

Załącznik do uchwały nr 1178/20  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 28 sierpnia 2020 r.

Adresat  
**Roztocze Energia Sp. z o.o.**  
**ul. Panieńska 16**  
**70 – 535 Szczecin**

Sygnatura  
WWRPO.VIII.3162.1.2020.KO

**DECYZJA**  
**Nr WWRPO/2014-2020/15/W/2020**

podjęta w dniu 28 sierpnia 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

Olgiard Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Olgiard Kustosz - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Anna Bańkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,  
Stanisław Wziątek - Członek Zarządu 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 2020 r., poz. 818 t.j.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.) 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 2019 r., poz. 512 z późn. zm.) Zarząd Województwa

**orzeka**

zwrot od Beneficjenta – Roztocze Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Panieńskiej 16, środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-B015/17-00 zawartej w dniu 14 czerwca 2018 r. na realizację projektu pn. „Farma Fotowoltaiczna Roztocze” w łącznej kwocie 66 787,63 zł (słownie: sześćdziesiąt sześć tysięcy siedemset

osiemdziesiąt siedem złotych 63/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych w tym:

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 31 583,70 zł liczonych od dnia 18 lutego 2019 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 35 203,93 zł liczonych od dnia 26 sierpnia 2019 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 70 1020 4795 0000 9002 0300 8372, 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

W dniu 14 czerwca 2018 r. Roztocze Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie przy ul. Panieńskiej 16 (zwana dalej Beneficjentem lub Spółką) zawarła 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.02.10.00-32-B015/17-00 (zwana dalej Umową) na realizację projektu pn. „Farma Fotowoltaiczna Roztocze” Oś Priorytetowa II „Gospodarka niskoemisyjna”, Działanie 2.10 „Zwiększenie wykorzystania źródeł odnawialnych” (zwanym dalej Projektem). Pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zawarto dodatkowo dwa aneksy do Umowy nr RPZP.02.10.00-32-B015/17-01 z dnia 14 czerwca 2018 r. oraz nr RPZP.02.10.00-32-B015/17-02 z dnia 3 września 2019 r.

Umowa określa szczegółowe zasady dofinansowania Projektu, a także wynikające z nich prawa i obowiązki Beneficjenta. Zgodnie z jej postanowieniami IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych ponoszonych w związku z realizacją Projektu. Beneficjent zobowiązał się natomiast do realizacji Projektu na podstawie wniosku o dofinansowanie, zgodnie z właściwymi przepisami prawa unijnego oraz polskiego, z zachowaniem zasad o których mowa w wytycznych horyzontalnych, jak też z uwzględnieniem postanowień regulaminu naboru projektów do działania, na podstawie którego wymieniony projekt został wybrany do dofinansowania (§ 4 ust. 3 Umowy). Ponadto Beneficjent na podstawie § 17 ust. 1 Umowy miał obowiązek dokonywania wydatków w oparciu o ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm., zwanej dalej ufp) w zakresie wydatkowania środków publicznych, w szczególności czyniąc to w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku. Dodatkowo wymieniony zgodnie § 17 ust. 3 Umowy zobowiązany był do przygotowania i przeprowadzenia postępowania 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 6.1” (zwanym dalej Zasadami), stanowiących załącznik nr 10 do Umowy. Z kolei w myśl § 17 ust. 6 Umowy szczególne zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a także pozostałe warunki i procedury określają m.in. 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 z późn. zm., zwanej dalej ustawą wdrożeniową), Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 (zwane dalej Wytycznymi) oraz Zasady.

Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy wdrożeniowej, jak też § 16 Umowy IZ RPO WZ w dniu 12 września 2019 r. przeprowadziła kontrolę doraźną Projektu. W wyniku podjętych czynności

kontrolnych stwierdzono, iż Beneficjent w ramach przedmiotu zamówienia pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” dopuścił się następujących naruszeń w postaci:

- zawarcia w wymaganiach technicznych, stanowiących część zapytania ofertowego, odniesienia do powłoki ochronnej M. (ocynkowana stal), co stanowi wskazanie konkretnego rozwiązania technologicznego przy jednoczesnym braku możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych. Za powyższe naruszenie, 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), przewidziano 25% stawkę korekty z możliwością obniżenia jej do 10% albo 5% (poz. 20 Załącznika do Rozporządzenia),
- sformułowania warunku wiedzy oraz doświadczenia w ten sposób, że wymagano od potencjalnych wykonawców kompleksowej realizacji obiektów elektrowni fotowoltaicznych o łącznej mocy minimum 5MV (w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert), czyniąc ten warunek nadmiernym, tj. przewyższającym wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia dotyczącego instalacji fotowoltaicznej o mocy 1MV. Konsekwencją powyższego było ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców i zmniejszenie konkurencji w postępowaniu, za które to naruszenie przewidziano korektę w wysokości 25% z możliwością jej obniżenia do 10% albo 5% (poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia),
- dokonania istotnych zmian postanowień zawartej z wykonawcą umowy z dnia 15 stycznia 2019 r. (aneks nr (...) z dnia 15 maja 2019 r.) w stosunku do treści oferty poprzez zmianę harmonogramu realizacji inwestycji polegającej na wskazaniu końcowej daty zakończenia robót na dzień 25 czerwca 2019 r. Umowa zawarta z wykonawcą pierwotnie przewidywała zakończenie robót w terminach: – wykonanie robót budowlanych, kompleksowa dostawa i montaż Farmy Fotowoltaicznej Roztocze najpóźniej do 30.04.2019 r., – przyłączenie do krajowego systemu elektroenergetycznego Farmy Fotowoltaicznej Roztocze – najpóźniej do 15.05.2019 r. Za powyższe naruszenie przewidziano korektę w wysokości 25% z możliwością jej obniżenia do 10% albo 5% (poz. 28 Załącznika do Rozporządzenia).

