

Załącznik do uchwały nr 181/20
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 10 lutego 2020 r.

Adresat
Wind Projekt Sp. z o.o.
ul. Szwoleżerów 17
75 – 646 Koszalin

Sygnatura
WWRPO.VIII.3162.43.2019.AJ

DECYZJA
Nr WWRPO/2014-2020/3/W/2020

podjęta w dniu 10 lutego 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Olgięrd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - 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 2018 r. poz. 1431 z późn. zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, art. 207 ust. 2a i art. 207 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 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 512 z późn. zm.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Wind Projekt Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Szwoleżerów 17 w Koszalinie – środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A068/16-00 zawartej w Szczecinie dnia 27 marca 2017 r. na realizację projektu pn. „Budowa

elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie” w łącznej kwocie 72 757,50 zł (słownie: siedemdziesiąt dwa tysiące siedemset pięćdziesiąt siedem złotych 50/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych, w tym:

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 36 378,75 zł liczonych od dnia 28 sierpnia 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 9 621,25 zł liczonych od dnia 19 listopada 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 26 757,50 zł liczonych od dnia 19 listopada 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 70 1020 4795 0000 9002 0300 8372, w terminie 14 dni od daty 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

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

W dniu 03 czerwca 2016 r. Wind Projekt Sp. z o.o. złożyła wiosek o dofinansowanie projektu pn. „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie”. Przedmiotem projektu była budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW wraz z infrastrukturą towarzyszącą na działce ... w miejscowości T., gmina wiejska S., powiat s., województwo z. Instalacja miała zostać umieszczona na dachach istniejących obiektów budowlanych. W skład inwestycji miał wejść: montaż paneli fotowoltaicznych na dachach, wykonanie zewnętrznej instalacji energetycznej, posadowienie prefabrykowanego kontenera inwertera wraz z transformatorem oraz budowa przyłącza średniego napięcia. Wyprodukowana energia elektryczna trafiać miała do linii średniego napięcia 15 kV, zgodnie z podpisaną umową o przyłączenie, zawartą z operatorem energetycznym – E. O. S.A.

W dniu 27 marca 2017 r. Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Szczecinie, pełniący funkcję Instytucji Pośredniczącej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020, zawarł z Wind Projekt Sp. z o.o. umowę o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A068/16-00 na realizację projektu pn. „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie”.

W trakcie realizacji umowy uległo rozwiązaniu porozumienie z dnia 06 maja 2015 r. w sprawie powierzenia Instytucji Pośredniczącej zadań związanych z realizacją Regionalnego Programu

Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanego dalej: RPO WZ), mocą którego Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego powierzył Wojewódzkiemu Funduszowi Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Szczecinie zadania Instytucji Pośredniczącej RPO WZ, o którym to fakcie Beneficjent został poinformowany pismem z dnia 19 maja 2017 r. Tym samym na Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanej dalej: IZ RPO WZ) zostały przeniesione wszystkie prawa i obowiązki wynikające z zawartej z Beneficjentem w ramach RPO WZ umowy o dofinansowanie.

Dnia 19 listopada 2018 r. Beneficjentowi na podstawie wniosku o płatność nr WND-RPZP.02.10.00-32-A068/16-007-02 została wypłacona zaliczka w kwocie 535 149,96 zł. Beneficjent w dniu 16 stycznia 2019 r. złożył wniosek nr WND-RPZP.02.10.00-32-A068/16-008-01 stanowiący rozliczenie zaliczki przekazanej w dniu 19 listopada 2018 r.

Dnia 04 kwietnia 2019 r. pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ został zawarty aneks do umowy o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A068/16-01.

Zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie nr RPZP.02.10.00-32-A068/16-00, Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu na podstawie wniosku o dofinansowanie, zgodnie z właściwymi przepisami prawa unijnego oraz polskiego, z zachowaniem zasad o których, mowa w wytycznych, jak też uwzględnieniem postanowień regulaminu naboru projektów do działania, na podstawie którego projekt został wybrany do dofinansowania (§ 4 ust. 3 umowy o dofinansowanie).

