzmienia ust. 6 przywołanej wyżej regulacji szczegółowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a także pozostałe warunki i procedury określają przepisy ustawy z dnia 11 lipca 2014 o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1460 t. j. ze zm.; zwanej dalej ustawą wdrożeniową), ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 t. j. ze zm.; zwanej dalej pzp), Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 oraz Zasady.

Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 oraz art. 23 ustawy wdrożeniowej jak też § 17 Umowy IZ RPO WZ w dniu 18 października 2017 r. dokonała kontroli doraźnej Projektu, której zakres obejmował postępowanie ofertowe dotyczące realizacji Zadania nr 1 „Zakup i instalacja drukarni fleksograficznej”. W wyniku podjętych czynności kontrolnych stwierdzono, iż Beneficjent w przywołanym postępowaniu ofertowym, kształtując pozacenowe kryterium oceny ofert, tj. termin wykonania zamówienia, na poziomie 60 %, a zatem następująco:

- a) zrealizowanie dostawy do 26 tygodnia od dnia podpisania umowy – 0 pkt,
- b) zrealizowanie dostawy do 22 tygodni od dnia podpisania umowy – 20 pkt,
- c) zrealizowanie dostawy do 18 tygodni od dnia podpisania umowy – 40 pkt,
- d) zrealizowanie dostawy do 14 tygodni od dnia podpisania umowy – 50 pkt,
- e) zrealizowanie dostawy w terminie do dnia 15 października 2017 r., tj. 10 tygodni – 60 pkt

uczynił to w sposób zawężający konkurencję, co naruszyło zasadę równego traktowania. Powyższe, zgodnie z Rozporządzeniem 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., zwanym dalej Rozporządzeniem), skutkowało zastosowaniem 25 % stawki korekty finansowej, która ze względu na złożone przez Beneficjenta wyjaśnienia oraz fakt, iż wskazane uchybienie pozostawało bez wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej została obniżona do 5 % (poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia). W tym miejscu wskazać należy iż uprawnienie IZ RPO WZ do nakładania korekt finansowych wynika wprost z art. 9 ust. 2 pkt 8 ustawy wdrożeniowej.

W związku z przedstawionymi ustaleniami zawartymi w protokole pokontrolnym z dnia 6 listopada 2017 r. stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej 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.U.UE.L.2013.347.320 ze zm., zwane dalej Rozporządzeniem nr 1303/2013), zgodnie z którym przywołane pojęcie oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem.

Beneficjent pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. złożył zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej Projektu, w których wskazano m.in., iż zastosowanie kryterium pozacenowego, tj. terminu wykonania zamówienia, w postępowaniu o udzielenie zamówienia było uzasadnione jego potrzebami oraz specyfiką przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nie dyskryminowało wykonawców. Rozwijając powyższe wymieniony stwierdził, iż zasadność zastosowania przywołanego wyżej kryterium wynikała z wydłużających się terminów realizacji zamówień z uwagi na zwiększone zapotrzebowanie na opakowania zgłaszane przez potencjalnych klientów. Niezrealizowanie istniejących potrzeb mogłoby natomiast spowodować utratę stałych odbiorców, co prowadziłoby z kolei do utraty części przychodów. Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami wskazano, iż przy bardzo ostrożnych szacunkach, od momentu zainstalowania drugiej drukarni, Beneficjent spodziewał się uzyskać wyższe przychody średniomiesięczne o około XXXXX,XX zł niż w okresie odniesienia (lata 2014 – 2015).

Celem potwierdzenia zasadności przypisania wagi kryterium terminu wykonania na poziomie 60 %, IZ RPO WZ zobowiązała Beneficjenta do przedłożenia dokumentów finansowych potwierdzających wzrost przychodów w wyniku realizacji Projektu. W wyniku powyższego wymieniony pismami z dnia 8 i 16 stycznia 2018 r. przesłał kopię protokołu odbioru nabytej w ramach Projektu maszyny drukarskiej, kopię dokumentu przyjęcia środka trwałego do użytkowania, wydruk z ewidencji środków trwałych oraz wydruki z rachunku zysków i strat za okres od października 2016 r. do grudnia 2017 r. w cyklach miesięcznych.

IZ RPO WZ pismem z dnia 30 stycznia 2018 r., zawierającym ostateczne stanowisko dotyczące kontroli doraźnej Projektu, odnosząc się do wszystkich zastrzeżeń podniesionych przez Beneficjenta w przywołanych wyżej pismach, stwierdzała m.in., iż przekazane dane finansowe nie potwierdzają, iż przyjęcie do użytkowania drugiej drukarni fleksograficznej spowodowało zwiększenie jego przychodów.