Odnośnie natomiast postępowania ofertowego pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” zespół kontrolujący stwierdził, iż Beneficjent:

- publikując stosowne ogłoszenie w dniu 10 kwietnia 2019 r., a następnie wyznaczając termin składania ofert na dzień 17 kwietnia 2019 r. do godz. 15.00, a zatem jeszcze przed upływem 7 – dniowego terminu, naruszył obowiązujące go procedury, za które to uchybienie przewidziano 5% stawkę korekty z możliwością obniżenia jej do 2% (poz. 14 Załącznika do Rozporządzenia),
- umieszczając zapytanie ofertowe jedynie na swojej stronie internetowej naruszył postanowienia dotyczące prawidłowej jego publikacji, zgodnie z którymi zapytania ofertowe powinny być upublicznione w szerszym zakresie, za które to naruszenie przewidziano korektę w wysokości 25% bez możliwości jej obniżenia (poz. 4 Załącznika do Rozporządzenia),
- nie dostarczając oświadczenia o braku powiązań z wykonawcami, którzy złożyli oferty podpisane przez wymienionego, a który to dokument zgodnie z obowiązującymi procedurami stanowi załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia naruszył regulacje w nich ujęte, za które to naruszenie przewidziano korektę w wysokości 25% z możliwością jej obniżenia do 10% albo 5% (poz. 26 Załącznika do Rozporządzenia).

Spółka pismem z dnia 28 października 2019 r. złożyła zastrzeżenia do poszczególnych naruszeń stwierdzonych w protokole pokontrolnym z dnia 8 października 2019 r., składając jednocześnie oświadczenie o odmowie jego podpisania. I tak, odnośnie postępowania ofertowego pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” i użytego w jego ramach wymagania technicznego polegającego na zastosowaniu stali z powłoką ochronną M. wymieniona spółka kapitałowa stwierdziła, iż w jej przekonaniu tak sformułowany wymóg w żaden sposób nie wpływa na wskazanie konkretnego produktu, a tym bardziej dostawcy. Producentów konstrukcji wsporczych, które zbudowane są ze stali

pokrytej powłoką ochronną M. jest bowiem wielu zarówno w Polsce jak i w Europie, a generalny wykonawca, który miał wybudować farmę fotowoltaiczną mógł dokonać zakupu stosownych konstrukcji u dowolnego z nich. Stal pokryta omawianą powłoką jest natomiast produktem powszechnym, sprawdzonym i standardowym, który zapewnia długotrwałą ochronę konstrukcji z niej zbudowanej, a w konsekwencji trwałość wybudowanej przy ich użyciu farmy fotowoltaicznej. Beneficjent podkreślił jednocześnie, iż omawiane postępowanie dotyczyło wyłonienia generalnego wykonawcy, który miał odpowiadać za organizację procesu budowy oraz dostawę wszelkich komponentów, w tym konstrukcji do montażu paneli fotowoltaicznych. Każdy podmiot deklarujący chęć wzięcia udziału w postępowaniu miał zatem możliwość uwzględnienia konstrukcji wykonanej ze stali pokrytej powłoką ochronną M. w przeprowadzonej przez niego kalkulacji. Omawiany wymóg techniczny w żaden sposób nie ograniczał tym samym możliwości złożenia prawidłowej oferty zarówno podmiotom krajowym jak i zagranicznym. Dodano przy tym, iż stal z powłoką ochronną M. nie jest produktem, na który jakkolwiek podmiot działający w Polsce ma wyłączność i do którego dostęp może być ograniczony. Podsumowując powyższe Beneficjent wskazał, iż tak sformułowane wymaganie techniczne w żaden sposób nie wpłynęło na zachowanie zasady konkurencyjności w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do uznanego za nadmierny warunku udziału w omawianym postępowaniu Spółka podniosła, że wymóg aby oferenci posiadali doświadczenie polegające na wykonaniu farm fotowoltaicznych o łącznej mocy co najmniej 5MV jest uprawniony. Rozwijając powyższe Beneficjent wskazał, iż z uwagi na konieczność zrealizowania Projektu w nieprzekraczalnym terminie wynikającym z Regulaminu konkursu, tj. do dnia 30 czerwca 2019 r. procedura wyboru jego wykonawcy musiała do minimum ograniczać ryzyko przekroczenia wskazanego terminu. Narzędziem umożliwiającym wybór solidnego kontrahenta jest natomiast odwołanie się do jego doświadczenia. Spółka zauważyła przy tym, iż omawiana kwestia nie została ujęta w Wytycznych co powoduje, iż ocena dokonana przez IZ RPO WZ ma charakter subiektywny. Formułując przytoczony warunek Beneficjent poza koniecznością realizacji Projektu w terminie uwzględnił również zobowiązanie do nie dyskryminowania potencjalnych wykonawców. W tym celu dokonał stosownej analizy, w wyniku której ustalił, iż wiedzące na rynku podmioty posiadały doświadczenie w realizacji inwestycji o mocy ponad 100MV, a zatem stworzenie wymogu na poziomie 5MV, nie stanowiło wielkości znaczącej, a jednocześnie pozwalało na wybór takiego wykonawcy, który dochowa wyznaczonego terminu. Ponadto doświadczenie generalnego wykonawcy na minimalnym poziomie 5MV miało również zagwarantować zrealizowanie Projektu na podstawie odpowiednio dobranych urządzeń i komponentów, które określone zostaną w opracowanej przez niego dokumentacji wykonawczej, co pozwoli z kolei na zoptymalizowanie jakości i efektywności pracy farmy fotowoltaicznej w przyszłości.