Jak stanowi § 17 ust. 3 umowy o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązany jest 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 (zwanymi dalej: Zasadami), stanowiących załącznik nr 10 do umowy. Zgodnie z rozdziałem 2.1 pkt 1 Zasad, Beneficjent przy wydatkowaniu środków publicznych musi stosować się do zasad prawa wspólnotowego oraz krajowego, w szczególności przepisów ufp. Według zapisu rozdziału 2.1 pkt 7 Zasad, do najważniejszych zasad wydatkowania środków publicznych 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. Zasada ta zobowiązuje również do czuwania nad tym, aby wykonawcy postępowali wobec siebie uczciwie, zgodnie z zasadami obrotu gospodarczego i obowiązującym porządkiem prawnym,
- 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 zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Celem tej zasady jest również zapewnienie wszystkim zainteresowanym zapoznania się z informacją o zamówieniu, jak i zagwarantowanie, że osoby występujące po stronie Zamawiającego są bezstronne i obiektywne w czasie przygotowania i prowadzenia postępowania,
- c) zasada celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, która zapewnić ma uzyskanie jak najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku.

Również stosownie do § 17 ust. 1 umowy o dofinansowanie oraz art. 44 ust. 3 ufp, Beneficjent winien dokonywać wydatków w oparciu o ufp w zakresie wydatkowania środków publicznych, w szczególności w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów przy jak najniższej kwocie wydatku; w sposób umożliwiający terminową realizację projektu; w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Celowość wydatków oznacza ich słuszość, niezbędność oraz związek z realizacją wykonywanego zadania publicznego. Pod pojęciem oszczędności należy rozumieć natomiast minimalizację wykorzystywanych zasobów przy czym istotne jest także, aby oszczędne wydatkowanie nie oznaczało obniżenia jakości działalności (komentarz do art. 44 ufp B. Kucia – Guściora (w:) Smoleń (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2014).

Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 16 umowy o dofinansowanie, w dniu 06 maja 2019 r. została przeprowadzona doraźna kontrola na dokumentach w siedzibie IZ RPO WZ, z ustaleń której został sporządzony protokół pokontrolny. W wyniku weryfikacji postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie” (dot. umowy z dnia 27 sierpnia 2018 r. pomiędzy Wind Projekt Sp. z o.o. a Konsorcjum S. S. M. z siedzibą w K., P. Sp. z o.o. z siedzibą w L., wartość umowy ... netto zł) IZ RPO WZ stwierdziła wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. (zwanego dalej: rozporządzeniem nr 1303/2013) określanej jako „(...) każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. Stwierdzone nieprawidłowości polegały na:

- 1) naruszeniu zasady konkurencyjności. Celem wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w w/w postępowaniu Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił, że wykonał instalacje fotowoltaiczne o łącznej mocy co najmniej 2000 kW, w tym o łącznej mocy co najmniej 700 kW na dachach, w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie (brany był pod uwagę termin zakończenia realizacji referencyjnych prac). Uznano, że w ten sposób postawiony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia był nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także opisany w sposób nieprecyzyjny. Zamawiający nie wskazał iloma robotami winien wykazać się wykonawca w celu potwierdzenia zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. elektrowni o mocy 600 kW. Co więcej, wymaganie od wykonawców wykazaniem się wykonania instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy co najmniej 2000 kW było zbyt wygórowane w stosunku do czasu w jakim miały być wykonane te instalacje, tj. w okresie 3 lat.

Za powyższe naruszenie, Rozporządzenie 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 z późn. zm., zwane dalej: Rozporządzeniem), określające stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych) przewiduje podstawową stawkę korekty finansowej w wysokości 25% (poz. 12 załącznika do Rozporządzenia) z możliwością obniżenia do 10% albo 5%;