W wyniku nałożenia na wydatki związane z zakupem drukarni fleksograficznej 5 % korekty finansowej, IZ RPO WZ pismem z dnia 20 lutego 2018 r. (odebrany w dniu 26 lutego 2018 r.) wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 50 565,78 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych. Jednocześnie poinformowano wymienionego, iż zwrot środków może być dokonany poprzez pomniejszenie przysługujących mu kolejnych płatności.

Z uwagi na bezskuteczny wpływ terminu wskazanego w wezwaniu, w dniu 13 marca 2018 r. wszczęto wobec Beneficjenta postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych na podstawie Umowy w związku z wykorzystaniem ich z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanego dalej RPO WZ).

W odpowiedzi na powyższe, Strona reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. złożyła stosowne wyjaśnienia. Na ich wstępie wskazano, iż ostateczne stanowisko IZ RPO WZ zawarte w jej piśmie z dnia 30 stycznia 2018 r. nie uwzględniało wszystkich okoliczności faktycznych związanych z postępowaniem dotyczącym Projektu. Rozwijając

powyższe podniesiono, iż przywołany wyżej organ administracji w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał wystąpienia dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak też w sposób należyty nie odniósł się do okoliczności faktycznych przedstawionych przez Beneficjenta, a potwierdzających zasadność zastosowania wagi kryterium terminu wykonania zamówienia na poziomie 60 %. Przede wszystkim jednak IZ RPO WZ w punkcie 2 pisma z dnia 30 stycznia 2018 r. w sposób niezrozumiały oparła swoje stanowisko na przesłankach innych niż wynikające z pozycji 12 Załącznika do Rozporządzenia, tj. na cytowanym na wstępie niniejszej decyzji administracyjnej § 5 ust. 9 Umowy oraz na zbliżonym w treści art. 44 ust 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 t. j., zwana dalej ufp), zgodnie z którym wydatki ze środków publicznych winny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Beneficjent stwierdził przy tym, iż powyższe okoliczności nie są w żaden sposób powiązane z podstawą zastosowania korekty finansowej ujętą w Załączniku do Rozporządzenia (poz. 12 Załącznika), czym innym jest bowiem zasada racjonalnego i oszczędnego wydawania środków publicznych, a czym innym zasada zakazu dyskryminacji gdzie zasady te nie są ze sobą powiązane. Nawet jeżeli przyjąć bowiem, iż wydatkowanie środków uzyskanych w ramach Umowy nie nastąpiło w sposób maksymalnie oszczędny, to okoliczność taka nie powinna być powiązana z zastosowaną podstawą korekty finansowej.

W dalszej części pisma pełnomocnik Strony odnosząc się do zarzutu ukształtowania w sposób dyskryminujący kryterium terminu wykonania zamówienia podkreślił, iż wymieniona wykazała, iż zastosowanie przywołanego kryterium było uzasadnione jego potrzebami oraz specyfiką przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem powyższego są okoliczności wskazywane już przez Beneficjenta na etapie postępowania kontrolnego, tj. konieczność utrzymania zleceń od dotychczasowej grupy odbiorców oraz związane z tym zwiększenie przychodów, które znalazło swoje odzwierciedlenie w przesłanej przez niego dokumentacji. W opinii wymienionego IZ RPO WZ wyprowadziła nieprawidłowe wnioski, iż użytkowanie drugiej drukarni fleksograficznej nie spowodowało zwiększania jego przychodów, podczas gdy z dostarczonej dokumentacji wynika, iż od momentu uruchomienia wskazanego urządzenia nastąpił miesięczny wzrost przychodów. Uzasadniając powyższe Strona przytaczając stosowne zestawienie przychodów, jak też ukształtowanie omawianego kryterium wskazała, iż w okresie czterech miesięcy, stanowiącym różnicę pomiędzy najniżej i najwyżej punktowanym terminem wykonania zamówienia, Beneficjent uzyskał przychód w wysokości XXXXX.XX zł, który stanowi aż X ceny oferowanej przez wykonawców w postępowaniu ofertowym dotyczące realizacji Zadania nr 1 „Zakup i instalacja drukarni fleksograficznej”. Tym samym przyjęte przez Stronę kryterium oceny ofert było uzasadnione jej potrzebami oraz pozostawało w związku ze specyfiką przedmiotu zamówienia, jak też prowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Na zakończenie złożonych wyjaśnień Beneficjent wskazał, iż przytoczona przez IZ RPO WZ przeciętna skala kryterium terminu wykonania zamówienia wynosząca 22 – 25 % jest jedynie statystyką, a ocena prawidłowości wagi omawianego kryterium winna być przeprowadzona indywidualnie, tj. w odniesieniu do konkretnych potrzeb zamawiającego w danym postępowaniu.