W dalszej części pisma, ustosunkowując się do zarzutu dokonania istotnej zmiany postanowień umowy zawartej z wykonawcą w stosunku do treści oferty Beneficjent wskazał, iż przewidział ewentualne zmiany, które mogą wystąpić w trakcie budowy farmy fotowoltaicznej i ujął je w zapytaniu ofertowym, przywołując przy tym stosowne zapisy w nim zawarte. Spółka podniosła ponadto, że terminowy przebieg realizacji Projektu oraz dotrzymanie nieprzekraczalnego terminu wynikającego z Regulaminu konkursu wymagało od niej dołożenia wszelkich starań z uwagi na zagrożenie opóźnienia z podłączeniem przez E. Sp. z o.o. farmy fotowoltaicznej do sieci elektroenergetycznej i związaną z tym wielokrotną zmianą warunków przyłączeniowych, gdzie ostatnia datowana była na dzień 11 czerwca 2019 r. Powyższe wymusiło na Beneficjencie pokrycie we własnym zakresie kosztów zakupu słupa SN wraz z urządzeniami rozłącznikowymi i rozszerzenie zakresu prac związanych z dostosowaniem punktu przyłączenia. W wyniku czego wymieniony w trybie pilnym ogłosił dodatkowy przetarg na zakup i montaż słupa SN wraz z punktem rozłącznikowym, zgodnie z zapowiedzianymi przez E. Sp. z o.o. nowymi warunkami przyłączeniowymi, zachowując przy tym zasadę konkurencyjności i spełniające wszystkie kryteria wyboru wykonawcy.

Podsumowując złożone wyjaśnienia Beneficjent stwierdził, że na każdym etapie realizacji inwestycji dochował należytej staranności zarówno w zakresie prawidłowo przygotowanego Projektu i jak wyłonienia w postępowaniu przetargowym generalnego wykonawcy, czyniąc to z zachowaniem zasady konkurencyjności i przy poszanowaniu środków publicznych. Dodatkowo, do omówionego pisma z dnia 28 października 2019 r. dołączono oświadczenie o braku powiązań z wykonawcami

złożonego w ramach zamówienia pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze”.

W nawiązaniu do przeprowadzonej kontroli doraźnej Projektu jak i złożonych w jej następstwie zastrzeżeń IZ RPO WZ pismem z dnia 12 listopada 2019 r. poinformowała Beneficjenta o ostatecznym stanowisku w zakresie stwierdzonych uprzednio naruszeń. Odnosząc się do ujętego w ramach wymagań technicznych przedmiotu zamówienia pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” odniesienia do powłoki M., przywołany organ administracji publicznej uznał przytoczone wyżej wyjaśnienia Spółki za niewystarczające i z tego powodu podtrzymał swoje ustalenia zawarte w protokole pokontrolnym. Za omawiane naruszenie IZ RPO WZ nałożyła korektę finansową o minimalnej wysokości, tj. 5% (poz. 20 Załącznika do Rozporządzenia). Podobnie postąpiono w przypadku uznania warunku wiedzy oraz doświadczenia polegającego na kompleksowej realizacji obiektów elektrowni fotowoltaicznych o łącznej mocy minimum 5MW za nadmierny, gdzie nie zgadzając się z argumentacją Beneficjenta podtrzymano wcześniej wyrażone ustalenia konsekwencją czego było nałożenie za wymienione naruszenie minimalnej 5% korekty finansowej (poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia). Poczynione ustalenia IZ RPO WZ zmieniała natomiast w przypadku stwierdzonego uprzednio uchybienia polegającego na dokonaniu w ramach omawianego zamówienia istotnych zmian postanowień zawartej z wykonawcą umowy w stosunku do treści oferty. Uwzględniając bowiem w całości złożone w tym zakresie wyjaśnienia Beneficjenta dotyczące przebiegu realizacji inwestycji, odstąpiono od wykazania wymienionego naruszenia.