- 2) niedozwolonej zmianie istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty – wydłużono termin realizacji zamówienia. Zgodnie § 4 ust. 2 umowy z dnia 27 sierpnia 2018 r. zawartej pomiędzy Wind Projekt Sp. z o.o. a Konsorcjum S. S. M., P. Sp. z o.o., celem realizacji zadania pn. „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie”, wykonawca miał wykonać przedmiot umowy, za wyjątkiem uzyskania ostatecznej i prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, z usunięciem usterek i wad, w terminie nie później niż do dnia 31 listopada 2018 r. (dopisek własny: miesiąc listopad ma 30 dni, jednakże organ przytoczył powyżej zapis umowy z dnia 27 sierpnia 2018 r., w której wskazano 31 dni). Wykonawca miał uzyskać decyzję o pozwoleniu na użytkowanie w terminie nie później niż do dnia 31 grudnia 2018 r. (§ 4 ust. 3 w/w umowy). W związku z notatką z dnia 28 grudnia 2018 r. zawarto aneks nr 1 z dnia 28 grudnia 2018 r. w którym wskazano, że wykonawca wykona przedmiot umowy, za wyjątkiem uzyskania ostatecznej i prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, z usunięciem usterek i wad, w terminie nie później niż do dnia 31 grudnia 2018 r. (§ 4 ust. 2 umowy) oraz że wykonawca uzyska decyzję o pozwoleniu na użytkowanie w terminie nie później niż do dnia 31 stycznia 2019 r. (§ 4 ust. 3 umowy).

Za naruszenie polegające na niedozwolonej zmianie istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, w/w Rozporządzenie w poz. 28 przewiduje korektę w wysokości 100% wartości dodatkowej zamówienia, wynikającej ze zmiany umowy zwiększone o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia.

Pismem z dnia 23 maja 2019 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia do wyników kontroli. Odnosząc się do postawionego w postępowaniu warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, Beneficjent wyjaśnił, iż celem warunku było wyłonienie wykonawcy, który posiadać będzie kompetencje pozwalające na rzetelne wykonanie zamówienia. Wskazał również, że inwestycja była realizowana łącznie na pięciu budynkach, gdzie moc instalacji na pojedynczym budynku wynosiła od 37 kW do 160,8 kW. W związku z tym jako Zamawiający uznał, że wymaganie wykazania się wykonaniem instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 2000 kW będzie adekwatne, ponieważ do udziału w postępowaniu dopuszcza się zarówno firmy, które realizowały małe inwestycje jak i te duże. Zamawiający podkreślił, że w warunkach przetargu dopuszczono wspólne występowanie jako konsorcjum, co pozwala na kumulowanie doświadczenia. Co do naruszenia polegającego na dokonaniu istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, Beneficjent powołał się na zmiany pogodowe, które uniemożliwiły mu prowadzenie robót i tym samym spowodowały wydłużenie terminu realizacji zamówienia. Beneficjent wyjaśnił, że osobą bezpośrednio odpowiedzialną za prowadzenie prac oraz za bezpieczeństwo personelu i składników majątkowych znajdujących się na terenie budowy odpowiada kierownik budowy. To kierownik budowy będąc codziennie na miejscu robót posiada odpowiednią wiedzę techniczną i doświadczenie pozwalające ocenić czy warunki pogodowe pozwalają na wykonywanie prac, w szczególności prac na wysokościach. Jak podał Beneficjent, wszelkie wpisy w dzienniku budowy znajdują odzwierciedlenie w notatce z dnia 28 grudnia 2018 r., będącej podstawą do sporządzenia aneksu nr 1 z dnia 28 grudnia 2018 r.

Po przeanalizowaniu powyższych zastrzeżeń do wyników kontroli IZ RPO WZ w piśmie kończącym kontrolę z dnia 04 czerwca 2019 r. uznała wyjaśnienia Beneficjenta odnośnie naruszenia zasady konkurencyjności za niewystarczające. Tym niemniej mając na uwadze zapis § 3 ust. 1 Rozporządzenia (zgodnie z którym „wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) lub całości wydatków kwalifikowanych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej”) oraz fakt, iż w postępowaniu nie wykluczono żadnego wykonawcy, IZ RPO WZ postanowiła obniżyć wskaźnik korekty finansowej do 5%. IZ RPO WZ uznała zaś za wystarczające wyjaśnienia Beneficjenta w zakresie naruszenia polegającego na dokonaniu istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, w rezultacie czego odstąpiła od stwierdzenia w/w naruszenia.