Postanowieniem z dnia 12 kwietnia 2018 r. oraz z dnia 14 maja 2018 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania administracyjnego, z uwagi na trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego, w tym wyjaśnień złożonych przez wymienionego w jego piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r. Następnie, pismem z dnia 25 maja 2018 r. przywołany organ administracji poinformował pełnomocnika Strony o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie jak również pouczyła o prawach zawartych w art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r., poz. 1257 t. j. ze zm., zwana dalej kpa). Mając na uwadze konieczność zapewnienia Beneficjentowi możliwości zapoznania się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów, a także zgłoszonych żądań oraz spełnienia wymogów formalnych określonych w kpa, IZ RPO WZ wydłużyła postępowanie administracyjne do dnia 13 lipca 2018 r.

Mając na uwadze wszystkie wymienione wyżej okoliczności, IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, z uwzględnieniem wyjaśnień przedstawionych przez Stronę, co pozwoliło na zajęcie stanowiska jak poniżej.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Jedną z kompetencji, a zarazem obowiązków ustawowych IZ RPO WZ jest prowadzenie kontroli realizacji poszczególnych projektów w ramach RPO WZ, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi. Obowiązkiem IZ RPO WZ jest zatem nie tylko ustalanie zasad konkursu, zawieranie umów z beneficjentami czy zarządzanie środkami

finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, ale również czuwanie nad przebiegiem realizacji projektu i weryfikowanie czy w całym okresie realizacji projekt, na który przekazano środki publiczne, realizowany jest zgodnie z prawem oraz zasadami określonymi przez IZ RPO WZ dla danego konkursu. Stwierdzenie wykorzystania środków publicznych z naruszeniem procedur w tym wykrycie nieprawidłowości w zakresie ich wydatkowania powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. Należy wskazać, iż do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi, jak wynika z art. 9 ustawy wdrożeniowej, nie tylko dokonywanie płatności na rzecz beneficjentów (pkt 4), ale i również prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów (pkt 7) oraz nakładanie korekt finansowych (pkt 8), jak też odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, w tym m.in. wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań (pkt 9 lit. a).

W przedmiotowej sprawie Beneficjent wykorzystał środki publiczne przekazane mu na podstawie Umowy z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ, do których stosowania był zobowiązany przystępując do konkursu, a następnie podpisując w dniu 7 kwietnia 2017 r. przywołaną wyżej Umowę. Poprzez naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, należy rozumieć przede wszystkim procedury wskazane w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Na marginesie wskazać należy, że względu na fakt, iż sądy administracyjne w ramach perspektywy finansowej 2014 – 2020, nie wypracowały dotychczas orzecznictwa dotyczącego relacji między zasadami realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych, a normami prawnymi zawartymi w ufp, zasadnym jest posługiwanie się orzeczeniami wymienionych sądów wydanymi w czasie trwania poprzedniej perspektywy, tj. na lata 2007 – 2013. Z uwagi na powyższe, przywołać należy w tym miejscu wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2015 r. (sygn. akt II GSK 2109/14) zgodnie z którym, podpisana przez beneficjenta według wzoru umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu „innych procedur” mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Należy zaznaczyć, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są także postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ. Tym samym Beneficjent podpisując Umowę zobowiązał się do ich przestrzegania i postępowania zgodnie z ich literą. W tym miejscu nadmienić należy ponadto, iż zasady konkursu określone w regulaminie są jednakowe dla wszystkich i nie mogą być zmieniane dla potrzeb poszczególnych beneficjentów, a każdy przystępując do konkursu godzi się na te zasady (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. akt I SA/Rz 823/10). Co więcej zaznaczyć należy, iż przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację obowiązujących Zasad oraz innych norm wynikających z dokumentacji konkursowej oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest bowiem obowiązkiem a podmioty, w opinii których uregulowania wynikające z przywołanych dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne nie muszą składać wniosków aplikacyjnych czy podpisywać umowy o dofinansowanie. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny 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. Korzystanie ze środków publicznych zawsze wiąże się z wyższymi wymaganiami co do ich wydatkowania, które winno być przeprowadzone w sposób celowy i oszczędny. Dlatego też 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. 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.

Wskazania wymaga, iż Zasady, do stosowania których Beneficjent zobowiązał się podpisując Umowę (§ 16 ust. 6 Umowy), stanowią zbiór informacji niezbędnych do prawidłowego udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ m.in. przez podmioty nie zobowiązane do stosowania pzp (np. przedsiębiorcy) oraz wskazują na sposób przeprowadzenia i dokumentowania procedury związanej z udzieleniem zamówienia. Przywołany dokument, w Rozdziale 2 pkt 7, wymienia najważniejsze zasady wydatkowania środków publicznych, do których należą:

- a) zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, która służy temu aby zarówno na etapie przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji,
- b) zasada jawności i przejrzystości gwarantująca, że postępowanie o udzielenie zamówienia zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- c) zasada celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, która zapewnić ma uzyskanie jak najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku.