Odnosnie naruszenia stwierdzonego w ramach zamówienia pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” polegającego na nie przedstawieniu w toku kontroli oświadczenia o braku powiązań z wykonawcami, IZ RPO WZ z uwagi na fakt, iż Beneficjent w przesłanym piśmie z dnia 28 października 2019 r. załączył przywołany dokument, odstąpiła od wykazania uchybienia związanego z zapewnieniem właściwej ścieżki audytu.

Pozostałe naruszenia stwierdzone w związku omawianym zamówieniem, tj. nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert oraz niedopełnienie obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego, zostały natomiast w całości podtrzymane bowiem Spółka w żaden sposób się do nich nie odniosła. Tym samym za naruszenie polegające na nieuprawnionym skróceniu terminu składania ofert nałożono na Beneficjenta 2% korektę finansową, tj. w obniżonej do maksimum wysokości (poz. 14 Załącznika do Rozporządzenia), zaś za naruszenie związane z niedopełnieniem obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego wymierzono korektę w wysokości 25% (poz. 4 Załącznika do Rozporządzenia).

W związku z przedstawionymi wyżej ustaleniami stwierdzono naruszenie przez Spółkę zasad gospodarowania środkami publicznymi zawartymi w art. 44 ust. 3 ufp. Powyższe skutkowało natomiast wystąpieniem nieprawidłowości indywidualnych 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., zwanego 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 (zwanego dalej UE) poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem.

Z uwagi na powyższe, na podstawie § 9 Rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości, do korekty wydatków kwalifikowalnych przedkładanych do rozliczenia w związku z zamówieniem pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” zastosowano

stawkę w wysokości 5%, natomiast do zamówienia pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” stawkę 25%. Jednocześnie IZ RPO WZ w omawianym piśmie z dnia 12 listopada 2019 r. poinformowała Spółkę, że o wysokości kwoty do zwrotu wynikających z zastosowanych korekt finansowych wymieniona zostanie poinformowana w odrębnym piśmie.

Wezwaniem z dnia 19 listopada 2019 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o konieczności zwrotu środków finansowych w łącznej w wysokości 66 787,63 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych. Jednocześnie wskazano, iż zwrot środków może zostać dokonany poprzez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej wymienionemu.

W trakcie 14 – dniowego terminu na dokonanie zwrotu środków, wynikającego z ww. wezwania Beneficjent pismem z dnia 9 grudnia 2019 r. podtrzymał w całości złożone dotychczas wyjaśnienia, wyrażając jednocześnie zgodę na pomniejszenie 25% wartości wydatków kwalifikowalnych w ramach zamówienia pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze”, które nie zostały jeszcze wypłacone. Dodatkowo wymieniony wniósł o przyjęcie dodatkowego zabezpieczenia spornych kwot np. w formie depozytu sądowego celem wypłaty przysługujących mu kolejnych płatności oraz wstrzymania biegu odsetek. W odpowiedzi na powyższe IZ RPO WZ pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. poinformowała o braku możliwości zarówno wstrzymania odsetek jak i przyjęcia dodatkowego zabezpieczenia spornych kwot, przywołując przy tym stosowne przepisy ufp i ustawy wdrożeniowej oraz Wytucznych. Z uwagi na bezskuteczny upływ terminu wskazanego w wezwaniu, w dniu 7 stycznia 2020 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). Jednocześnie wymieniony został m.in. pouczony o możliwości złożenia wniosków dowodowych oraz wyjaśnień w przedmiotowej sprawie.

Ze względu na analizę całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ postanowieniami z dnia 7 lutego 2020 r. oraz z dnia 5 marca 2020 r. przedłużyła prowadzone postępowanie administracyjne łącznie do dnia 6 maja 2020 r. Pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r. przywołany organ administracji publicznej poinformował Spółkę o regulacjach prawnych wynikających z ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694, zwaną dalej specustawą wdrożeniową), w tym o jej art. 19, w myśl którego terminy określone w art. 35 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 t.j. ze zm., zwanej dalej kpa) na załatwienie sprawy ulegają przedłużeniu o trzy miesiące, a przepisów art. 36 – 38 kpa (dotyczących m.in. obowiązku organu administracji publicznej do zawiadamiania strony o niezakończonym w terminie, a także ponaglenia) nie stosuje się. W przywołanym piśmie wskazano ponadto, iż zgodnie z art. 15 zzzzzn ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm., zwanej dalej specustawą) w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, w szczególności, gdy urząd administracji obsługujący organ administracji publicznej wykonuje zadania w sposób wyłączający bezpośrednią obsługę interesantów, organ administracji publicznej może m.in. odstąpić od zasady określonej w art. 10 § 1 kpa (zasada czynnego udziału strony). Następnie, IZ RPO WZ pismem z dnia 27 maja 2020 r. poinformowała Beneficjenta o uchyleniu art. 15 zzs specustawy, zgodnie z którym w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 bieg terminów procesowych i sądowych w postępowaniach administracyjnych nie rozpoczyna się, a rozpoczęte ulega zawieszeniu na ten okres. Ponadto wskazano, iż zgodnie z art. 68 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. z 2020 r. poz. 875) terminy w postępowaniach, o których mowa w art. 15 zzs ustawy zmienianej w art. 46, których bieg nie rozpoczął się lub uległ zawieszeniu na podstawie art. 15 zzs tej ustawy,