Następnie pismem z dnia 12 czerwca 2019 r. Beneficjent ponownie nie zgodził się z dokonaną przez IZ RPO WZ oceną warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia. Wskazał m.in., iż postawiony warunek był zgodny z załącznikiem nr 10 do umowy o dofinansowanie, gdzie podano, iż „gdy przedmiotem zamówienia jest dostawa określonego wysokospecjalistycznego sprzętu Beneficjent może wymagać, aby wykonawca wykazał się we wskazanym okresie wykonaniem dwóch (lub więcej) takich dostaw o wartości przedmiotu zamówienia”. Wykonanie instalacji o łącznej mocy 2000 kW odpowiada wykonaniu nieco ponad trzem instalacjom o mocy równej przedmiotowi zamówienia (600 kW). Racjonalny Zamawiający oczekując wysokiej jakości wykonania prac ma prawo wymagać, aby łączna skala dotychczasowego doświadczenia wykonawcy była większa niż planowana inwestycja. Jest to także zasadne z punktu widzenia charakterystyki rynku. Jednocześnie Beneficjent zwrócił uwagę, że wymóg wykonania wcześniej dwóch lub więcej instalacji podobnych do przedmiotu zamówienia jest wymogiem typowym i często spotykanym również w przetargach dotyczących budowy elektrowni fotowoltaicznych. W opinii Beneficjenta wykonawcy nie powinni mieć wątpliwości co do precyzyjności wskazanego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Wskazywanie ilości wcześniej wykonanych robót nie było konieczne celem potwierdzenia zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto Beneficjent zwrócił uwagę, iż dla nałożenia przez organ korekty finansowej konieczne jest dokonanie oceny czy ewentualne naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na konkurencję oraz budżet UE. Poza tym w Szczegółowych Warunkach Postępowania nie stawiano żadnych ograniczeń co do możliwości kumulowania doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

W nawiązaniu do wyjaśnień Beneficjenta z dnia 12 czerwca 2019 r. należy wskazać, że IZ RPO WZ podtrzymała swoje stanowisko wyrażone w piśmie kończącym kontrolę z dnia 04 czerwca 2019 r. (pismo IZ RPO WZ z dnia 03 lipca 2019 r.).

W związku ze stwierdzonym naruszeniem zasady konkurencyjności, IZ RPO WZ pismem z dnia 04 lipca 2019 r. wezwała Beneficjenta na podstawie art. 207 ust. 8 ufp do zwrotu środków w wysokości 72 757,50 zł (korekta finansowa 5%; wniosek o płatność, w którym przedłożono nieprawidłowy wydatek WND-RPZP.02.10.00-32-A068/16-007/02, wartość wydatku kwalifikowalnego z dokumentu ... – ... zł; wniosek o płatność, w którym przedłożono nieprawidłowy wydatek WND-RPZP.02.10.00-32-A068/16-007/02, wartość wydatku kwalifikowalnego z dokumentu ... – ... zł; wniosek o płatność, w którym przedłożono nieprawidłowy wydatek WND-RPZP.02.10.00-32-A068/16-008/02, wartość wydatku kwalifikowalnego z dokumentu ... – ... zł) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych. Poza tym IZ RPO WZ wskazała w wezwaniu do zwrotu środków, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową zostały również poniesione z naruszeniem zasady konkurencyjności, w związku z tym nałożono korektę finansową w kwocie 6 629,17 zł, która to kwota zostanie potrącona z płatności końcowej w projekcie (zgoda nie jest wymagana).