Ponadto, zgodnie z Zasadami (Rozdział 3, podrozdział 3.4, punkt 7) kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia winny być formułowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy czym m.in:

- a) każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia,
- b) każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie poinformowany oferent, który dołożył należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób,
- c) wagi (znaczenie) poszczególnych kryteriów powinny być określone w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowej sprawie, w związku z wynikami kontroli doraźnej przeprowadzonej na dokumentach w dniu 18 października 2017 r. ustalono, iż poprzez określenie w treści zapytania ofertowego w ramach postępowania dotyczącego realizacji Zadania nr 1 „Zakup i instalacja drukarni fleksograficznej” kryterium terminu wykonania zamówienia na poziomie 60 % naruszono zasadę równego traktowania wykonawców. Przyczyną stwierdzenia powyższego było takie ukształtowanie przez Beneficjenta przywołanego wyżej kryterium, które w sposób jednoznaczny dopuszczało możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców, mogących zaoferować minimalny termin realizacji zamówienia, czyniąc to niezależnie od wysokości zaoferowanej ceny, której kryterium ustalono na poziomie 30 %. Takie ujęcie omawianego kryterium, tj. przyznanie odpowiednio większej liczby punktów za wykonanie zamówienia w określonym terminie, preferowało wykonawców mogących zaoferować skrócony termin jego realizacji, przy jednoczesnej dyskryminacji pozostałych wykonawców obecnych na rynku.

W tym miejscu stwierdzić należy, co uczyniono również na etapie czynności kontrolnych, iż IZ RPO WZ nie kwestionuje, samego faktu zastosowania kryterium terminu wykonania zamówienia w tym jego wagi, Beneficjent ma bowiem pełną swobodę w zakresie ustalania poszczególnych kryteriów oceny ofert w tym ich znaczenia, a określenie tego kryterium w wysokości aż 60 % i przyznanie punktów za wykonanie zamówienia w określonych datą terminach. Jak wskazywano bowiem w protokole pokontrolnym z dnia 6 listopada 2017 r. pozacenowemu kryterium oceny oferty w postaci terminu realizacji umowy przyznaje się w praktyce znaczenie na poziomie od 5 % do 20 % (tak, „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie” opracowanie pod redakcją Jacka Sadowego, Warszawa 2011 r.).

Odnosząc się niniejszym do stanowiska Beneficjenta przedstawionego w piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r., w którym zakwestionowana została zasadność ustaleń dokonanych przez IZ RPO WZ, stwierdzić należy na wstępie, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji wykonawców. Poza bowiem przypadkami zamawiania najprostszych dostaw czy usług, gdzie jedynym kryterium jest cena, zapisy zawarte w postępowaniu o udzielenie zamówienia nigdy nie będą w równym stopniu odpowiadać wszystkim potencjalnym wykonawcom zainteresowanym wykonaniem określonego zamówienia. Powyższe sprawia, iż w związku z właściwościami podmiotowymi wykonawców czy profilem ich oferty wymienieni nie będą mogli skutecznie konkurować w uzyskaniu zamówienia. Przywołane ograniczenia konkurencji powodują, iż oferty części wykonawców nie zostaną dopuszczone albo też wymogi

zamówienia prowadzą do sytuacji, w której niektórzy z nich będą wprawdzie mogli złożyć ważną i odpowiadającą stawianym warunkom ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, na tle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Ograniczenia wymienione jako ostatnie są powszechne i nieodzwonne podlegają jednak analizie pod względem możliwości uzyskania danego zamówienia dla określonego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio przekłada się na nieuzasadnione ułatwienie określonym podmiotom uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców obecnych na rynku. Tym samym uznać należy, iż jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowić będzie naruszenie zasady ich równego traktowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, IZ RPO WZ uznała, że Beneficjent ustalając kryterium terminu wykonania zamówienia na poziomie 60 % zawęził konkurencję czyniąc to poprzez preferowanie wykonawców, którzy mogą zaoferować skrócony termin jego wykonania niezależnie od wysokości zaoferowanej ceny, przy jednoczesnej dyskryminacji tej części podmiotów obecnych na rynku, którzy oferując dłuższy czas realizacji zamówienia mogli zaproponować ofertę korzystniejszą cenowo. Wprawdzie w przedmiotowej sprawie trzej oferenci, tj. U., C., K. złożyli oferty porównywalne cenowo (tj. odpowiednio XXXXXXX,XX Euro, XXXXXXX,XX Euro, XXXXXXX,XX Euro) to jednak Beneficjent nie mógł tego przewidzieć jeszcze na etapie sporządzania dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym potencjalnie możliwym było dokonanie wyboru oferenta, który z dwóch kryteriów pozacenowych, tj. kryterium terminu wykonania zamówienia oraz kryterium okresu gwarancji i rękojmi za wady, otrzymał maksymalną ilość punktów (odpowiednio 60 i 10), a oferowana przez niego cena była znacząca wyższa od oferty najkorzystniejszej cenowo. Ponadto istniało prawdopodobieństwo, że tak postawiony warunek dotyczący terminu wykonania zamówienia, zniechęcił potencjalnych wykonawców mogących zaproponować niższą cenę realizacji zamówienia, ale przy dłuższym terminie jego wykonania bowiem mieli oni świadomość, że dostarczając drukarnię fleksograficzną w terminie, za który otrzymaliby mniejszą liczbę punktów i tak nie mieliby szans na wygranie przedmiotowego postępowania.

Z uwagi na powyższe nie można zgodzić się ze stanowiskiem Beneficjenta, iż IZ RPO WZ nie wykazała, iż ustalenie przez wymienionego kryterium terminu wykonania zamówienia prowadziło do zawężania konkurencji bowiem przywołane wyżej okoliczności znalazły swoje odzwierciedlenie zarówno w protokole pokontrolnym z dnia 6 listopada 2017 r. jak i w piśmie z dnia 30 stycznia 2018 r., zawierającym ostateczne stanowisko dotyczące kontroli doraźnej. Niezasadnym jest również twierdzenie, iż przywołany organ administracji nie odniósł się w sposób należyty do okoliczności prezentowanych przez wymienionego, a mających potwierdzić zasadność zastosowania omawianego kryterium oceny ofert, tj. koniecznością szybkiego uruchomienia drugiej maszyny drukarskiej z uwagi na obawę utraty stałych odbiorców, co prowadziłoby do utraty części przychodów. W tym miejscu wskazać należy, iż IZ RPO WZ w sposób całościowy i wyczerpujący ustosunkowała się do wyjaśnień składanych przez Stronę świadczących o istnieniu uzasadnionych potrzeb do sformułowania kryterium terminu wykonania zamówienia na poziomie 60 %. Potwierdzeniem powyższego, jest m.in. gruntowna analiza dokumentów finansowych dostarczonych przez Beneficjenta pod kątem zwiększenia przychodów w związku z użytkowaniem drugiej drukarni fleksograficznej.

Ze względu na fakt, iż pełnomocnik Strony również na etapie postępowania administracyjnego w piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r. przywołał tożsame co wyżej okoliczności mające świadczyć o zasadności zastosowania omawianego kryterium oceny ofert, dostarczając przy tym stosowną dokumentację, w tym wydruk rachunku zysków i strat za okres od listopada 2016 r. do lutego 2018 r., powtórzyć należy niniejszym, iż w wyniku dokonania ponownej analizy nie stwierdzono znaczącego zwiększenia przychodów ze sprzedaży produktów w tym wzroście na zakładanym przez Beneficjenta, w jego piśmie z dnia 15 grudnia 2017 r., poziomie, tj. o około XXXXX,XX zł miesięcznie (niż w okresie odniesienia, tj. lata 2014 – 2015).

W przedmiotowej sprawie bezspornym jest, iż drukarnia fleksograficzna została przyjęta do użytkowania w dniu 6 listopada 2017 r., a zatem IZ RPO WZ dokonała porównania miesięcznych przychodów osiąganych przez Stronę w okresie po listopadzie 2017 r. w stosunku do przychodów uzyskiwanych jeszcze w październiku 2017 r., tj. przed rozpoczęciem użytkowania drugiej maszyny drukarskiej. I tak, przychody za listopad 2017 r. w stosunku do przychodów uzyskanych w październiku 2017 r. wzrosły o XXXXX,XX zł (XXXXXX,XX zł – XXXXX,XX zł), natomiast za grudzień 2017 r., wzrost wynosił zaledwie XXXXX,XX zł (XXXXXX,XX zł – XXXXX,XX zł). Powyższe dane finansowe wskazują, iż przychody uzyskane po uruchomieniu drugiej drukarni nie odbiegały

w sposób znaczący (uwzględniając obroty firmy) od przychodów osiągniętych przez Beneficjenta

w październiku 2017 r., tj. w okresie kiedy zakupiona w ramach Projektu drukarnia nie była jeszcze użytkowana. Co istotne, przychód uzyskany we wrześniu 2017 r. w wysokości XXXXXX,XX zł był wyższy zarówno od przywołanych wyżej przychodów za poszczególne miesiące ostatniego kwartału roku 2017, jak również za miesiąc luty 2018 r., który wynosił XXXXXX,XX. Dokonana analiza miesięcznych przychodów Beneficjenta pozwala na potwierdzenie stanowiska IZ RPO WZ wyrażone już w jej piśmie z dnia 30 stycznia 2018 r., zgodnie z którym przyjęcie do użytkowania drugiej drukarni fleksograficznej nie spowodowało zwiększenia przychodów Beneficjenta. Na marginesie wskazać należy, iż przywołany wyżej przychód za wrzesień 2017 r. w porównaniu do przychodu uzyskanego w lutym 2018 r., stoi w sprzeczności z wyjaśnieniem Strony złożonymi w jego piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r., w myśl których zoptymalizowanie prowadzonej produkcji opakowań i wzrost przychodów w oparciu o dwie pracujące równolegle maszyny drukarskie wymaga kilkumiesięcznego okresu dostosowania. W miesiącu lutym 2018 r. bowiem przywołany okres dostosowania liczony od momentu rozpoczęcia użytkowania drugiej maszyny drukarskiej wynosił już cztery miesiące, a i tak przychód z tego miesiąca był niższy o XXXXXX,XX zł od przychodu uzyskanego we wrześniu 2017 r. Odnosząc się natomiast do użytego przez Beneficjenta sformułowania o wyjątkowości wzrostu przychodu we wrześniu 2017 r., którego wymieniony w żaden sposób nie uzasadnił, stwierdzić należy, iż również odnotowywany, a do tej pory pomijany wzrost przychodów osiągnięty w styczniu 2018 r. w wysokości XXXXXX,XX zł, na tle innych miesięcy, tj. w okresie od listopada 2017 r. do lutego 2018 r. mógł nosić cechy wyjątkowości. Nie przeszkodziło to jednak Stronie stwierdzić, iż uśredniony miesięczny przychód od momentu rozpoczęcia użytkowania drugiej maszyny drukarskiej wzrósł z XXXXXX,XX zł do około XXXXXX,XX zł gdzie jak wykazano wyżej przychód za poszczególne miesiące w ostatnim kwartale 2017 r., tj. za miesiąc listopad i grudzień 2017 r. był nieznaczący, a co istotniejsze nie był nawet zbliżony od deklarowanego, tj. o XXXXXX,XX zł.

Na marginesie wskazać należy ponadto, iż Beneficjent kwestionując w punkcie 10 omawianego pisma z dnia 4 kwietnia 2018 r. prawidłowość wniosków IZ RPO WZ sformułowanych na etapie postępowania kontrolnego, w sposób błędny przywołuje łączną wysokość przychodu uzyskanego w okresie czterech miesięcy (różnica pomiędzy najniżej i najwyżej punktowanym terminem realizacji zamówienia) od rozpoczęcia użytkowania drugiej drukarni, porównując go do miesięcznych przychodów ze sprzedaży produktów uzyskiwanych w analogicznych miesiącach roku poprzedniego. W opinii IZ RPO WZ najbardziej zasadnym, byłoby bowiem porównywanie przychodu uzyskiwanego na miesiąc przed rozpoczęciem użytkowania maszyny drukarskiej bowiem to ten przychód uwzględnia zarówno obecną koniunkturę gospodarczą, jak również aktualne ceny materiałów służących do produkcji wytwarzanych przez Beneficjenta towarów. Tym samym, uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż przychód w przywołanym wyżej okresie, tj. od listopada 2017 r. do lutego 2018 r., w porównaniu do października 2017 r. wyniósł łącznie XXXXXX,XX zł (XXXXXX,XX zł – XXXXXX,XX zł = XXXXXX,XX zł; XXXXXX,XX zł – XXXXXX,XX zł = XXXXXX,XX zł; XXXXXX,XX zł – XXXXXX,XX zł = XXXXXX,XX zł; XXXXXX,XX zł + XXXXXX,XX zł = XXXXXX,XX zł; XXXXXX,XX zł + XXXXXX,XX zł = XXXXXX,XX zł), co jest kwotą nieporównywalnie niższą od tej przytoczonej przez Stronę, tj. XXXXXX,XX zł, a która to kwota miałaby potwierdzać jej uzasadnione potrzeby do zastosowania kryterium oceny ofert kwestionowanego przez IZ RPO WZ. Beneficjent w punkcie 11 pisma z dnia 4 kwietnia 2018 r. dowodzi bowiem, iż przychód osiągnięty w okresie objętym kryterium terminu wykonania zamówienia stanowi aż X ceny oferowanej przez potencjalnych wykonawców w przeprowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, tj. braku rzeczowego uzasadnienia dla stwarzania przez Beneficjenta bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, a przejawiający się poprzez określenie kryterium terminu wykonania zamówienia na poziomie 60 %, stwierdzić należy niniejszym, iż gdyby wymieniony zakładał konieczność uzyskania zamówienia w określonym i nieprzekraczalnym terminie to powinien ten termin ustalić, a następnie uzasadnić jego wymaganie. Jednakże w przypadku, gdy Strona jedynie wprowadza kryteria oceny ofert, które jednoznacznie preferują wykonawców, którzy skrócony termin mogą zaoferować tzn. dopuszczają, iż wykonawcy oferujący minimalny termin wykonania zamówienia właściwie niezależnie od wysokości zaoferowanej ceny zamówienia uzyskają – postanowienie tego typu uznać należy za dyskryminujące część wykonawców obecnych na rynku w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego (tak, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP/361/10). W świetle powyższego wskazać należy, iż jedynie w przypadku gdy Beneficjent ustala termin, który ze względu na jego uzasadnione potrzeby bądź specyfikę zamówienia nie może zostać przekroczony, powinien to należycie uzasadnić. W tym przypadku ewentualny spór o jego zasadność podlegałby ocenie czy jego określenie było uzasadnione potrzebami zamawiającego, związanymi np. z koniecznością wydatkowania środków lub przemożnymi względami społecznymi czy jak w przedmiotowej sprawie obawą utraty dotychczasowych kontrahentów i związaną z tym utratą przychodów czy brak możliwości

generowania zysku na przyszłość. Powyższe, jak wynika ze wskazanego orzeczenia, nie jest jednak wymagane przy zastosowaniu kryterium oceny oferty w sposób zawężający konkurencję dla wykonawców, którzy nie mogą zaoferować skróconego terminu wykonania zamówienia. W tym przypadku z założenia przyjmuje się bowiem, iż uzasadnione potrzeby zamawiającego nie istnieją, a co za tym idzie nie ma konieczności wykazywania ich istnienia, a następnie poddawania ich ocenie.

IZ RPO WZ niniejszym nadmienia ponadto, iż gdyby po stronie Beneficjenta rzeczywiście zaistniała konieczność zastosowania możliwie jak najszybszego terminu wykonania zamówienia, co uzasadniałby istnieniem stosownych potrzeb, to w umowie między nim, a wykonawcą określiłby kary umowne na wypadek opóźnień wykonawcy w jej realizacji w zadeklarowanym w ofercie terminie. W kontrakcie nr O. z dnia 28 sierpnia 2017 r. brak jest jednak stosownych zapisów o ewentualnych karach za niedotrzymanie terminu. Co więcej, w punkcie 9 ogólnych warunków sprzedaży przywołanej wyżej umowy dostawca dopuszcza możliwość automatycznego wydłużenia terminu dostawy w przypadku opóźnienia płatności przez klienta, a także w przypadku modyfikacji dóbr, ustalonych między kupującym a sprzedającym.

Podsumowując wszystko powyższe wskazać należy, iż po dokonaniu szczegółowej analizy zebranej dokumentacji w tym okoliczności faktycznych występujących w przedmiotowej sprawie, a także złożonych wyjaśnień stwierdzono, że Beneficjent kształtując kryterium terminu realizacji zamówienia poprzez określenie go na poziomie 60 %, doprowadził do dyskryminacyjnego ustalenia warunków udziału w postępowaniu o jego udzielenie czym naruszył Zasady stanowiące załącznik nr 5 do Umowy do których stosowania był zobowiązany (§ 16 ust. 3 Umowy). Powyższe, zgodnie z poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia prowadziło do zastosowania korekty finansowej, która w związku z faktem, iż przywołane wyżej uchyczenie pozostawało bez wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej została ustalona na poziomie 5 %.

Ze względu na okoliczność, iż Strona ustalając kryteria pozacenowe, tj. kryterium terminu wykonania zamówienia oraz kryterium okresu gwarancji i rękojmi za wady, na łącznym poziomie 70 %, a co za tym idzie pozostawiając kryterium ceny na poziomie 30 %, doprowadziła do sytuacji, w której otrzymane oferty mogłyby przedstawiać zawyżone ceny, które z uwagi na uzyskanie maksymalnej liczby punktów wynikających z przywołanych jako pierwsze kryteriów pozacenowych i tak byłyby najkorzystniejsze. Takie działanie jest niezgodne z cytowaną na wstępie niniejszego orzeczenia zasadą wyrażoną w § 5 ust. 9 Umowy, zgodnie z którą Beneficjent zobowiązał się do realizacji Projektu, z należytą starannością, ponosząc wydatki oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego.

Jednocześnie wskazania wymaga, iż Beneficjent przystępując do konkursu, a następnie podpisując Umowę zobowiązał się do stosowania odpowiednich zasad gospodarowania środkami publicznymi wynikającymi z przepisów ufp oraz Umowy (§ 16 ust. 3 i 6). Z brzmienia art. 44 ust. 3 ufp, wynika, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane m.in. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Celowość wydatków oznacza ich słuszność, niezbędność oraz związek z realizacją wykonywanego zadania publicznego. Pod pojęciem oszczędności należy rozumieć minimalizację wykorzystywanych zasobów przy czym istotne jest także, aby oszczędne wydatkowanie nie oznaczało obniżenia jakości działalności. (tak, komentarz do art. 44 ufp B. Kucia – Guściora (w:) Smoleń (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2014). W oparciu o zapisy Umowy konieczność zachowania powyższych zasad, sprowadza się w szczególności do konieczności wypełnienia przez Beneficjenta obowiązku wybrania i udzielenia zamówienia w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe w tym miejscu odnieść należy się do ostatniego z podnoszonych przez Beneficjenta zastrzeżeń, tj. sformułowania przez IZ RPO WZ stanowiska opartego na przesłankach innych niż wynikające z pozycji 12 Załącznika do Rozporządzenia, tj. na § 5 ust. 9 Umowy oraz art. 44 ust. 3 ufp. I tak stwierdzić należy, iż IZ RPO WZ umieszczając w piśmie z dnia 30 stycznia 2018 r. przywołany wyżej zapis umowny oraz normę prawną czyni to jako konsekwencję naruszenia Zasad, a nie jako dodatkową czy powiązaną przesłankę wynikającą z Rozporządzenia, a zatem formułowanie powyższego naruszenia uznać należy za chybione.

Kontynuując tym samym dalsze rozważania, stwierdzić należy, iż w związku ze stwierdzonym naruszeniem art. 44 ust. 3 ufp, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości indywidualnej wymienionej w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Wskazać należy, iż do stwierdzenia przywołanej nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej poprzez jego obciążenie

nieuzasadnionym wydatkiem. Warunkiem nałożenia korekty finansowej i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie Unii Europejskiej. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości, ustaliła, iż Beneficjent swoimi działaniami doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi Unii Europejskiej i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wskazanej normy prawnej, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który poprzez dyskryminujące określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia, mógłby być wyższy w wyniku dopuszczenia wykonawców, którzy wprawdzie wykonaliby zamówienie w skróconym terminie oznaczonym przez Stronę jednak za ceną nawet kilkukrotnie wyższą niż wynikającą z oferty najkorzystniejszej. W tym miejscu wskazać należy ponadto, iż zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju zawartym w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ), a wypracowanym na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z dnia 14 lipca 2014 r. w sprawie C-406/14, właściwa miejscowo instytucja zarządzająca, wbrew dotychczasowej praktyce polegającej na uwidacznianiu negatywnych skutków finansowych (choćby potencjalnych) dla budżetu UE, winna obecnie wykazywać jedynie, że nie można wykluczyć, że naruszenie prawa miało wpływ na budżet, a ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych spoczywa na beneficjencie. Powyższa wykładnia nieprawidłowości znajduje swoje odzwierciedlenie również w wyroku TSUE z dnia 6 grudnia 2017 r. wydanym w sprawie C-408/16. Na marginesie nadmienić należy, iż przywołane wyroki odnoszą się do definicji nieprawidłowości zawartej w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. U. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm.), który to akt normatywny obowiązywał w czasie trwania poprzedniej perspektywy finansowej, tj. na lata 2007 – 2013. Jednakże w Rozporządzeniu nr 1303/2013 pojęcie nieprawidłowości zdefiniowane jest niemalże identycznie co pozwala przyjąć, że przywołana wyżej wykładnia dokonana przez TSUE nie ulegnie zmianie w obecnej perspektywie finansowej. Odnosnie powyższych rozważań podkreślenia wymaga fakt, iż Beneficjent zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i w toku postępowania administracyjnego nie przedstawił okoliczności mogących świadczyć, iż naruszenie prawa wynikające z jego działania wykluczało negatywny wpływ na budżet UE.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obniżenie wartości korekty finansowej oblicza się według wzoru: $Wk = W\% \times Wkw \times Wś$, gdzie Wk to wartość korekty finansowej, Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia, $Wś$ – procentowa wartość współfinansowania UE, $W\%$ – stawka procentowa. Po dokonaniu stosownych wyliczeń w oparciu o przywołany wyżej wzór wartość korekty finansowej wyniosła 108 020,42 zł ($5\% \times 5\,254\,211,60 \text{ zł} \times 41,1176525558\%$), z czego kwota 57 454,64 zł została pomniejszona z wniosku o płatność końcową (środki niewypłacone, co do których zgoda Beneficjenta na ich pomniejszenie nie jest wymagana). Do zwrotu pozostała zatem kwota 50 565,78 zł ($108\,020,42 \text{ zł} - 57\,454,64 \text{ zł}$) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia ich przekazania.

Wynik kontroli udzielonego zamówienia publicznego jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Beneficjenta, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 ufp, który obligował IZ RPO WZ do skierowania do wymienionego wezwania do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Bezskuteczny upływ 14 - dniowego terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, skutkuje wobec Strony wszczęciem postępowania administracyjnego zakończonego wydaniem decyzji administracyjnej określającej kwotę wymaganą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków (art. 207 ust. 9 ufp).

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

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

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

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

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.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) J.
Radca prawny A.
ul. S.
XX-XXX S.
- 2) a/a