rozpoczynają bieg lub biegną dalej po upływie 7 dni od dnia wejścia w życie ustawy. Tym samym terminy procesowe w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie zwrotu środków rozpoczęły swój bieg bez względu na obowiązujący stan epidemii ogłoszony z powodu COVID-19. Zawiadomieniem z dnia 16 lipca 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała Spółkę o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie jak również pouczyła o uprawnieniach zawartych w art. 10 § 1 kpa. W dniu 31 lipca 2020 r. Beneficjent skorzystał z uprawnienia do przejrzenia akt sprawy. Pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała wymienionego, iż w związku z wystąpieniem zakażenia wirusem SARS CoV-2 u jednego z pracowników Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego a tym samym ziszczeniem się przesłanki ujętej w przywołanym wyżej art. 19 specustawy wdrożeniowej, jaką jest istnienie okoliczności utrudniających prowadzenie postępowania na skutek wystąpienia COVID-19, Spółka nie została zawiadomiona o przedłużeniu przedmiotowego postępowania administracyjnego, który zgodnie z informacjami zawartymi we wcześniejszej korespondencji upływał w dniu 6 sierpnia 2020 r.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie, Umowy wraz z aneksami, wyjaśnień Beneficjenta) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż 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. 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 ust. 2 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 14 czerwca 2018 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. 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.

Z uwagi na powyższe, przywołać należy w tym miejscu wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 15 stycznia 2020 r. (sygn. akt I SA/Sz 810/19), zgodnie z którym umowa o dofinansowanie stanowi podstawę dofinansowania projektu, ponieważ określa warunki, na jakich przyznawane są środki, a także prawa i obowiązki beneficjenta z tym związane. Umowa jest zatem elementem projektu, co oznacza, że realizacja jej postanowień w sposób niewłaściwy lub sprzeczny z ich treścią 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 których mowa w ufp. Kolejno, w wyroku Wojewódzkiego Sądu

Administracyjnego w Gliwicach z dnia 12 marca 2018 r. (sygn. akt IV SA/GI 815/17) wskazano, iż w świetle 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 przywołanego aktu normatywnego, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami zawartymi w umowie o dofinansowanie. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych, jak i przepisów unijnych. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą sądów administracyjnych, pojęcie innych procedur obowiązujących przy wykorzystaniu obejmuje nie tylko procedury uregulowane w przepisach powszechnie obowiązujących, lecz też normy określone w ramach systemu realizacji programu. Podpisana przez beneficjenta 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 mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Ponadto 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 Szczecinie z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. akt I SA/Sz 319/16). 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 (§ 17 ust. 3 Umowy), stanowią zbiór informacji niezbędnych do prawidłowego udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ m.in. przez podmioty niezobowiązane do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.) (np. przedsiębiorcy) oraz wskazują na sposób przeprowadzenia i dokumentowania procedury związanej z udzieleniem zamówienia. Zgodnie z punktami 5 i 11 ujętymi w Rozdziale 3.4 Zasad w celu spełnienia zasady konkurencyjności należy upublicznić zapytanie ofertowe, które zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia, który nie może odnosić się do określonego wyrobu lub źródła lub znaków towarowych, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że

takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i został określony zakres równoważności. Tożsamy zapis znajduje się również w Rozdziale 6.5.2 punkt 5 Wytycznych. W przedmiotowej sprawie, w związku z wynikami kontroli doraźnej przeprowadzonej w dniu 12 września 2019 r. ustalono, iż Beneficjent formułując wymagania techniczne w ramach zamówienia pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Rostocze”, stanowiących część zapytania ofertowego, zawarł odniesienie do powłoki ochronnej M. (ocynkowana stal). Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej producenta, tj. A. przywołana powłoka metaliczna powstająca w procesie cynkowania ogniowego to unikalne rozwiązanie stworzone przez wymienioną firmę i tylko przez nią produkowane. Tym samym wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia powłoki M. stanowi odniesienie się do konkretnego patentu i związanego z nim produktu, co przy jednoczesnym nieuwzględnieniu w zapytaniu ofertowym możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych powoduje naruszenie przywołanej wyżej regulacji ujętej w Zasadach oraz Wytycznych. Powyższego nie zmieniają złożone na etapie kontroli wyjaśnienia Beneficjenta, który podnosił w nich, iż konstrukcje stalowe wykorzystywane w budowie farmy fotowoltaicznej mogą być produkowane przez wielu producentów, a sama powłoka ochronna M. jest powszechnym rozwiązaniem w branży energetyki fotowoltaicznej. Przywołane konstrukcje muszą być bowiem wcześniej pokryte omawianą powłoką ochronną, która jak wskazano już wyżej produkowana jest tylko przez jednego producenta.