W odpowiedzi na pismo IZ RPO WZ z dnia 03 lipca 2019 r. oraz wezwanie do zwrotu środków, Beneficjent przedkładając pismem z dnia 15 lipca 2019 r. wyjaśnienia w sprawie, wniósł o odstąpienie od nałożenia korekty finansowej w związku z brakiem nieprawidłowości w projekcie. Beneficjent zwrócił w dużej mierze uwagę na fakt, iż jeśli w ocenie organu nie można porównywać proporcjonalności warunków wyznaczonych dla dostawy z warunkami dla budowy elektrowni fotowoltaicznej to też za niewłaściwe należy uznać powoływanie się przez IZ RPO WZ w korespondencji prowadzonej na etapie kontroli na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO) dotyczące dostawy wyjaśniające m.in. pojęcie proporcjonalności udziału w zamówieniu do przedmiotu zamówienia, np. z dnia 20 maja 2010 r. sygn. akt KIO/KU 34/10. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków z przedmiotem zamówienia nie oznacza nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów. Beneficjent podał też, iż nielogicznym jest wskazywanie w Zasadach wyjątku jako przykładu prawidłowego formułowania wymogu stawianego wykonawcom w postępowaniu. Ponadto w ocenie Beneficjenta z tej racji, iż dopuścił on możliwość tworzenia konsorcjum i korzystania z zasobów osób trzecich, to nie ograniczył dostępu do zamówienia wykonawcom, lecz rozszerzył krąg potencjalnych wykonawców. Beneficjent zauważył też, że według jego wiedzy nie było żadnego odwołania, sprzeciwu czy pytań potencjalnych wykonawców co do kwestionowanego przez organ warunku. Do Beneficjenta nie dotarła informacja by ktokolwiek czuł się nierówno traktowany w związku z warunkami zamówieniami, czy też uważał by wymogi były dyskryminujące. Fakt, że do postępowania nie zgłaszali się liczni potencjalni wykonawcy chcący przystąpić do wykonania zamówienia nie jest równoznaczny z tym, że nie spełniliby oni określonych wymogów.

W związku z brakiem dokonania stosownego zwrotu w wyznaczonym w wezwaniu terminie, w dniu 26 sierpnia 2019 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu ww. środków.

W piśmie z dnia 13 września 2019 r. skierowanym do organu Beneficjent powtórzył argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 03 lipca 2019 r.

Dnia 20 września 2019 r. Beneficjent zapoznał się z aktami prowadzonego przez organ postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków.

IZ RPO WZ, z uwagi na trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego, postanowieniami z dnia 24 września 2019 r., 25 października 2019 r., 20 listopada 2019 r. i 15 grudnia 2019 r. przedłużyła w/w postępowanie administracyjne.

Nadto pismem z dnia 23 stycznia 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 t. j. ze zm., zwanej dalej: kpa). Następnie ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 23 stycznia 2020 r. przedłużyła do dnia 28 lutego 2020 r. prowadzone postępowanie administracyjne.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie (w tym m.in. wniosku o dofinansowanie, umowy o dofinansowanie

wraz z aneksem, wynikami kontroli) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

Środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze wskazane na wstępie zadania należące do IZ RPO WZ, podjęte zostały czynności zmierzające do odzyskania należnej kwoty.

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

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

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

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

Pod pojęciem 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 o dofinansowanie 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 – zwanego dalej: WSA - w Opolu z dnia 03 października 2017 r., sygn. akt II SA/Op 282/17). 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 WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które Beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. 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 o dofinansowanie. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

Przedmiotem zamówienia w analizowanym przypadku była budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW wraz z infrastrukturą techniczną. Beneficjent nie był zobowiązany w niniejszej sprawie

do stosowania pzp, ale zastosowanie miała tzw. zasada konkurencyjności. Zgodnie z punktem 5.1 b Szczegółowych Warunków Postępowania dla zadania pn. „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie”, Beneficjent wymagał w analizowanym postępowaniu wykazania się wykonaniem instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy co najmniej 2000 kW, w tym o łącznej mocy co najmniej 700 kW na dachach, w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie. Zaś według zapisu rozdziału 6.5.2 pkt 8 wytycznych „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania (...), określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia”.

Z powyższego wynika zatem, iż warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania oceny spełnienia tych warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a także jednoznaczny, precyzyjny i zrozumiały dla wszystkich wykonawców. Zatem co do zasady IZ RPO WZ zgadza się ze stanowiskiem Beneficjenta przedstawionym w piśmie z dnia 23 maja 2019 r., że warunki udziału w postępowaniu winny pozwolić na wybór wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia, ale przy tym nie można zapominać, iż postawione warunki nie mogą być oderwane od przedmiotu zamówienia i muszą spełniać kryterium proporcjonalności.

Wyjaśniając pojęcie proporcjonalności warunku warto odwołać się pomocniczo (gdyż jak już wspomniano Beneficjent nie był obowiązany do stosowania pzp) do orzecznictwa KIO. Kluczowa w tym zakresie jest uchwała KIO z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 34/10), zgodnie z którą: „Zgodnie ze słownikową definicją, „proporcja” to „równość dwóch stosunków”, a zatem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznaczałoby „mniej więcej taki sam” jak przedmiot zamówienia, jednocześnie „nie za duży, ale i nie za mały”. Samo badanie prawidłowości postawionego warunku odnosi się do konkretnych okoliczności i w nawet wydawałoby się identycznych okolicznościach, może okazać się, że taki sam warunek może w jednym przypadku zostać uznany za nadmierny, a w innym za prawidłowy, jeśli Zamawiający potrafi w logiczny i akceptowalny sposób wyjaśnić przyczynę takiego właśnie jego określenia. Brak wniesienia środków ochrony prawnej nie przesądza jeszcze o poprawności postawionego warunku”. W tym miejscu warto wskazać, iż jak zauważył Beneficjent, orzeczenie to zostało wydane w oparciu o stan faktyczny gdzie przedmiotem zamówienia była dostawa, nie zaś jak w przypadku Beneficjenta roboty budowlane, jednakże należy mieć na względzie, iż Izba wyjaśniając pojęcie proporcjonalności powołała się na definicję słownikową „proporcji”, a zatem trudno uznać, iż może zachodzić tu jakieś rozróżnienie w zależności od tego co będzie przedmiotem zamówienia. Warunek proporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie może opisywać wymagań wyższych niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r. sygn. akt 2833/14). Opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązkiem Zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 8/17 czy wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 697/17). Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 08 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1030/17).

Ponadto warto powołać się na przykład nadmiernego i nieproporcjonalnego w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia warunku, który analizowała KIO w wyroku z dnia 29 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 607/09) jako podobny do występującego w niniejszej sprawie. Otóż w omawianym przypadku Zamawiający określił wymóg wykazania się realizacją w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania zamówienia lub zamówień polegającego na remoncie, przebudowie lub budowie dróg nawierzchnią bitumiczną wraz z infrastrukturą towarzyszącą podaną w przedmiocie zamówienia

o łącznej długości ponad 20 km. KIO odnosząc się do zagadnienia adekwatności opisu warunków udziału w postępowaniu do opisu przedmiotu zamówienia stwierdziła, że „(...) długość odcinka objętego przedmiotowym zamówieniem wynosi 6,15 km, zatem wykazanie się nawet kilkoma zamówieniami, które mają obejmować łącznie ponad 20 km jezdni ponad trzykrotnie przewyższające długość odcinka, będącego przedmiotem zamówienia należy uznać za nadmierne. Ponadto wobec tego, że Zamawiający w kwestionowanym warunku dopuszcza wykazanie się przez wykonawców większą ilością zamówień, które dotyczyły mniejszych odcinków dróg (nawet 1 km) przy czym istotne jest, aby łącznie obejmowały one długość ponad 20 km to potencjalnie możliwe jest spełnienie warunku przez wykonawców, którzy nie będą w stanie wykonać należycie przedmiotu zamówienia”.

Jeśli chodzi o ciążący na Zamawiającym obowiązek powiązania warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia wskazania wymaga, iż jak stanowi KIO w wyroku z dnia 30 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2112/16: „Nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia należy interpretować jako możliwość konkretyzacji warunku (dokonania opisu) z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania (nie istnieje dopuszczalny ustawowo cel, jakiemu miałyby on służyć). Przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować szeroko – jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający może więc warunki powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia”. Wedle wskazania KIO w wyroku z dnia 08 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 432/16: „Powiązanie warunku z przedmiotem zamówienia wymaga uwzględnienia jego zakresu rzeczowego, tak aby Zamawiający mógł ocenić, czy wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Niezwiązanym z przedmiotem zamówienia byłoby zatem takie ustalenie warunku, które nawet w niewielkim stopniu odbiegałoby od przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Wymaganie wykraczające poza przedmiot zamówienia nie może służyć ocenie możliwości wykonawcy z punktu widzenia ustalenia koniecznych dla danego zamówienia właściwości i może być ocenione wyłącznie jako nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania”.