Wskazać należy dodatkowo, iż opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwić wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o jego udzielenie. Tym samym opisanie przedmiotu zamówienia przez zbyt jego dookreślenie powodujące wskazanie na konkretny produkt prowadzi do naruszenia zasady konkurencyjności ujętej w Zasadach. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 434/09), w którym wskazano, że zakazany jest taki opis przedmiotu zamówienia, który powoduje uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiających złożenie ofert. Co więcej, naruszeniem zasady konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wybór, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, iż cytowane wyżej orzeczenie zostało wydane w oparciu o regulacje prawne zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej pzp), której stosowanie nie obejmuje Beneficjenta to jednak, z uwagi na fakt, iż przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest również obowiązkiem wynikającym z Zasad oraz Wytycznych, przywoływanie orzecznictwa dotyczącego pzp jest zasadne. Tym samym poprzez użycie nazwy własnej wymieniony ograniczył konkurencję bowiem producenci lub dostawcy oferujący produkt o zbliżonych parametrach mogli zaproponować cenę niższą od oferty ostateczniej wybranej.

Wobec powyższego uznać należy, że zawarcie w wymaganiach technicznych, stanowiących część zapytania ofertowego, odniesienia do powłoki ochronnej M. (ocynkowana stal), stanowi wskazanie konkretnego rozwiązania technologicznego co przy jednoczesnym braku możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych narusza postanowienia zawarte w Zasadach dotyczących zasady konkurencyjności oraz w Wytycznych. Za przedmiotowe naruszenie, IZ RPO WZ nałożyła korektę finansową w oparciu o wskaźnik w wysokości 5% (poz. 20 Załącznika do Rozporządzenia).

Przechodząc niniejszym do omówienia kolejnego ze stwierdzonych naruszeń polegającego na stworzeniu nadmiernego warunku udziału w omawianym postępowaniu wskazać należy na wstępie, iż zgodnie z Rozdziałem 6.5.2 punkt 8 Wytycznych oraz Rozdziałem 3.4 punkt 8 Zasad warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia (...) określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy czym nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Wymieniona regulacja poprzez zakaz formułowania warunków wygórowanych ma zatem na celu umożliwienie udziału w postępowaniu ofertowym każdemu wykonawcy zdolnemu do wykonania określonego

zamówienia. Zasadnym jest zatem stwierdzenie, iż zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu powinien ocenić czy przyjęty przez niego poziom postawionych wymagań nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do zrealizowania zamówienia. Przywołane twierdzenie znajduje swoje odzwierciedlenie w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 34/10) w której wskazano, że proporcjonalność warunku oznacza, iż powinien on być mniej więcej taki sam jak przedmiot zamówienia, jednocześnie nie za duży i nie za mały.

Przenosząc poczynione wyżej rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazania wymaga, iż omawiane zamówienie dotyczyło instalacji fotowoltaicznej o mocy 1MV, przy czym Beneficjent formułując warunek udziału w postępowaniu wymagał, aby potencjalni wykonawcy zrealizowali kompleksowo obiekty elektrowni fotowoltaicznych o łącznej mocy minimum 5MV, w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż omawiany warunek jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, gdyż wymagana ilość mocy pięciokrotnie przewyższa moc instalacji fotowoltaicznej będącej przedmiotem zamówienia, konsekwencją czego było ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców i zmniejszenie konkurencji w postępowaniu. Odnosząc się niniejszym do złożonych w tym zakresie wyjaśnień Beneficjenta IZ RPO WZ wskazuje, iż podziela stanowisko wymienionego, że ten był uprawniony do sformułowania wymogu wiedzy i doświadczenia celem ograniczenia ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia lub w stosunku do którego, ze względu na jego sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Jednakże powyższe nie zmienia faktu, iż przywołany warunek jak wskazano już wyżej winien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia bowiem tylko tak sformułowany wymóg daje gwarancję zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencyjności. Ponadto wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Spółki Wytyczne, w cytowanym wyżej punkcie 8 Rozdziału 6.5.2, wprost nakładają na wymienioną obowiązek zachowania proporcjonalności przy tworzeniu warunku udziału w postępowaniu ofertowym przy jednoczesnym zakazie formułowania warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. W prowadzonej wcześniej korespondencji IZ RPO WZ informowała jedynie, iż w Wytycznych nie wskazano okresu, do którego powinien się odnosić wykaz robót niezbędnych do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia i z tej przyczyny w żaden sposób nie kwestionowano wyznaczenia przez Beneficjenta omawianego okresu na ostatnie cztery lata przed upływem terminu składania ofert. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest zastosowanie poziomu korekty finansowej za ww. naruszenie na poziomie 5% (poz. 12 Załącznika do Rozporządzenia).