Zestawiając moc elektrowni budowanej w ramach realizowanego przez Beneficjenta projektu pn. „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie” z mocą elektrowni wybudowanych, a obecnie wykazywanych na cele warunku, należy dojść do wniosku, że Beneficjent wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji elektrowni o znacznie większej mocy, niż ta którą sam zamawiał, a zatem warunek udziału w postępowaniu był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wymaganie od wykonawców, aby wykazali się wykonaniem instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy co najmniej 2000 kW było wygórowane w stosunku do czasu w jakim miały być wykonane te instalacje, tj. w okresie 3 lat. Należy podkreślić, iż sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu nie może przyczyniać się do zawężenia konkurencji. Wymagania stawiane wykonawcom nie mogą przewyższać potrzeb niezbędnych do osiągnięcia celów projektu i prowadzić do dyskryminacji.

Beneficjent jako Zamawiający w analizowanym postępowaniu, opisując warunek udziału w postępowaniu, nie dookreślił iloma robotami powinni wykazać się wykonawcy. Wynikać z tego może, że dopuszczał do udziału w postępowaniu zarówno wykonawców, którzy wykonali 2000 instalacji o mocy 1 kW (co nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a także nie pozwala ocenić czy wykonawca jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia), jak i wykonawców którzy wykonali 4 instalacje po 500kW każda. Co więcej, w ramach zamówienia zamontowano instalacje na 5 budynkach, gdzie moc instalacji mieściła się w granicach 37 kW – 160,8 kW. Biorąc zatem pod uwagę najwyższą moc pojedynczej instalacji, czyli 160,8 kW, wymaganie wykonania instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 2000 kW oznaczałoby konieczność wykonania ponad 12 takich instalacji. Mając na względzie powyższe, postawiony przez Zamawiającego warunek był nieprecyzyjny.

Odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta z dnia 12 czerwca 2019 r., gdzie powołał się on na treść załącznika nr 10 do umowy o dofinansowanie wskazując, że „gdy przedmiotem zamówienia jest dostawa określonego wysokospecjalistycznego sprzętu Beneficjent może wymagać, aby wykonawca wykazał się we wskazanym okresie wykonaniem dwóch (lub więcej) takich dostaw o wartości przedmiotu zamówienia”, należy podkreślić, co wynika wprost z przytoczonego fragmentu, że odnosi się on do dostaw. A zatem jeżeli dostawą objęty jest sprzęt wysokospecjalistyczny to Zamawiający chcąc dokonać wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy, może wymagać wykazaniem się np. dwoma dostawami takiego sprzętu. W przedmiotowych okolicznościach przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, co czyni argumentację Beneficjenta w tym zakresie nietrafioną. Poza tym w przypadku, w którym przedmiot dostaw umożliwiałyby żądanie wykazania się dwoma lub większą liczbą dostaw o wartości podobnej – to w takim przypadku Zamawiający powinien dać temu wyraz poprzez jednoznaczną redakcję warunku udziału. Tymczasem w przedmiotowych okolicznościach (pomijając już nawet, że zamówienie dotyczy robót budowlanych) brak jest tego wskazania. Wobec powyższego, Beneficjent nie dochował wymogów dotyczących sposobu formułowania warunków udziału.

Nawiązując do wyjaśnień Beneficjenta zawartych w piśmie z dnia 23 maja 2019 r., iż w warunkach przetargu dopuszczono przecież wspólne występowanie wykonawców jako konsorcjum, co pozwalało na ewentualne kumulowanie doświadczenia, należy wyjaśnić, iż nie można wyprowadzać z powyższego, wniosku o możliwości całkowicie dowolnego łączenia zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum, gdyż potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy. Na kwestię tą zwrócono uwagę w wyroku KIO z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2169/16: „(...) łączenie potencjałów poprzez tworzenie konsorcjum nie może polegać tylko na prostym sumowaniu wartości takich, jak np. liczba zrealizowanych usług przez podmioty tworzące konsorcjum. Odpowiednie zastosowanie art. 23 pzp nie może sprowadzać się do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. Takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Dwóch czy większa liczba niedoświadczonych wykonawców nie stworzy doświadczonego podmiotu tylko poprzez zawiązanie konsorcjum. Fakt połączenia poszczególnych wykonawców w konsorcjum nie może prowadzić do obejścia prawa, czy złagodzenia wymagań względem podmiotów tworzących konsorcjum. Przepisy dotyczące wykonawców samodzielnie ubiegających się o zamówienie stosuje się odpowiednio do wykonawców ubiegających się o zamówienia wspólnie w ramach konsorcjum.

Reasumując, Zamawiający winien stosować, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia, środki adekwatne do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak mając na uwadze poszanowanie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców. Do poszanowania w/w zasad nie doszło na skutek sformułowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa elektrowni fotowoltaicznej o mocy 600 kW w Turowie” wymogu wykazania się przez wykonawców, celem spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonaniem instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy co najmniej 2000 kW, w tym łącznej mocy co najmniej 700 kW na dachach, w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie. Postawiony warunek był nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także opisany w sposób nieprecyzyjny.

Ustawa wdrożeniowa przyznała Ministrowi właściwemu do spraw rozwoju regionalnego kompetencję do określenia w drodze rozporządzenia warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wartości wydatków poniesionych nieprawidłowo, stanowiących pomniejszenie, a także ich stawek procentowych, mając na względzie charakter i wagę nieprawidłowości, ich skutki finansowe, a także stanowisko Komisji Europejskiej (art. 24 ust. 13).

Zgodnie z załącznikiem do w/w Rozporządzenia za naruszenie wskazane w poz. 12 Tabeli polegające na „określeniu dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert” poprzez „ustalenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia lub który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję

i równe traktowanie wykonawców”, przewidziana jest korekta finansowa w wysokości 25%, przy czym wysokość stawki może zostać obniżona do wysokości 10% albo 5%. Według § 3 ust. 1 w/w rozporządzenia, wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. W związku z faktem, iż w analizowanym postępowaniu nie wykluczono żadnego wykonawcy, IZ RPO WZ postanowiła obniżyć wskaźnik korekty do 5%. 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. Wysokość korekty finansowej została zatem obliczona jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (5%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (80%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (725 700,00 zł + 424 300,00 zł + 668 937,46 zł).

IZ RPO WZ poddała stwierdzone naruszenie analizie pod kątem wystąpienia nieprawidłowości i ustaliła, iż Beneficjent swoimi działaniami doprowadził do wykorzystania środków przekazanych mu w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w umowie, w Zasadach stanowiących załącznik do umowy oraz niezgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, tj. art. 44 ust. 3 ufp, szkodząc interesowi UE i narażając potencjalnie 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 mógłby być niższy gdyby Beneficjent prawidłowo sformułował warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc gdyby nie zostały one określone nieprecyzyjnie oraz nadmiernie i nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. 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 (zwanego dalej: 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, może obecnie poprzestać jedynie na wykazaniu, 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 06 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 jest aktualna w obecnej perspektywie finansowej. Odnośnie powyższych rozważań podkreślenia wymaga również fakt, iż Beneficjent zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i w toku postępowania administracyjnego nie przedstawił w ocenie IZ RPO WZ okoliczności mogących świadczyć, iż naruszenie prawa wynikające z jego działania wykluczało negatywny wpływ na budżet UE. Fakt, iż w analizowanym postępowaniu nie doszło do wykluczenia żadnego wykonawcy nie jest wystarczający, gdyż gdyby zostały prawidłowo sformułowane warunki udziału w postępowaniu nie jest wykluczone, że wpłynęłoby więcej ofert. Nie ma też znaczenia, że do Beneficjenta nie zgłaszali się wykonawcy, którzy czuli się nierówno traktowani w związku z warunkami zamówieniami, czy też uważaliby wymogi były dyskryminujące.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartym aneksem, wniosek o dofinansowanie projektu oraz

korespondencję z Beneficjentem, koniecznym stało się wydanie przedmiotowej decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 pkt 1 ufp, po bezskutecznym upływie terminu, określonego w wezwaniu Instytucja Zarządzająca wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

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 2 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 1 500,00 zł (§ 1 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

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

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Do wiadomości:

1. Adwokat A. M.
M. i Wspólnicy Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
Spółka p.
ul. A.
G.
2. a/a