W postępowaniu ofertowym pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze”, a polegające na ustalaniu terminu składania ofert w okresie krótszym niż przewidziany we właściwych procedurach jako minimalny. W tym miejscu wskazania wymaga, iż zgodnie z Rozdziałem 6.5.2 pkt 10 Wytycznych oraz z Rozdziałem 3.4 pkt 10 Zasad termin na złożenie oferty wynosi w przypadku dostaw i usług nie mniej niż 7 dni. Co istotne, ustalenie terminów składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia w określonym wymiarze uwarunkowane jest jego przedmiotem. Powyższe stanowi gwarancję, że do postępowania zdążą zgłosić się wszyscy zainteresowani wykonawcy, którzy będą mieli wystarczający czas na przygotowanie oferty i w związku z tym będzie można wybrać ofertę najkorzystniejszą (tak, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r. (sygn. akt KIO/KD 40/19). W przedmiotowej sprawie Beneficjent publikując w sposób błędny ofertę na swojej stronie internetowej, o czym niżej, w dniu 10 kwietnia 2019 r., gdzie jako termin składania ofert wskazał dzień 17 kwietnia 2019 r. do godz. 15.00 bezsprzecznie naruszył cytowany wyżej zapis Wytycznych oraz Zasad bowiem pełna, siódma doba upływała wraz z końcem dnia 17 kwietnia 2019 r. Konsekwencją przywołanego wyżej działania polegającego na nieuprawnionym skróceniu terminu do składania ofert było naruszenie prawa potencjalnego wykonawcy do posiadania odpowiedniego czasu na przygotowanie oferty czym naruszono zasadę konkurencyjności. Nie można bowiem wykluczyć, iż potencjalny wykonawca złożyłby ofertę korzystniejszą cenową, czego nie mógł dokonać z uwagi na skrócenie terminu do jej dostarczenia. Tym samym nałożenie korekty finansowej za powyższe naruszenie na poziomie 2% IZ RPO WZ uznaje za w pełni uzasadnione (poz. 14 Załącznika do Rozporządzenia).

Niniejszym omówione zostanie ostatnie ze stwierdzonych naruszeń jakim jest niedopełnienie w ramach wymienionego postępowania obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego zgodnie z warunkami wynikającymi z zawartej Umowy. Zgodnie z punktami 11 i 13 zawartymi w Rozdziale 3.4 Zasad oraz punktami 11 i 13 ujętymi w Rozdziale 6.5.2 Wytycznych zapytanie ofertowe należy upublicznić przy czym jego upublicznienie polega na umieszczeniu w bazie konkurencyjności, tj. na stronie internetowej wskazanej w komunikacie ministra właściwego ds. rozwoju przeznaczony do umieszczania zapytań ofertowych (<https://bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl>). Beneficjent poprzez opublikowanie stosownego zapytania ofertowego w dniu 10 kwietnia 2019 r. jedynie na swojej stronie internetowej nie dopełnił wskazanego wyżej obowiązku, czym nie zapewnił odpowiedniego poziomu upublicznienia, który gwarantował, że podmiot mający siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej mógł mieć dostęp do informacji dotyczących tego zamówienia. Opisane wyżej działanie Spółki polegające na nieuzasadnionym zawężeniu publikacji zapytania ofertowego do własnej strony internetowej doprowadziło do ograniczeniu kręgu potencjalnych wykonawców, którzy nie wykluczone, iż złożyliby oferty korzystniejsze od tej ostatecznie wybranej. Za powyższe naruszenie IZ RPO WZ nałożyła korektę finansową na poziomie 25% (poz. 4 Załącznika do Rozporządzenia).

Podsumowując wszystko powyższe wskazać należy, iż po dokonaniu szczegółowej analizy zebranej dokumentacji, w tym okoliczności faktycznych występujących w przedmiotowej sprawie, a także złożonych na etapie kontroli wyjaśnień stwierdzono, że Beneficjent poprzez swoje działanie naruszył zarówno zapisy ujęte w Zasadach, tj. w Rozdziale 3.4 w punktach 5, 8, 10 – 11 i 13 jak i Wytycznych zawarte w Rozdziale 6.5.2 w punktach 5, 8, 10 – 11 i 13 do których stosowania był zobowiązany (§ 17 ust. 3 i 6 Umowy). Za powyższe, w odniesieniu do postępowania ofertowego pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Roztocze”, zgodnie z przedstawioną kolejnością stwierdzonych naruszeń, zastosowano korekty finansowe na poziomie odpowiednio 5% i 5% (Załącznik do Rozporządzenia pozycja 20 oraz 12), gdzie na podstawie § 9 Rozporządzenia, regulującego kwestię istnienia kilku nieprawidłowości indywidualnych w ramach jednego zamówienia, nałożono korektę w wysokości 5%. Natomiast w przypadku zamówienia pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” zastosowano korekty finansowe na poziomie odpowiednio 2% oraz 25% (Załącznik do Rozporządzenia pozycja 14 oraz 4), gdzie na podstawie § 9 Rozporządzenia nałożono korektę w wysokości 25%.

Konsekwencją stwierdzonych wyżej naruszeń zapisów ujętych w Zasadach jak i Wytycznych polegających na dyskryminacyjnym opisie przedmiotu zamówienia, nadmiernym określeniu warunku udziału w postępowaniu, nieuprawnionym skróceniu terminu do składania ofert, jak też niedopełnieniu obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego było doprowadzenie do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców i zmniejszenia konkurencji w przeprowadzonych postępowaniach ofertowych co z kolei prowadziło do stworzenia sytuacji, w której działania podjęte przez Beneficjenta mogły wyeliminować potencjalnych wykonawców z przywołanych wyżej zamówień mogących zrealizować ich przedmiot po cenach niższych od zaoferowanych przez wybrane podmioty. Takie działanie jest niezgodne z cytowanym na wstępie niniejszego orzeczenia zapisem Umowy, w myśl którego Beneficjent zobowiązał się do realizacji Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego (§ 4 ust. 3 zd. 1 Umowy).

Jednocześnie wskazania wymaga, iż Spółka przystępując do konkursu, a następnie podpisując Umowę zobowiązała się do stosowania odpowiednich zasad gospodarowania środkami publicznymi wynikającymi z przepisów ufp (§ 17 ust. 1 Umowy). Z przywołanego już wyżej 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 natomiast 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.

Ponadto podkreślić należy, iż na podstawie § 17 ust. 6 Umowy Beneficjent był zobowiązany stosować zasady określone w ustawie wdrożeniowej oraz w Wytycznych, jak też w Zasadach i jednocześnie w myśl ust. 3 wskazanej regulacji wymieniony miał obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z procedurami określonymi w Zasadach stanowiących załącznik nr 10 do Umowy. Naruszenie reguł postępowania obowiązujących przy wykorzystywaniu środków pomocowych stanowi uchybienie regulacji prawnej ujętej w art. 184 ufp poprzez naruszenie zapisów Umowy odnoszących się do Wytycznych i Zasad. Wzór Umowy jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Omawiany wzór składa się także na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami Umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych we wskazanej umowie.

Z uwagi na powyższe, w związku ze stwierdzonym naruszeniem art. 44 ust. 3 ufp oraz art. 184 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 Unii Europejskiej. 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 swoim działaniem doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego, tj. art. 44 ust. 3 ufp oraz art. 184 ufp, szkodząc interesowi Unii Europejskiej i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wskazanych norm prawnych, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który poprzez niewłaściwe a opisane wyżej działania polegające w szczególności na niedopełnieniu obowiązku upublicznienia zapytania ofertowego w ramach zamówienia pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” oraz dyskryminacyjnym opisie przedmiotu postępowania ofertowego pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Roztocze”, jak też nadmiernym określeniu warunku udziału w nim, ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, którzy niewykluczone, iż złożyliby oferty korzystniejsze od tych ostatecznie wybranych. W tym miejscu stwierdzić 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 Unii Europejskiej, 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. Odnośnie 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.

Kwota wydatków kwalifikowalnych przedstawiona do dofinansowania w ramach zamówienia pn. „Budowa Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” zgodnie z umową z dnia 15 stycznia 2019 r. zawartą z M. wyniosła 1 935 578,83 zł. Z uwagi na nałożoną korektę w wysokości 5% wydatków kwalifikowalnych kwota nieprawidłowości wynosi 96 778,94 zł. Natomiast zgodnie z umową z dnia 19 kwietnia 2018 r. zawartą z Z. w związku z zamówieniem pn. „Realizacja przyłącza – dostosowanie punktu przyłączenia do odbioru wyprodukowanej energii polegający na wymianie słupa SN przesyłowego na rozgałęźny w sieci energetycznej dla OSE dla Farmy Fotowoltaicznej Roztocze” kwota wydatków kwalifikowalnych wyniosła 73 554,29 zł. Uwzględniając nałożoną korektę w wysokości 25% wydatków kwalifikowalnych kwota nieprawidłowości wynosi 18 388,57 zł. Łączna kwota nieprawidłowości wyniosła więc 115 167,51 zł (96 778,94 zł + 18 388,57 zł). Z uwagi na powyższe, jak również uwzględniając poziom dofinansowania wskazany we wniosku aplikacyjnym, odnoszącym się określonego rodzaju wydatków, kwota otrzymanego dofinansowania należnego do zwrotu wynosi 87 612,81 zł, z czego kwota 20 825,18 zł zostanie pomniejszona ze środków jeszcze niewypłaconych, zatem do zwrotu pozostała kwota w wysokości 66 787,63 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Kwota 20 825,18 zł dotyczy wysokości wydatków uznanych za niekwalifikowalne, które zostały nałożone na wydatki ujęte we wniosku o płatność, a które to środki nie zostały jeszcze wypłacone. W przypadku bowiem wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o kwotę ustalonej korekty. Konkludując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 66 787,63 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych

Podsumowując wynik kontroli udzielonych zamówień 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 wpływ 14 - dniowego terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, skutkuje wszczęciem wobec Spółki 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.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

## **Pouczenie**

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

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

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

Na podstawie art. 207 ust. 4 pkt 3 ufp w przypadku gdy beneficjent nie zwrócił środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia upływu terminu, o którym mowa w art. 207 ust.1 ufp zostaje on wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowych z udziałem środków europejskich, z zastrzeżeniem art. 207 ust. 7 ufp. Na podstawie art. 21 ustawy z dnia 03 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 694) Strona w celu ograniczenia negatywnych skutków wystąpienia COVID-19 może zwrócić się do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji, na okres nie dłuższy niż 180 dni. Wstrzymanie wykonania decyzji następuje w drodze postanowienia, na które służy zażalenie. Postanowienie, może być w każdym czasie uchylone, jeżeli ustąpiły przyczyny, dla których zostało wydane. Za okres od dnia wydania postanowienia o wstrzymaniu wykonania decyzji do dnia doręczenia postanowienia uchylającego to postanowienie nie nalicza się odsetek.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego