

UCHWAŁA nr 1018 /19
ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO
z dnia 04.09.2019 r.

W SPRAWIE:

określenia, przypadającej do zwrotu kwoty dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPSW.02.05.00-26-.../...-00, terminu od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków.

NA PODSTAWIE:

Na podstawie art. 207 ust.1 pkt 2, art. 207 ust. 9 i art. 67 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.), w związku z art. 104 oraz art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 z późn. zm.), art. 6 i art. 9 ust.1 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 8 i 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. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust.2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 512 t.j.), uchwała się, co następuje:

§ 1

Podejmuje się decyzję określającą, przypadającą do zwrotu kwotę dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPSW.02.05.00-26-.../...-00, terminu od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków, zgodnie z treścią załącznika do uchwały.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem jej podjęcia.

MARSZAŁEK

WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO

ANDRZEJ BĘTKOWSKI

Załącznik do Uchwały Zarządu Województwa Świętokrzyskiego Nr 1018/19 z dnia 04.09.2019 r.

IR-XIV.0022.2.29.2019

Kielce, dnia 04.09.2019 r.

DECYZJA

Nr RPSW.IZ.UMWSW.02.05.00-26-..../....-2019/08

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020:

w składzie:

- Andrzej Bętkowski – Marszałek Województwa Świętokrzyskiego
- Renata Janik - Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- Marek Bogusławski – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

Na podstawie art. 207 ust.1 pkt 2, art. 207 ust. 9 i art. 67 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.), w związku z art. 104 oraz art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 z późn. zm.), art. 6 i art. 9 ust.1 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 8 i 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. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust.2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 512 t.j.),

w sprawie wszczętej z urzędu, dotyczącej:

określenia ..., z siedzibą:, przypadającej do zwrotu kwoty dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPSW.02.05.00-26-.../...-00, terminu od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków,

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu: 04.09.2019 r.

orzeka:

1. Określa ..., z siedzibą:, przypadającą do zwrotu kwotę środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (zwany dalej „EFRR”) w łącznej wysokości: **77 481,50 zł (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt jeden złotych, 50/100),**

- z tytułu zwrotu części dofinansowania przekazanego na podstawie umowy nr RPSW.02.05.00-26-.../...-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.02.05.00-26-.../... wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.
2. Ustala, iż odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych nalicza się co do kwoty przekazanej z EFRR w wysokości: 77 481,50 zł (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt jeden złotych, 50/100), od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. **od dnia 21.05.2018 r.**, aż do dnia całkowitej zapłaty należności głównej (w okresie odsetkowym należy uwzględnić zarówno dzień przekazania jak i dzień obciążenia rachunku bankowego Beneficjenta) na wskazany w uzasadnieniu decyzji rachunek bankowy.
 3. Nakazuje ..., z siedzibą: dokonanie wpłaty należności o której mowa w pkt „1” decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, o których mowa w pkt „2” decyzji w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, wskazany w uzasadnieniu decyzji.

UZASADNIENIE

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, zwana dalej „Instytucją Zarządzającą” lub „Organem”, ogłosił w dniu 29.02.2016 r. konkurs zamknięty nr RPSW.02.05.00-IZ.00-26-030/16 naboru wniosków o dofinansowanie projektów w ramach Działania 2.5 pn. „Wsparcie inwestycyjne sektora MŚP” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020. Nabór wniosków o dofinansowanie ustalono na okres od 29.03.2016 r. do 29.04.2016 r. W treści ogłoszenia o ww. konkursie zawarto informację, iż szczegółowe zasady składania wniosków zostały zamieszczone w Regulaminie konkursu zamkniętego nr RPSW.02.05.00-IZ.00-26-030/16, dostępnym na stronie internetowej Instytucji Zarządzającej tj. www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl oraz na portalu Funduszy Europejskich www.funduszeuropejskie.gov.pl. Przedmiotowy regulamin, będący załącznikiem do Uchwały nr 1219/16 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 24.02.2016 r., stanowił uszczegółowienie informacji zawartych w ww. ogłoszeniu konkursowym. Przed sporządzeniem wniosku o dofinansowanie każdy wnioskodawca był zobowiązany do zapoznania się z załączonymi do powyższego Regulaminu dokumentami, zamieszczonymi na stronie internetowej www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl, w skład których wchodziły m.in.:

- „Wzór wniosku o dofinansowanie realizacji projektu dla Działania 2.5 „Wsparcie inwestycyjne sektora MŚP”,
- „Wzór Umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014 – 2020”, stanowiący załącznik do ww. Regulaminu konkursu zamkniętego i przyjęty Uchwałą Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr 1767/16 z dnia 14 września 2016 r., zmieniony później Uchwałą Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr 2406/17 z dnia 15 marca 2017 r.

Ponadto, każdy wnioskodawca zgodnie z niniejszym Regulaminem zobowiązany był również do zapoznania się z dokumentem pn. „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 10 kwietnia 2015 r.”, opracowanym przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju i zamieszczonym na stronie internetowej www.funduszeuropejskie.gov.pl.

W części 6.5.3 pkt 14 ww. Wytycznych z dnia 10.04.2015 r., obowiązujących do 13.10.2016 r. wskazano, że nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy z wykonawcą wybranym zgodnie z zasadą konkurencyjności, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że w zapytaniu ofertowym została przewidziana możliwość dokonania takiej zmiany oraz zostały określone warunki takiej zmiany. Następnie, w części 6.5.2 pkt 22 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 lipca 2017 r.” wskazano, że „nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że

- a) zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w zapytaniu ofertowym oraz określił warunki takiej zmiany, o ile nie prowadzą one do zmiany charakteru umowy,...
- b)
- c) zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
 - konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
 - wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.”

Jednocześnie w wykazie obowiązujących aktów prawnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwany dalej: „RPOWŚ 2014-2020”) we wzorze Umowy o dofinansowanie, zamieszczonym na stronie internetowej www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl, wskazano, iż obowiązują zapisy Ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, zwanej dalej: „ustawą wdrożeniową”.

Ponadto, w wykazie obowiązujących aktów prawnych znajdującym się w ww. wzorze Umowy o dofinansowanie wskazano, iż obowiązują zapisy Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347/320 z 20.12.2013 r.), zwanego dalej: „rozporządzeniem ogólnym”.

Ponadto, w ww. wzorze umowy o dofinansowanie projektu w § 1 ust. 4 zamieszczono definicję pojęcia wytycznych tj. „Wytycznych” – należy przez to rozumieć wytyczne horyzontalne i wytyczne programowe stanowiące ujednocnione warunki i procedury wdrażania funduszy

strukturalnych i Funduszu Spójności stosowane przez Beneficjenta na podstawie Umowy o dofinansowanie projektu.”

Następnie, w § 1 ust. 5 pkt „e” ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję pojęcia wytycznych horyzontalnych, zgodnie z którą za wytyczne takie należy rozumieć instrumenty prawne wydawane przez ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego określające ujednocnione warunki i procedury wdrażania funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności na podstawie art. 5 ust.1 ustawy wdrożeniowej, tj. m.in. „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020”.

Ponadto, w § 1 ust. 10 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję wydatków kwalifikowalnych, zgodnie z którą za wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z rozporządzeniem ogólnym, jak również w rozumieniu ustawy wdrożeniowej i przepisów rozporządzeń wydanych do tej ustawy oraz zgodnie z wytycznymi wskazanymi w § 1 pkt 5 lit.e).

Jednocześnie w § 1 ust. 13 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję umowy, zgodnie z którą przez „umowę” należy rozumieć niniejszą umowę o dofinansowanie Projektu, której integralny załącznik stanowi wniosek o dofinansowanie, określającą obowiązki stron umowy oraz warunki przekazywania i wykorzystywania dofinansowania.

Następnie w § 1 ust. 40 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono następującą definicję nieprawidłowości: „nieprawidłowość- należy rozumieć nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego, tj. każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy polityki spójności, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.”

Ponadto, w § 1 ust. 41 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono następującą definicję korekty finansowej: „Korekcje finansowej – należy przez to rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy wdrożeniowej, kwotę, o jaką pomniejsza się współfinansowanie UE dla Projektu w związku z nieprawidłowością indywidualną.”

Następnie w § 1 ust. 42 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono następującą definicję zamówienia publicznego: „Zamówieniu publicznym” – należy rozumieć pisemną umowę odpłatną, zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane przewidziane w Projekcie, przy czym dotyczy to zarówno umów o udzielenie zamówień zgodnie z Pzp jak i umów dotyczących zamówień udzielanych zgodnie z zasadą konkurencyjności, opisaną w wytycznych, o których mowa w pkt 5 lit.e).”

Ponadto, w § 3 ust. 1 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu Beneficjent zobowiązał się „do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i krajowego, w szczególności w oparciu o ustawę o finansach publicznych w zakresie dotyczącym wydatkowania środków publicznych, wytycznymi horyzontalnymi, a także procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie celów, w tym wskaźników produktu i rezultatu, o których mowa w § 7 Umowy w trakcie realizacji Projektu oraz w okresie jego trwałości”.



W dalszej części ww. wzoru umowy wskazano w § 10, że „Jeżeli zostanie stwierdzone, że Beneficjent wykorzystał całość lub część dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem, bez zachowania obowiązujących procedur, lub pobrał całość lub część dofinansowania w sposób nienależny albo w nadmiernej wysokości, Beneficjent zobowiązuje się do zwrotu tych środków, odpowiednio w całości lub w części, wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków na rachunek Beneficjenta, na zasadach określonych w *usf.*”, a w przypadku, gdy te środki, podlegające zwrotowi nie zostałyby w odpowiednim terminie zwrócone przez Beneficjenta to Zarząd Województwa Świętokrzyskiego wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin od którego nalicza się odsetki (vide § 10 ust. 5 wzoru umowy).

Ponadto, w § 12 ust. 1 wzoru umowy wskazano, że przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu Beneficjent stosuje Pzp oraz zapisy wytycznych, o których mowa w § 1 ust. 5 lit. e), w zakresie obowiązku stosowania zasady konkurencyjności, o której mowa w rozdziale 6 pkt 6.5 i następnym. Następnie w § 12 ust. 3 wzoru umowy wskazano, iż: „Beneficjent zobowiązany jest w szczególności do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Projektu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.” W dalszej części wzoru umowy o dofinansowanie tj. § 12 ust. 11 wskazano Beneficjentowi, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta zasad określonych w ust. 1 Instytucja Zarządzająca uznaje taki wydatek za niekwalifikowalny w Projekcie i może zastosować korekty finansowe zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2016 r., poz. 200).

Do przedmiotowego konkursu zamkniętego przystąpiła, z siedzibą, zwana dalej „Beneficjentem” lub „Stroną”, składając w dniu 29.04.2016 r. wniosek o dofinansowanie projektu pn.: „.....” na wnioskowaną kwotę dofinansowania w wysokości: ... zł. W przedmiotowym wniosku o dofinansowanie w pkt. XVI-Oświadczenia Wnioskodawcy Beneficjent złożył m.in. następujące oświadczenie: „Oświadczam, iż jestem świadom praw i obowiązków związanych z realizacją projektu finansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach RPOWŚ na lata 2014-2020.” Ponadto, w dokumentacji konkursowej, stanowiącej załącznik do ww. wniosku o dofinansowanie, załączono m.in. Oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele realizacji projektu (Zał. nr 19) oraz kopię Umowy dzierżawy z dnia 20.04.2016 r., zgodnie z którymi Beneficjent poświadczał, iż dysponuje stosownym zapleczem technicznym (tj. nieruchomością) niezbędnym do realizacji projektu. Jednocześnie w załączniku do wniosku o dofinansowanie pn. Biznesplan w Rozdziale 4-6 Zasoby techniczne do realizacji projektu Beneficjent stwierdził, iż: „Nieruchomość na której znajdować będą się zakupione w ramach projektu składniki jest dzierżawiona. Miejsce, gdzie zlokalizowane będą składniki posiada dostęp do energii elektrycznej (własna stacja transformatorowa), pomieszczenie biurowe, socjalne, dostęp do Internetu. Działka zlokalizowana jest przy drodze krajowej.”

W wyniku przeprowadzonej oceny formalnej i merytorycznej, przedmiotowy wniosek o dofinansowanie, zwany również „Projektem”, na podstawie Uchwały Nr 2276/17 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 1 lutego 2017 r. został zakwalifikowany do wsparcia w ramach Działania 2.5 w kwocie dofinansowania w wysokości: ... zł, uzyskując ... punkty i ... miejsce na liście rankingowej projektów złożonych i wybranych do wsparcia w ramach przedmiotowego konkursu.

W wyniku ww. pozytywnej oceny formalnej i merytorycznej projektu, Instytucja Zarządzająca zawarła w dniu ...2017 r. z, jako Beneficjentem tego Programu, Umowę nr RPSW.02.05.00-26-.../...-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.02.05.00-26-.../... pn.: „...” (zwaną dalej „Umową o dofinansowanie”) na kwotę dofinansowania ze środków EFRR w łącznej wysokości zł. Kwota dofinansowania ze środków EFRR przyznana Beneficjentowi w ww. Umowie o dofinansowanie została zmniejszona w stosunku do kwoty wnioskowanej z uwagi na przekroczenie dopuszczalnego limitu pomocy de minimis.

Umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem w dniu2017 r. w porównaniu do ww. wzoru umowy obowiązującego na moment złożenia wniosku o dofinansowanie, zawierała zaktualizowane postanowienia, zgodnie z obowiązującym na dzień jej podpisania wzorem umowy o dofinansowanie. Beneficjent zobowiązany był do zapoznania się z warunkami i postanowieniami zawartymi w przedmiotowej Umowie o dofinansowanie przed jej podpisaniem. W niniejszej Umowie o dofinansowanie znalazły się wszystkie wyżej omówione postanowienia zawarte w jej wzorze, stanowiącym załącznik do ww. Regulaminu konkursu zamkniętego.

W związku z czym Beneficjent podpisując ww. umowę o dofinansowanie został poinformowany, że zobowiązany jest do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i krajowego, w szczególności w oparciu o zapisy wytycznych horyzontalnych oraz zgodnie z procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie. Ponadto, Beneficjent został poinformowany, że w przypadku przeprowadzania procedury wyłonienia dostawcy towarów/ usług ma obowiązek stosować zasadę konkurencyjności, opisaną w wytycznych horyzontalnych.

Jednocześnie, zgodnie z treścią § 1 ust.10 umowy o dofinansowanie, Beneficjent został zobowiązany do zapoznania się z warunkami kwalifikowalności wydatków, określonymi w dokumencie pn. „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020”.

W trakcie realizacji projektu Beneficjent zwrócił się pisemnie do Instytucji Zarządzającej z prośbą o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu realizacji Projektu do dnia 30.06.2018 r. z uwagi na wydłużony okres trwania weryfikacji merytorycznej wniosku o dofinansowanie oraz długotrwały proces ustanawiania zabezpieczenia prawidłowej realizacji projektu. Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na ww. wnioskowane wydłużenie terminu zakończenia realizacji Projektu, w wyniku czego w dniu 16.04.2018 r. został podpisany stosowny Aneks nr RPSW.02.05.00-26-.../...-02 do umowy o dofinansowanie.

W dniu 28.05.2018 r. Beneficjent zwrócił się do Instytucji Zarządzającej pismem z dn. 28.05.2018 r. w sprawie wydłużenia terminu realizacji inwestycji objętej projektem do dnia 31.08.2018 r. z uwagi na zmianę siedziby na nową lokalizację: Zmiana ta zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Beneficjenta nie będzie miała wpływu na spełnianie kryteriów oceny wniosku o dofinansowanie oraz nie będzie miała charakteru czynnika, który mógłby wpłynąć na ocenę projektu i jego rekomendację do dofinansowania. Beneficjent wyjaśnił w niniejszym piśmie, iż mając na względzie przyszły rozwój prowadzonej firmy w tym rozbudowanie możliwości technicznych świadczenia usług z zakresu nowoczesnej wieloosiowej obróbki metali, zdecydował o zmianie siedziby na korzystniejszą, która będzie lepiej dostosowana do przemysłowej specyfiki działalności, niż poprzednia lokalizacja. Jednocześnie z uwagi na fakt, iż w nowym obiekcie trwały



prace modernizacyjne i nie był on jeszcze dostosowany do umiejscowienia maszyny zakupionej w ramach projektu, Beneficjent zawnioskował o wydłużenie terminu zakończenia dofinansowanej inwestycji. Beneficjent w piśmie tym wskazał również, iż maszyna zamówiona w ramach projektu jest już gotowa i oczekuje na odbiór oraz montaż i rozruch (na dowód okazano list przewozowy i deklarację gotowości). Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na ww. wnioskowane zmiany, w wyniku czego w dniu 24.07.2018 r. został podpisany stosowny Aneks nr RPSW.02.05.00-26-.../...-03 do umowy o dofinansowanie.

W oparciu o zatwierdzony w dniu 11.05.2018 r. wniosek o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-002 Instytucja Zarządzająca w dniu 21.05.2018 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR: 708 879,60 zł. W dniu 20.08.2018 r. Beneficjent przedłożył do Instytucji Zarządzającej wniosek o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: 815 771,56 zł, w tym rozliczonej płatności zaliczkowej w wysokości 100% przekazanej transzy tj. 708 879,60 zł. Następnie, w dniu 31.08.2018 r. Beneficjent przekazał wniosek o płatność końcową nr RPSW.02.05.00-26-.../...-005 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: 18 204,44 zł.

W związku z powyższym oraz koniecznością dokonania kontroli prawidłowości poniesienia wydatków w ramach ww. wniosków o płatność oraz zgodnie z postanowieniami § 12 Umowy o dofinansowanie, Instytucja Zarządzająca dokonała w miejscu realizacji projektu w dniu 07.11.2018 r. kontroli końcowej realizacji projektu. W wyniku ww. kontroli sporządzono w dniu 27.11.2018 r. Informację Pokontrolną Nr 127/N/II/RPO/2018 (tj. pismo znak: EFRR-VIII.433.N.II.225.2.2018.RJ), w której Instytucja Zarządzająca zawarła informację o stwierdzeniu następującej nieprawidłowości w realizacji Projektu:

- 1) Beneficjent po podpisaniu w dniu ...2017 r. umowy o dofinansowanie projektu przeprowadził zgodnie z zasadą konkurencyjności określoną w sekcji 6.5.2 pkt. 1) lit. a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r. postępowanie na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, oznaczone numerem, które zostało wszczęte w dniu2017 r. poprzez zamieszczenie zapytania ofertowego w bazie konkurencyjności(<https://bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl/publication/vie/w/.....>), które dotyczyło wyboru dostawcy ww. urządzenia w ramach realizacji projektu. Efektem rozstrzygnięcia postępowania było podpisanie w dniu 15.01.2018 r. Umowy na ww. dostawę, zawartej pomiędzy ... a na kwotę 270 000,00 euro brutto (w tym koszty kwalifikowalne: 1 038 860,98 zł). Do umowy podstawowej zawarto aneks nr 1 z dnia 25.05.2018 r. wydłużający termin realizacji zamówienia z dn. 25.05.2018 r. do 06.07.2018 r. Termin realizacji zamówienia ustalono więc do dn. 06.07.2018 r. Potwierdzeniem zrealizowania powyższego zamówienia jest faktura VAT nr ... z dnia 22.05.2018 r. na kwotę 1 162 970,41 zł brutto (w tym koszty kwalifikowalne: 1 038 860,98 zł).

W wyniku weryfikacji przedmiotowego postępowania stwierdzono następujące nieprawidłowości:

- a. **Beneficjent naruszył § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z naruszeniem zapisów sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 z dnia 19.07.2017 r.** (obowiązujących na dzień publikacji zapytania ofertowego), **poprzez dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy**

- w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty wskutek wydłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy z dn. 25.05.2018 r. do 06.07.2018 r. i nie naliczanie kar umownych z tego tytułu w związku z zawarciem aneksu nr 1 z dnia 25.05.2018 r.,
- b. Beneficjent naruszył § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z naruszeniem zapisów sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r. poprzez dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty wskutek wydłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy z dn. 06.07.2018 r. do 16.08.2018 r. i nie naliczenie kar umownych z tego tytułu w związku dostarczeniem przez dostawcę przedmiotu zamówienia po terminie wynikającym z umowy dostawy,
- c. Beneficjent naruszył §12 ust.7 umowy o dofinansowanie poprzez zamieszczenie w module zamówienia publiczne w ramach systemu SL2014 dokumentacji z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w czasie dłuższym niż 14 dni po podpisaniu umowy z wykonawcą, wyłonionym w ramach przeprowadzonego postępowania. Natomiast, zgodnie z dyspozycją §12 ust.7 umowy o dofinansowanie projektu, Beneficjent zobowiązany jest do przekazania pełnej dokumentacji z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za pomocą ww. modułu w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w ramach przeprowadzonego postępowania.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca na podstawie art. 143 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r., art. 9 ust. 2 pkt. 8 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. 2017 r., poz. 1460 z późn. zm) oraz Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2016 r., poz. 200 z późn. zm.) ustaliła wysokość pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną w następujący sposób:

- 1) W trakcie weryfikacji dokumentacji dotyczącej postępowania na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, przeprowadzonego po podpisaniu umowy o dofinansowanie projektu zgodnie z zasadą konkurencyjności, określoną w sekcji 6.5.2 pkt. 1) lit. a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r. stwierdzono, że doszło do naruszenia zasady konkurencyjności z tytułu **dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z dn. 25.05.2018 r. do 06.07.2018 r.** i nie naliczenie kar umownych w związku z zawarciem Aneksu nr 1 z dnia 25.05.2018 r., co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r.

Korekta finansowa za ww. naruszenie wyliczona następująco:

$$W_p = W\% \times W_{kw},$$

$$259\,715,25 \text{ zł} = 25\% \times 1\,038\,860,98 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

W_p – wartość pomniejszenia,

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do refundacji we wniosku nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004),

$W\%$ – stawka procentowa – **25%** wskazana w **pkt. 28** Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 lutego 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 615) pn. *Stawki procentowe przy obniżeniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych* z tytułu dokonaniu istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 78% poziom dofinansowania, korekta wydatków kwalifikowalnych w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną ujętą we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 wynosi: $259\,715,25 \text{ zł} * 78\% = 202\,577,90 \text{ zł}$.

- 2) W trakcie weryfikacji dokumentacji dotyczącej postępowania na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, przeprowadzonego po podpisaniu umowy o dofinansowanie projektu zgodnie z zasadą konkurencyjności, określoną w sekcji 6.5.2 pkt. 1) lit. a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r. stwierdzono, że doszło do naruszenia zasady konkurencyjności z tytułu dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z 06.07.2018 r. do 16.08.2018 r. i nie naliczenie kar umownych w związku z dostarczeniem przez dostawcę przedmiotu zamówienia po terminie wynikającym z umowy dostawy, co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r.

Korekta finansowa za ww. naruszenie wyliczona następująco:

$$W_p = W\% \times W_{kw},$$

$$259\,715,25 \text{ zł} = 25\% \times 1\,038\,860,98 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

W_p – wartość pomniejszenia,

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do refundacji we wniosku nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004),

$W\%$ – stawka procentowa – **25%** wskazana w **pkt. 28** Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 lutego 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 615) pn. *Stawki procentowe przy obniżeniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii*

nieprawidłowości indywidualnych z tytułu dokonaniu istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 78% poziom dofinansowania, korekta wydatków kwalifikowalnych w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną ujętą we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 wynosi: 259 715,25 zł * 78% = **202 577,90 zł.**

W odniesieniu do kwestii ewentualnej transgraniczności ww. zamówienia (vide: § 11 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, Dz. U. z 2016 r., poz. 200 z późn. zm.) na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, Instytucja Zarządzająca przy ocenie wagi nieprawidłowości indywidualnej nie dokonywała oceny transgraniczności tego zamówienia, z uwagi na fakt, iż stawka korekty finansowej przyjęta w pkt 28 załącznika do ww. Rozporządzenia była stała (25%) i nie przewidywała możliwości jej obniżenia. W związku z tym, iż ww. przepisy prawne przy takim rodzaju stwierdzonej nieprawidłowości (tj. dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty) nie pozwalały na obniżenie wymiaru stawki korekty finansowej, to i badanie transgraniczności tego zamówienia było bezcelowe.

Wobec powyższego oraz w związku ze stwierdzeniem w przedmiotowym postępowaniu dwóch naruszeń oraz faktem, iż w przypadku stwierdzenia więcej niż jednego naruszenia przepisów w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zastosować jedno pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych o największej wartości, pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych z tytułu opisanych powyżej naruszeń Instytucja Zarządzająca ustaliła w kwocie wydatków w wysokości: 259 715,25 zł, w tym łącznej kwocie dofinansowania: 202 577,90 zł i zaleciła stosowne pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych projektu w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną.

Jednocześnie w zakresie stwierdzonego naruszenia §12 ust.7 umowy o dofinansowanie, polegającego na zamieszczeniu w module zamówienia publiczne w ramach systemu teleinformatycznego SL2014 dokumentacji z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w terminie dłuższym niż 14 dni od daty zawarcia umowy z dostawcą wyłonionym w ramach przeprowadzonego postępowania, Instytucja Zarządzająca zaleciła na przyszłość zamieszczanie kompletnej dokumentacji przetargowej w ww. module zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie tj. naruszenie to nie skutkowało wymierzeniem korekty finansowej.

Przedmiotowa Informacja Pokontrolna została Beneficjentowi przekazana przy piśmie znak: EFRR-VIII.433.N.II.225.2.2018.RJ z dn. 27.11.2018 r. z prośbą o jej podpisanie i odesłanie do Instytucji Zarządzającej. Ponadto, Beneficjent został pouczone o możliwości odmowy podpisania ww. Informacji Pokontrolnej i jej zwrotu wraz z informacją o przyczynach takiej decyzji oraz o możliwości zgłoszenia zastrzeżeń w terminie 14 dni od dnia otrzymania tego dokumentu.

W odpowiedzi na ww. dokument Beneficjent w dniu 07.12.2018 r. przekazał do Instytucji Zarządzającej niepodpisaną Informację Pokontrolną Nr 127/N/II/RPO/2018 wraz z pismem z dnia 04.12.2018 r., w którym wniósł zastrzeżenia co do ustaleń w niej zawartych. Beneficjent nie podzielił stanowiska Instytucji Zarządzającej co do niedopełnienia obowiązków, zawartych w § 12



umowy o dofinansowanie tj. Beneficjent stwierdził, że realizował postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zgodny z zasadą konkurencyjności i Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków. Beneficjent wyjaśnił, iż w ogłoszeniu o zamówieniu dla postępowania dot. wielozadaniowego centrum obróbkowego wskazał przypadki umożliwiające zmianę postanowień zawartej umowy z wykonawcą, w tym w pkt. 11.2 lit.c zawarł informację, iż może dokonać zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w przypadku gdy zajdzie potrzeba zmiany terminów wykonania zamówienia, jeżeli konieczność zmiany terminu wykonania nie wynika z przyczyn zależnych od wykonawcy, a jest spowodowana np. klęską żywiołową. Następnie w niniejszym piśmie Beneficjent stwierdził, że: *„Potrzeba dokonania zmiany terminu wynikała z okoliczności nieleżących po stronie wykonawcy. Zarząd Spółki – już po zawarciu umowy – podjął decyzję o zmianie siedziby Spółki na korzystniejszą, która będzie lepiej dostosowana do przemysłowej specyfiki działalności, niż poprzednia lokalizacja, a jednocześnie umożliwi rozbudowanie możliwości technicznych świadczenia usług z zakresu innowacyjnej obróbki metali. Obiekt, do którego zaplanowano przeniesienie działalności Spółki zaprojektowany został jako niskoemisyjny, wysoce przyjazny środowisku oraz spełniający wszystkie najnowsze wymogi norm i przepisów prawa budowlanego, co przemawiało za podjęciem decyzji o wynajmie powierzchni przemysłowej w jego obrębie.”* Beneficjent wskazał, iż właśnie podjęcie tej decyzji o zmianie docelowej lokalizacji ww. urządzenia zadecydowało o wydłużeniu terminu wykonania zamówienia, a spowodowane było to koniecznością odpowiedniego dostosowania się do harmonogramu czynności odbiorowych nowego obiektu hali produkcyjno-magazynowej. W piśmie tym Beneficjent wyjaśnił, iż na dzień 25.05.2018 r. stan techniczny ww. nowej hali przemysłowej nie pozwalał na umiejscowienie w nim tego urządzenia, bowiem budowa tej hali została zakończona dopiero w dniu 30.06.2018 r. Ponadto, Beneficjent nadmienił, że nie miał możliwości przyjęcia urządzenia w terminie pierwotnym, ponieważ naraziłoby to Spółkę na znaczne koszty, w tym z tytułu przechowania urządzenia. Następnie, Beneficjent wyjaśnił, iż powyższa zmiana terminu wykonania zamówienia wynikała z przyczyn zewnętrznych takich jak: brak odbioru budynku przez inwestora i nie prowadziła jego zdaniem do zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym oraz do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zdaniem Beneficjenta okoliczności stanowiące przyczynę tej zmiany uzasadniają tezę, iż mamy do czynienia z sytuacją, której żadna ze stron nie była w stanie przewidzieć w chwili zawierania umowy, a także na etapie składania ofert, bowiem decyzja o zmianie siedziby nastąpiła już po zawarciu umowy z wykonawcą. Beneficjent wskazał więc, iż zmiana ta jest zmianą nieistotną i nie podziela odmiennego stanowiska Instytucji Zarządzającej w tym zakresie. Następnie, Beneficjent nie podzielił stanowiska Instytucji Zarządzającej w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy z wykonawcą, ponieważ zdaniem Beneficjenta instalacja ww. urządzenia została przeprowadzona w terminie przewidzianym w § 3 ust.1 umowy z wykonawcą tj. *„Zamawiający zgłosił gotowość do rozpoczęcia instalacji w dniu 10.08.2018 r., a wykonawca rozpoczął instalację w ciągu 3 dni roboczych, a zakończył jak wynika z protokołu odbioru w dniu 16.08.2018 r.”*. Ponadto, Beneficjent zgłosił zastrzeżenia co do stanowiska Instytucji Zarządzającej w zakresie nie naliczenia kar umownych, których naliczenie byłoby w analizowanej sprawie bezpodstawne z uwagi na fakt, że zmiana terminu zamówienia nie wynikała z przyczyn zależnych od wykonawcy, czego dowodem jest zgłoszona w dniu 22.05.2018 r. gotowość wykonawcy do dostawy przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, w piśmie z dnia 04.12.2018 r. Beneficjent zawnioskował o uwzględnienie wniesionych zastrzeżeń, potwierdzenie zgodności realizacji projektu z zasadą



konkurencyjności, a co za tym idzie o zmianę zaleceń pokontrolnych wskazanych w ww. Informacji Pokontrolnej.

Następnie w dniu 14.12.2018 r. Beneficjent w nawiązaniu do pisma z dn. 04.12.2018 r. przekazał za pismem z dn. 14.12.2018 r. dokumenty takie jak: list przewozowy urządzenia, deklaracja gotowości wykonawcy do dostarczenia urządzenia z dn. 22.05.2018 r. i korespondencja e-mail z wykonawcą mające potwierdzić, iż wykonawca wywiązał się z obowiązków umownych. W piśmie tym Beneficjent ponownie wskazał, że na zmianę terminu zamówienia miała wpływ zmiana siedziby lokalizacji docelowej urządzenia, a obie strony (tj. Beneficjent i wykonawca) zgodziły się na to, iż urządzenie zostanie przechowane przez wykonawcę do dnia 06.07.2018 r. bez dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu.

Celem dalszego uzupełnienia stanowiska prezentowanego w sprawie Beneficjent w dniu 21.12.2018 r. przekazał pismo z dn. 20.12.2018 r. wraz z załączoną kopią oświadczenia Beneficjenta o gotowości do rozpoczęcia instalacji z dnia 10.08.2018 r. Beneficjent w piśmie tym podtrzymał swoje stanowisko oraz ponownie zawarł argumentację tożsamą z prezentowaną w poprzednio przekazanej korespondencji. W sposób jednoznaczny stwierdził, iż termin wykonania przedmiotu zamówienia był zgodny z umową z wykonawcą, bowiem instalacja tego urządzenia rozpoczęła się w ciągu 3 dni roboczych od zgłoszenia gotowości przez Beneficjenta, a co za tym idzie urządzenie zostało zainstalowane w terminie określonym w umowie z wykonawcą. Beneficjent ponownie zaznaczył, iż w niniejszej sprawie brak jest podstaw prawnych do naliczenia kar umownych, a co za tym idzie do żądania od wykonawcy naprawienia szkody zgodnie z zapisami zawartymi w treści art. 471 k.c., bowiem Zamawiający (Beneficjent) nie poniósł żadnej szkody i nie zaistniały pozostałe przesłanki wskazane w tym przepisie prawnym uprawniające do naliczenia kar umownych. Beneficjent w sposób jednoznaczny stwierdził, iż nie dopuścił się żadnego naruszenia przepisów prawa ani postanowień umowy o dofinansowanie i podtrzymał swoje stanowisko w sprawie.

W odpowiedzi na pisma Beneficjenta z dn. 04.12.2018 r., 14.12.2018 r. i 20.12.2018 r. Instytucja Zarządzająca w dniu 08.02.2019 r. w piśmie znak: EFRR-VIII.433.N.II.225.3.2018.RJ po ponownej analizie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zgodnym z zasadą konkurencyjności stwierdziła, iż:

1. W kwestii naruszenia § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z sekcją 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r. poprzez zawarcie przez Beneficjenta w dniu 25.05.2018 r. do umowy na dostawę ww. urządzenia Aneksu nr 1 wydłużającego termin wykonania przedmiotu umowy z dn. 25.05.2018 r. do 06.07.2018 r., powodującego istotną zmianę postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, brak jest podstawy do zmiany zapisów treści Informacji Pokontrolnej i pozostają one w tym zakresie niezmienione. Instytucja Zarządzająca w piśmie tym wskazała, iż w trakcie analizy dostarczonej przez Beneficjenta dokumentacji stwierdzono, że zamawiający może dokonać zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w szczególności gdy zmiana terminów wykonania zamówienia nie wynika z przyczyn zależnych od Wykonawcy, a jest spowodowana: np. „klęską żywiołową”. Zdaniem Instytucji Zarządzającej warunki dokonania zmiany nie zostały we właściwy sposób opisane przez Beneficjenta jako zamawiającego na etapie postępowania, ponieważ użyty zapis „nie

wynika z przyczyn zależnych od wykonawcy” jest sformułowaniem niejasnym i nie wskazującym konkretnych okoliczności, z wyjątkiem podanego przykładu klęski żywiołowej, a co za tym idzie niemożliwe jest uznanie słuszności stwierdzenia, iż wprowadzona aneksem zmiana terminu wykonania umowy wynikająca ze zmiany siedziby Spółki została przewidziana w zapytaniu ofertowym. Ponadto, Instytucja Zarządzająca uzasadniła, że okolicznościom powodującym konieczność dokonania przedmiotowej zmiany nie sposób jest przypisywać charakteru nadzwyczajnego czy nie dającego się przewidzieć, bowiem to właśnie zarząd Spółki podjął przemyślaną decyzję o zmianie siedziby spółki na korzystniejszą kierując się względami strategicznymi dla dalszego rozwoju firmy. Nie stwierdzono więc elementu nieprzewidywalności spowodowanego czynnikami zewnętrznymi, a co za tym idzie Instytucja Zarządzająca stwierdziła, że Beneficjent w zapytaniu ofertowym nie przewidział możliwości ani nie określił warunków dokonania takiej zmiany, a konieczność zmiany umowy nie była spowodowana okolicznościami, których nie był w stanie przewidzieć.

2. W kwestii naruszenia § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu w związku z sekcją 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r. poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z dn. 06.07.2018 r. do 16.08.2018 r. w związku z dostarczeniem przez dostawcę przedmiotu zamówienia po terminie wynikającym z umowy dostawy a nawet po terminie wydłużonym aneksem, stanowiącego istotną zmianę postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, brak jest podstawy do zmiany zapisów treści Informacji Pokontrolnej i pozostają one w tym zakresie niezmienione. Instytucja Zarządzająca wskazała, iż brak jest jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego dostarczenie rzeczonożego urządzenia do siedziby firmy, a co za tym idzie uniemożliwia to przyjęcie tezy Beneficjenta, że dostawa nastąpiła w zakładanym terminie, tym bardziej, że wydłużenie terminu dostawy urządzenia było wykonane z naruszeniem zapisów umowy o dofinansowanie i wytycznych. Instytucja Zarządzająca wskazała, że gotowość Beneficjenta do rozpoczęcia instalacji została wyrażona pismem z dnia 10.08.2018 r., tj. ponad 2 miesiące po pierwotnym terminie dostawy określonym na 25.05.2018 r., a nawet przeszło miesiąc po wydłużonym z naruszeniem zapisów umowy o dofinansowanie i wytycznych terminie dostawy ustalonym na 06.07.2018 r. Jedynym uzasadnieniem dla takiej zwłoki w instalacji i montażu urządzenia w miejscu docelowym był brak tego urządzenia w tym miejscu. Dodatkowo taki stan rzeczy potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia był wadliwie sporządzony, a warunki dokonania zmiany istotnych postanowień zawartej umowy w ogóle nie przewidywały zmiany siedziby firmy. Zmiana ta nie była więc podyktowana żadnymi nadzwyczajnymi okolicznościami.
3. W kwestii wskazanego naruszenia dotyczącego nie naliczenia kar umownych z tytułu wydłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy i dostarczenia przez dostawcę przedmiotu zamówienia po uzgodnionym terminie dostawy, wyjaśnienia Beneficjenta złożone w tym zakresie zostały przyjęte przez Instytucję Zarządzającą, konsekwencją czego było wprowadzenie stosownych zmian do treści ostatecznej informacji pokontrolnej nr 127/N/II/RPO/2018, z której usunięto informację, iż nie naliczenie kar umownych przez Beneficjenta stanowiło naruszenie. Instytucja Zarządzająca wzięła pod uwagę złożone przez Beneficjenta wyjaśnienia i dokonała ponownej analizy dostarczonej dokumentacji, w wyniku której ustaliła, że Beneficjent zarówno w treści zapytania ofertowego, jak również w treści samej umowy nie przewidywał naliczania kar umownych z tytułu niedotrzymania

przez dostawcę terminów umownych, a co za tym idzie odstąpiła od wcześniejszego ustalenia w tym zakresie.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca w dniu 08.02.2019 r. przygotowała ostateczną wersję Informacji Pokontrolnej oznaczonej nr **127/N/II/RPO/2018/P** z kontroli końcowej realizacji projektu, w której podtrzymała ustalenia w zakresie następujących naruszeń:

1. W ramach przeprowadzonego postępowania na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, stwierdzono, że doszło do naruszenia zasady konkurencyjności **z tytułu dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy** z dn. 25.05.2018 r. do 06.07.2018 r. w związku z zawarciem Aneksu nr 1 z dnia 25.05.2018 r., co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r.,
2. W ramach przeprowadzonego postępowania na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, stwierdzono, że doszło do naruszenia zasady konkurencyjności **z tytułu dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z 06.07.2018r. do 16.08.2018 r. w związku z dostarczeniem przez dostawcę przedmiotu zamówienia po terminie wynikającym z umowy dostawy**, co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca na podstawie art. 143 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r., art. 9 ust. 2 pkt. 8 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych w perspektywie finansowej 2014-2020 oraz Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2016 r., poz. 200 z późn. zm.) podtrzymała wysokość wymierzonej korekty finansowej, ustalonej w następujący sposób:

$$W_p = W\% \times W_{kw},$$

$$259\ 715,25\ \text{zł} = 25\% \times 1\ 038\ 860,98\ \text{zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

W_p – wartość pomniejszenia,

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do refundacji we wniosku nr RPSW.02.05.00-26-..../...-004),

$W\%$ – stawka procentowa – 25% wskazana w pkt. 28 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 lutego 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 615) pn. Stawki procentowe przy obniżeniu

wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych z tytułu dokonaniu istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 78% poziom dofinansowania, korekta wydatków kwalifikowalnych w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną ujętą we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 wyniosła: $259\ 715,25\ \text{zł} * 78\% = 202\ 577,90\ \text{zł}$.

Biorąc powyższe pod uwagę Instytucja Zarządzająca w odniesieniu do obu wyżej wymienionych stwierdzonych naruszeń zasady konkurencyjności, uznała za wydatek niekwalifikowalny kwotę w łącznej wysokości wydatków: 259 715,25 zł, w tym łączną kwotę dofinansowania ze środków EFRR: 202 577,90 zł.

Instytucja Zarządzająca w załączeniu do pisma z dnia 08.02.2019 r. przekazała Beneficjentowi ostateczną Informację Pokontrolną nr 127/N/II/RPO/2018/P i wskazała, iż zgodnie z treścią art. 25 ust. 11 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych w perspektywie finansowej 2014-2020 do ostatecznej informacji pokontrolnej oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Przedmiotowa ostateczna Informacja Pokontrolna wraz z pismem z dnia 08.02.2019 r. nie została odebrana przez Beneficjenta i po dwukrotnym awizowaniu została zwrócona przez operatora pocztowego w dniu 01.03.2019 r. do Instytucji Zarządzającej.

W związku z ww. wynikami kontroli końcowej projektu Instytucja Zarządzająca dokonała pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych ujętych przez Beneficjenta we wniosku o płatność pośrednią nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 oraz dokonała zatwierdzenia rozliczenia końcowego wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-005. W pismach znak: EFRR-V.433.2.5....4.2019.KK z dn. 22.02.2019 r. oraz znak: EFRR-V.433.2.5....5.2019.KK z dnia 22.02.2019 r. Instytucja Zarządzająca poinformowała Beneficjenta, iż wskutek pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność w końcowym rozliczeniu projektu w ramach wniosku o płatność końcową zaistniała nierozliczona kwota płatności zaliczkowej ze środków EFRR w wysokości: **77 481,50 zł**, podlegająca zwrotowi wraz z odsetkami, zgodnie z zapisami umowy o dofinansowanie.

Zgodnie z treścią § 9 ust.4 umowy o dofinansowanie Beneficjent zobowiązany był do wydatkowania i rozliczenia zaliczki w części nie mniejszej niż 85% wypłaconych transz zaliczek w formie złożonego za pomocą SL2014 wniosku o płatność w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia przekazania płatności zaliczkowej, a wszystkie otrzymane płatności zaliczkowe powinny być rozliczone nie później niż w dniu zakończenia finansowego realizacji Projektu.

Beneficjentowi przekazana została w dniu 21.05.2018 r. płatność zaliczkowa w wysokości 708 879,60 zł, a co za tym idzie zgodnie z treścią § 9 umowy o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązany był do rozliczenia we wniosku o płatność ww. płatności zaliczkowej. Beneficjent przedłożył wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 na kwotę rozliczonego dofinansowania z EFRR w wysokości: 815 771,56 zł oraz wniosek o płatność końcową nr RPSW.02.05.00-26-.../...-005 na kwotę rozliczonego dofinansowania z EFRR w wysokości: 18 204,44 zł, jednakże wskutek ww. korekty finansowej nałożonej przez Instytucję Zarządzającą na wydatki kwalifikowalne ujęte w ww. wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 wartość

rozliczonego i kwalifikowalnego dofinansowania z EFRR w ww. wnioskach została pomniejszona do łącznej kwoty: 631 398,10 zł (tj. łączna kwota EFRR z wniosków o płatność: 833 976,00 zł – 202 577,90 zł kwota EFRR korekty finansowej = 631 398,10 zł). W związku z czym, nie został spełniony warunek rozliczenia płatności zaliczkowej wskazany w § 9 ust.4 umowy o dofinansowanie, ponieważ Beneficjent we wniosku o płatność końcową zobowiązany był do ostatecznego rozliczenia wszystkich otrzymanych środków płatności zaliczkowej z EFRR w kwocie 708 879,60 zł, a dokonał ostatecznie rozliczenia kwoty środków zaliczki z EFRR w wysokości: 631 398,10 zł, a co za tym idzie zaistniała różnica w wysokości środków EFRR: **77 481,50 zł**, stanowiąca środki nierozliczonej płatności zaliczkowej podlegające zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Jednocześnie, ww. fakt nierozliczenia płatności zaliczkowej przez Beneficjenta na wymaganą kwotę zaistniał skutek nałożonej ww. korekty finansowej wymierzonej z tytułu naruszenia zasady konkurencyjności.

Z uwagi na fakt, iż ww. zakwestionowane w wyniku kontroli środki dofinansowania z EFRR zostały uprzednio przez Instytucję Zarządzającą wypłacone Beneficjentowi w ramach płatności zaliczkowej, a także mając na uwadze fakt, że Beneficjent naruszył treść art. 184 w zw. z art. 207 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t.j.), zwanej dalej „ustawą ufp”, Instytucja Zarządzająca zgodnie z treścią art. 207 ust.8 ustawy ufp, pismem znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z dnia 04.03.2019 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu wykorzystanego z naruszeniem procedur dofinansowania w łącznej kwocie: **77 481,50 zł** wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia doręczenia tego wezwania. Jednocześnie, Instytucja Zarządzająca w ww. wezwaniu w sposób szczegółowy wyjaśniła Beneficjentowi, iż ww. kwota zwrotu środków dofinansowania wynika z faktu pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych ujętych przez Beneficjenta do rozliczenia we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-004 oraz końcowego rozliczenia projektu we wniosku o płatność końcową. Ponadto, Instytucja Zarządzająca wyjaśniła w wezwaniu, iż z uwagi na niezatwierdzenie płatności końcowej do wypłaty we wniosku o płatność końcową, w trybie art. 207 ust.8 ufp niemożliwe było wskazanie Beneficjentowi wyboru opcji pomniejszenia kolejnych płatności o ww. kwotę podlegającą zwrotowi. Beneficjent potwierdził odbiór wezwania w dniu 19.03.2019 r.

W dniu 04.03.2019 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynęło pismo Beneficjenta z dnia 28.02.2019 r. w którym Beneficjent ponownie podtrzymał swoje stanowisko oraz zakwestionował ustalenia Instytucji Zarządzającej wskazane w ww. Informacji Pokontrolnej. Beneficjent do niniejszego pisma załączył analizę prawną sporządzoną przez Kancelarię Radcy Prawnego ... pn. „Ocena dokonania zgodności z przepisami umowy o dofinansowanie zmiany do umowy z dnia 15 stycznia 2018 r. zawartej pomiędzy a” Beneficjent ponownie wskazał, iż nie podziela stanowiska Instytucji Zarządzającej co do zasadności wskazanych naruszeń i uważa, iż nałożenie korekty finansowej było bezpodstawne. Ponadto, Beneficjent ponownie stwierdził, że dokonana zmiana treści umowy zawartej z wykonawcą była przewidziana w zapytaniu ofertowym i nastąpiła z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a zmiana ta nie była wynikiem działania żadnej ze stron. Beneficjent wskazał również, że zmiana ta nie spowodowała żadnych zmian w zakresie warunków płatności czy wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a kryterium oceny ofert była cena, więc termin dostarczenia urządzenia nie miał znaczenia na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. W załączonej analizie prawnej również wskazane zostało, iż zmiana treści umowy zawartej z wykonawcą była przewidziana w zapytaniu ofertowym, a istotne jest też to, iż zmiana terminu nie może być podyktowana okolicznościami, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca, bowiem w analizowanej sprawie niewątpliwie dokonana zmiana terminu wynikała z okoliczności nieależących po stronie wykonawcy. Ponadto, w analizie wskazano, że dokonana zmiana umowy



z wykonawcą nie zmieniała ogólnego charakteru umowy w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu, ponieważ nie zmienił się zakres przedmiotu umowy, ani też nie zmienił się rodzaj udzielonego zamówienia. Następnie w kontekście dokonanej zmiany stwierdzono również, iż była to zmiana spowodowana okolicznościami, których nie dało się przewidzieć, bowiem momentem granicznym, w którym zmiany mogły być przewidziane jest termin otwarcia ofert i do tego terminu zamawiający może dokonywać zmian w dokumentacji postępowania i przewidywać możliwe zmiany umowy. W dalszej części analizy wskazano, że zmiana ta podyktowana była dbałością o interesy, chęcią rozwoju i korzystniejszą lokalizacją i była to zmiana nieistotna, bowiem wiedza o jej wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, gdyż to nie termin decydował o korzystności oferty ale cena danej oferty.

W odpowiedzi na ww. pismo z dn. 28.02.2019 r., Instytucja Zarządzająca pismem znak: KC-I.432.2.171.2019 z dnia 23.04.2019 r. poinformowała Beneficjenta, iż zgodnie z art. 25 ust.11 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych w perspektywie finansowej 2014-2020 do ostatecznej informacji pokontrolnej oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń. Z uwagi na fakt, że Beneficjent nie odebrał ostatecznej Informacji Pokontrolnej w załączeniu do pisma z dn. 23.04.2019 r. Instytucja Zarządzająca ponownie przekazała Beneficjentowi ww. dokument z informacją, iż zgodnie z art. 44 kpa doręczenie uważa się za dokonane z upływem ostatniego 14 dniowego okresu, na który pismo było złożone w placówce pocztowej.

W związku z powyższym oraz faktem, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu środków dofinansowania wraz z należnymi odsetkami, Instytucja Zarządzająca pismem znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z dnia 30.04.2019 r. w oparciu o art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096, z późn. zm.) oraz zgodnie z art. 207 ust. 9 ustawy ufp zawiadomiła Beneficjenta jako Stronę w przedmiotowej sprawie, że zostało wszczęte z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie określenia kwoty przypadającej do zwrotu i terminu, od którego nalicza się odsetki, oraz sposobu zwrotu środków w formie decyzji w sprawie zwrotu przez Beneficjenta części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W przedmiotowym zawiadomieniu Instytucja Zarządzająca wyznaczyła Stronie 7 dniowy termin na wniesienie uwag oraz zapoznanie się z materiałami dotyczącymi sprawy. Przedmiotowe zawiadomienie zostało odebrane przez Stronę w dniu 14.05.2019 r. W odniesieniu do ww. zawiadomienia Strona przekazała pismo z dnia 21.05.2019 r., w którym wskazała, że podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko przedstawione we wcześniejszej korespondencji, w tym w piśmie z dnia 28.02.2019 r.

W dniu 12.06.2019 r. Instytucja Zarządzająca zawiadomieniem znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z uwagi na prowadzenie postępowania wyjaśniającego w kwestii wysokości kwoty podlegającej zwrotowi wydłużyła termin załatwienia sprawy do dnia 30.08.2019 r.

W związku z powyższym oraz brakiem zwrotu wymaganej należności, w dniu 19.07.2019 r. Instytucja Zarządzająca stosownie do postanowień art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096, z późn. zm.), zwanej dalej „Kpa” sporządziła zawiadomienie Strony o przygotowaniu materiału dowodowego do wydania decyzji w sprawie zwrotu części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych (tj. pismo znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z dnia 19.07.2019 r.). W terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszego zawiadomienia, Strona mogła zapoznać się z aktami sprawy,

w oparciu o które zostanie podjęta stosowna decyzja i wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Dokumentacja została udostępniona do wglądu w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, Departament Inwestycji i Rozwoju. Przedmiotowe zawiadomienie zostało odebrane przez Stronę w dniu 05.08.2019 r. W przewidzianym zawiadomieniem terminie, Strona zgłosiła się w dniu 08.08.2019 r. w celu zapoznania się z dokumentami, na okoliczność czego został sporządzony stosowny Protokół. Strona nie dokonała zwrotu środków dofinansowania.

W związku z powyższym, wskazana w niniejszej decyzji kwota nierozliczonej płatności zaliczkowej, sfinansowana w dniu 21.05.2018 r. środkami Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego stanowi dofinansowanie wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy ufp, zawiera się w kwocie nałożonej korekty finansowej i podlega zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych tj. zgodnie z art. 207 ust.1 pkt 2 ustawy ufp tj.:

- I. Wniosek o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-005 – kwota wykorzystanego z naruszeniem procedur dofinansowania przekazanego w dniu 21.05.2018 r. w formie płatności zaliczkowej na podstawie wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../...-002 w wysokości: 77 481,50 zł (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt jeden złotych, 50/100).

W związku z ww. brakiem zwrotu środków dofinansowania wraz z odsetkami przez Stronę, zaistniała konieczność, zgodnie z zapisami art. 207 ust. 9 ustawy ufp wydania przez Instytucję Zarządzającą odpowiedniej decyzji o zwrocie środków.

W tak ustalonym stanie faktycznym i po przeanalizowaniu całości zgromadzonego materiału dowodowego należy stwierdzić, co następuje.

Zgodnie z art. 6 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.), zwanej dalej „ustawą wdrożeniową”, system realizacji programu operacyjnego zawiera warunki i procedury obowiązujące instytucje uczestniczące w realizacji programów operacyjnych, obejmujące w szczególności zarządzanie, monitorowanie, sprawozdawczość, kontrolę i ewaluację oraz sposób koordynacji działań podejmowanych przez instytucje. Podstawę systemu realizacji programu operacyjnego mogą stanowić w szczególności przepisy prawa powszechnie obowiązującego, wytyczne, szczegółowy opis osi priorytetowych programu operacyjnego, opis systemu zarządzania i kontroli oraz instrukcje wykonawcze zawierające procedury działania właściwych instytucji.

Następnie, zgodnie z treścią art. 9 ust.1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej instytucją zarządzającą jest zarząd województwa w przypadku regionalnego programu operacyjnego.

Ponadto, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 8 i 9 lit. „a” ustawy wdrożeniowej, do zadań instytucji zarządzającej należy nakładanie korekt finansowych oraz 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 albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu.

Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t.j.) w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

„ 2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,

– podlegają zwrotowi 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.”

Na podstawie art. 207 ust. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t.j.) po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w ust. 8, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej w rozumieniu ustawy o zasadach realizacji programów, wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków oraz zawierającą pouczenie o sankcji wynikającej z ust. 4 pkt 3, z zastrzeżeniem ust. 7.

W związku z regulacją prawną art. 67 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych niniejszą ustawą stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 z późn. zm.) i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2019 r. poz. 900 t.j.).

W świetle art. 104 i art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 z późn.zm.), organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, która rozstrzyga sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończąc sprawę w danej instancji.

W świetle art. 41 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 512 t.j.) do zadań zarządu województwa należy w szczególności przygotowywanie projektów strategii rozwoju województwa, planu zagospodarowania przestrzennego i regionalnych programów operacyjnych oraz ich wykonywanie.

Na podstawie art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 512 t.j.) decyzje wydane przez zarząd województwa w sprawach z zakresu administracji publicznej podpisuje marszałek. W decyzji wymienia się imiona i nazwiska członków zarządu, którzy brali udział w wydaniu decyzji.

Podstawowy akt prawa krajowego, który określa zasady prowadzenia polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, podmioty prowadzące tę politykę oraz tryb współpracy między nimi, stanowi ustawa 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.), zwana także „ustawą wdrożeniową”. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej za przygotowanie i prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada instytucja zarządzająca, którą w przypadku programu regionalnego jest zarząd województwa. Do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi (vide: art. 9 ust. 2):

- zawieranie z wnioskodawcami umów o dofinansowanie projektu lub podejmowanie decyzji o dofinansowaniu projektu;
- dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjentów;
- prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów - w przypadku 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 albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu.

W związku z czym, Instytucja Zarządzająca w przypadku stwierdzenia, iż Projekt jest realizowany niezgodnie z jego założeniami i w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami, nie ma możliwości uznania za kwalifikowalne wydatków, które są niezgodne z zapisami zawartymi w Umowie o dofinansowanie tj. zgodnie z § 1 ust. 8 Umowy o dofinansowanie: „za wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z rozporządzeniem ogólnym, jak również w rozumieniu ustawy wdrożeniowej i przepisów rozporządzeń wydanych do tej ustawy oraz zgodnie z wytycznymi wskazanymi w § 1 ust.4 lit.e).”

Instytucja Zarządzająca w wyniku ww. działań kontrolnych stwierdziła naruszenie przez Stronę treści § 12 ust.1 Umowy o dofinansowanie poprzez złamanie zasady konkurencyjności w postępowaniu na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, z uwagi na dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z dn. 25.05.2018 r. do 06.07.2018 r. w związku z zawarciem Aneksu nr 1 z dnia 25.05.2018 r. oraz dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z 06.07.2018r. do 16.08.2018 r. w związku z dostarczeniem przez dostawcę przedmiotu zamówienia po terminie wynikającym z umowy dostawy, co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r.

W związku z czym, Instytucja Zarządzająca stwierdzając naruszenie przez Stronę ww. zapisu Umowy o dofinansowanie zobowiązana była do określenia kwoty nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania zgodnie z postanowieniami ww. art. 9 ust. 2 ustawy wdrożeniowej.

Strona zgodnie z treścią § 12 ust.1 Umowy o dofinansowanie zobowiązana była przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu stosować zapisy *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* w zakresie obowiązku stosowania zasady konkurencyjności. Obowiązek ten został na Stronę nałożony w związku z podpisaniem Umowy o dofinansowanie, a także przede wszystkim z uwagi na treść powszechnie obowiązującego przepisu prawa tj. art. 6 ust.2 ustawy wdrożeniowej, w którym wskazano iż podstawę systemu realizacji programu operacyjnego mogą stanowić w szczególności wytyczne.

W związku z czym nie można uznać za zasadnego argumentu Strony, wskazanego w przekazanej korespondencji, iż wydatki związane z ww. zamówieniem zostały zrealizowane w sposób zgodny z zasadą konkurencyjności.

Niekwestionowanym faktem jest przecież dokonanie przez Stronę zmiany postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy. W zapytaniu ofertowym nr ... w pkt 5 Strona określiła termin realizacji zamówienia na dzień 25.05.2018 r., a w pkt 11.2.c wskazała, że: „zamawiający może dokonać zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w szczególności w następujących przypadkach: zmiana terminów wykonania zamówienia, jeżeli konieczność zmiany terminu wykonania nie wynika z przyczyn zależnych od



Wykonawcy, a jest spowodowana np. klęską żywiołową.” Następnie, w dniu 15.01.2018 r. z wyłonionym w tym zamówieniu Wykonawcą została zawarta umowa sprzedaży, w której w § 3 ust.1 określono, że dostawa urządzenia do kupującego (Beneficjenta) nastąpi do dnia 25.05.2018 r., a instalacja tego urządzenia nastąpi najpóźniej do 3 dni roboczych po pisemnym potwierdzeniu gotowości przez kupującego (Beneficjenta). W dniu 25.05.2018 r. Beneficjent zawarł do ww. umowy Aneks nr 1 zmieniający warunki wykonania umowy w zakresie wydłużenia terminu dostawy urządzenia do dnia 06.07.2018 r. Następnie, w dniu 16.08.2018 r. został sporządzony protokół odbioru końcowego urządzenia, w którym w pkt 1 wskazano, że: „W dniu 16.08.2018 r. w zakładzie Kupującego przy ..., został zamontowany i uruchomiony przedmiot ww. umowy tj. poziome centrum wielozadaniowe tokarsko-frezarskie MULTUS U3000 1SC1500 ze sterownikiem OSP-P300SA-H.”

Z powyższego materiału dowodowego bezsprzecznie wynika, że Beneficjent dokonał zmiany postanowień zawartej umowy z wykonawcą w stosunku co do treści zapytania ofertowego, w oparciu o które realizował zamówienie na ww. urządzenie. Co więcej z protokołu końcowego wynika, że urządzenie zostało zamontowane i uruchomione po wyznaczonym terminie realizacji zamówienia. Beneficjent dopiero w dniu 10.08.2018 r. potwierdził gotowość do rozpoczęcia przez wykonawcę instalacji przedmiotu zamówienia w miejscu instalacji pod adresem: Jednocześnie, Beneficjent nie okazał Instytucji Zarządzającej żadnego innego dokumentu poświadczającego odbiór ww. urządzenia w terminie zgodnym z ww. umową z wykonawcą. W związku z czym, Beneficjent nie udowodnił, iż w terminie wskazanym w umowie sprzedaży urządzenie dotarło w miejsce jego lokalizacji.

Analiza powyższego materiału dowodowego doprowadziła Instytucję Zarządzającą do wniosku, iż Beneficjent dokonał zmiany istotnych postanowień umowy w stosunku do treści oferty, które to zmiany nie były przewidziane w zapytaniu ofertowym, a wynikały z przemyślanej strategicznej decyzji podjętej przez Zarząd Spółki. Jednocześnie analiza ta skutkowała również ustaleniem nieterminowego wykonania przedmiotu umowy, bowiem Beneficjent nie był w stanie uwiarygodnić materiałem dowodowym terminowego odbioru ww. urządzenia.

W trakcie analizy dostarczonej przez Beneficjenta dokumentacji stwierdzono, że zamawiający (Beneficjent) może dokonać zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w szczególności gdy zmiana terminów wykonania zamówienia nie wynika z przyczyn zależnych od Wykonawcy, a jest spowodowana: np. „klęską żywiołową”. Jednocześnie Beneficjent w zapytaniu ofertowym jako termin realizacji zamówienia wskazał dzień 25.05.2018 r. Następnie rzeczony termin został potwierdzony w §3 umowy na ww. dostawę, gdzie w ust. 1 strony określiły, że dostawa urządzenia do Beneficjenta nastąpi do dnia 25.05.2018 r. Jednakże w dniu 25.05.2018 r. Beneficjent zawarł aneks do umowy zmieniający treść §3 ust. 1 i określając nowy termin dostawy na dzień 06.07.2018 r. Przedmiotową zmianę Beneficjent uzasadnił faktem, że w międzyczasie zarząd spółki podjął decyzję o zmianie siedziby spółki na korzystniejszą, która będzie lepiej dostosowana do przemysłowej specyfiki działalności niż poprzednia lokalizacja, a jednocześnie umożliwi rozbudowanie możliwości technicznych świadczenia usług z zakresu innowacyjnej obróbki metali, co pociągnęło za sobą również zmianę miejsca posadowienia maszyny. Jednocześnie Beneficjent dowodzi, że nie był w stanie wcześniej przewidzieć, że będzie zmieniał siedzibę firmy, a tym samym nie jest to spowodowane czynnościami po stronie wykonawcy. Instytucja Zarządzająca pragnie w tym miejscu wyraźnie podkreślić, iż zgodnie z umową o dofinansowanie beneficjent był zobowiązany przy udzielaniu zamówienia w ramach projektu stosować *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków*

w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, które w sekcji 6.5.2 pkt 22 mówią, że:

„(...) Nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że:

- a) zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w zapytaniu ofertowym oraz określił warunki takiej zmiany, o ile nie prowadzą one do zmiany charakteru umowy, (...)**”

„(...) c) zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- i. konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,**
- ii. wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie,(...)**”

Ponadto zgodnie z przypisem 59 do pkt 22 sekcji 6.5.2 wytycznych „Zmianę uznaje się za istotną jeżeli zmienia ogólny charakter umowy, w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym brzmieniu albo nie zmienia ogólnego charakteru umowy i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie, zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w lit. d”

Pierwsza możliwość zmiany umowy z wykonawcą, określona w pkt 22 lit a) ww. Wytycznych zachodzi w przypadku, jeżeli taka zmiana została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, np. możliwość zmiany terminu wykonania umowy oraz warunki wprowadzenia tej zmiany. Wziąwszy to pod uwagę zawarto w zapytaniu ofertowym postanowienie, że Zamawiający może dokonać zmiany postanowień umowy, zatem stworzono katalog otwarty możliwości zmiany postanowień umowy i określono możliwość zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadku, gdy konieczność zmiany terminu wykonania nie wynika z przyczyn zależnych od Wykonawcy a jest spowodowana: np. klęską żywiołową. Jednak warunki dokonania zmiany nie zostały we właściwy sposób opisane przez zamawiającego na etapie postępowania. Sformułowanie „nie wynika z przyczyn zależnych od Wykonawcy”, które w praktyce jest sformułowaniem niejasnym i nie wskazuje na konkretne okoliczności, z wyjątkiem podanego jednego przykładu, tj. klęski żywiołowej. W takiej sytuacji nie można uznać za właściwe stwierdzenie, że wprowadzona aneksem zmiana terminu wykonania umowy wynikająca ze zmiany siedziby spółki została przewidziana w zapytaniu ofertowym. Taki sposób sformułowania zapytania ofertowego, gdzie dla przykładu wskazano jako powód zmiany umowy: „klęskę żywiołową”, sugeruje iż o zmianie warunków umowy decydować mogą czynniki o charakterze nadzwyczajnym, mającym znamiona działania tzw. siły wyższej niezależnej od woli obu stron umowy. W analizowanej sprawie sytuacja taka mogłaby zachodzić w przypadku, gdyby zmiana lokalizacji docelowej urzędowania podyktowana byłaby działaniem czynnika „nadzwyczajnego” np. zniszczenie w wyniku katastrofy budowlanej / pożaru itp. hali produkcyjnej w której pierwotnie zaplanowano

posadowić ww. maszynę. W takiej hipotetycznej i nieprzewidzianej sytuacji spowodowanej działaniem czynnika o charakterze nadzwyczajnym/siły wyższej zachodziłaby uzasadniona konieczność zmiany warunków umowy. Jednakże w niniejszej sprawie taka sytuacja nie zaistniała, bowiem zmiana warunków umowy z wykonawcą dokonana przez Beneficjenta z całą pewnością nie była spowodowana czynnikami o charakterze nadzwyczajnym. Beneficjent, jak sam zresztą przyznał w przekazanej korespondencji, podjął przemyślaną decyzję o zmianie lokalizacji docelowej urzędnictwa w celu osiągnięcia celów strategicznych dla dalszego rozwoju prowadzonej spółki. Nie sposób jest więc przypisać podjęciu tej decyzji znamion działania czynnika siły wyższej, niezależnej od woli Beneficjenta. Beneficjent podjął przecież samodzielną i autonomiczną decyzję co do zmiany lokalizacji docelowej urzędnictwa, co w konsekwencji doprowadziło do konieczności wydłużenia terminu zamówienia, a więc i zmiany istotnych warunków zamówienia. Jak to wskazał Beneficjent w przekazanej korespondencji nowa hala produkcyjna była w miesiącu maju 2018 r. w fazie rozbudowy, a więc nie było możliwe posadowienie i zainstalowanie w niej urzędnictwa w terminie wskazanym w umowie z wykonawcą. Pomimo tego, Beneficjent podjął świadomą i autorytarną decyzję o wyborze nowej lokalizacji posadowienia urzędnictwa i zdecydował wydłużyć termin realizacji zamówienia o czas niezbędny na ukończenie i odbiór nowej hali produkcyjnej.

W tym miejscu podkreślić należy, że Wykonawca był gotowy już w dniu 22.05.2018 r. (tj. w terminie zgodnym z zapytaniem ofertowym i pierwotnie wskazanym w umowie sprzedaży) dostarczyć zakupione przez Beneficjenta urządzenie, na okoliczność czego wystawił dokument – deklarację gotowości. W związku z czym, przedmiotowa zmiana z pewnością nie wynikała z przyczyn zależnych od Wykonawcy, a wpływ na jej dokonanie miała wyłącznie ww. samodzielna decyzja Beneficjenta. W tym miejscu, Instytucja Zarządzająca pragnie jednoznacznie zaznaczyć, iż w ramach stwierdzonego naruszenia zasady konkurencyjności nie stawiała zarzutu, iż przedmiotowa zmiana była zależna od działań Wykonawcy. W związku z czym, nieuzasadnione jest stanowisko Beneficjenta w tym zakresie prezentowane w przekazanej korespondencji.

Nadmienić należy, iż kolejna możliwość zmiany umowy określona w pkt 22 lit. c) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków zachodzi w przypadku, jeżeli konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. W tym przypadku nie chodzi o sytuację, w której zamawiający konieczności zmiany nie przewidział, lecz o sytuację, w której **nie miał możliwości przewidzenia** takiej zmiany. Przesłanka niemożności przewidzenia musi więc być rozpatrywana w kategoriach obiektywnych, niezależnych od zamawiającego. Dlatego okoliczności powodujące konieczność zmiany umowy muszą więc mieć charakter nadzwyczajny, z reguły wywołany czynnikami zewnętrznymi, niezależnymi od zamawiającego, ale także przynajmniej niezawinionymi przez wykonawcę umowy. Próbę bliższego określenia przesłanki podjął też ustawodawca unijny w motywie 109 do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., tu cytat: *"Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć pomimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania, a jego przewidywalną wartością"*. W związku z powyższym zaistnienie nieprzewidzianych okoliczności nie może być tylko pretekstem do zmiany umowy. Okoliczności te muszą mieć **bezpośredni wpływ na warunki określone w umowie, czyli muszą powodować konieczność jej zmiany**. Nie jest to oczywiście automatyzm i każdorazowo podlega ocenie. Zamawiający musi ustalić, czy zaistniałe okoliczności rzeczywiście wymagają zmiany umowy.



Kierować się w tych ustaleniach musi zarówno obiektywną oceną skutków wywołanych nieprzewidywanymi okolicznościami (czyli np. całkowita niemożliwość realizacji umowy przez jakiś czas), jak i subiektywnymi konsekwencjami dla wykonawcy (np. wzrostem cen powodującym straty). Mając powyższe na uwadze przesłanka określona w pkt 22 lit c) ww. Wytycznych mogłaby zachodzić w przedmiotowym przypadku, gdyby uznano, że Beneficjent nie mógł wiedzieć w czasie upubliczniania zapytania ofertowego, że zaistnieje konieczność zmiany siedziby spółki i okoliczność ta ma bezpośredni wpływ na warunek określony w umowie, tj. termin wykonania umowy. Potwierdzeniem spełnienia przesłanki, że okoliczność zmiany siedziby spółki ma charakter nadzwyczajny jest np. wypowiedzenie umowy przez dotychczasowego wynajmującego lokal/pomieszczenie/budynek. Jednak mając na uwadze złożone przez Beneficjenta wyjaśnienia należy przyjąć, że powyższa przesłanka nie miała miejsca, ponieważ zgodnie z treścią pisma z dn. 04.12.2018 r. zarząd spółki podjął decyzję o zmianie siedziby spółki na korzystniejszą, która będzie lepiej dostosowana do przemysłowej specyfiki działalności niż poprzednia lokalizacja, a jednocześnie umożliwi rozbudowanie możliwości technicznych świadczenia usług z zakresu innowacyjnej obróbki metali. Z powyższego wyjaśnienia w sposób jednoznaczny wynika, że niniejsza decyzja była przemyślana i została podjęta ze względów strategicznych dla rozwoju spółki, natomiast brak w niej pierwiastka nieprzewidywalności, spowodowanego czynnikami zewnętrznymi. W związku z powyższym należy stwierdzić, że zamawiający (Beneficjent) w zapytaniu ofertowym nie przewidział możliwości ani nie określił warunków dokonania takiej zmiany. Ponadto konieczność zmiany umowy nie była spowodowana okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, ponieważ sam Beneficjent w swoich wyjaśnieniach twierdzi, że była to przemyślana decyzja podjęta przez zarząd spółki. Na podjęcie tej decyzji nie miały wpływu czynniki o charakterze nadzwyczajnym, czy działania tzw. siły wyższej. Instytucja Zarządzająca pragnie w tym miejscu zaznaczyć, iż Beneficjent przystępując do ww. konkursu zamkniętego na dofinansowanie projektu miał świadomość, iż zobowiązany jest do zapewnienia odpowiedniego zaplecza technicznego, właściwego dla prawidłowej realizacji inwestycji. W dokumentacji konkursowej tj. wniosku o dofinansowanie czy załączniku pn. Biznesplan wskazywał, iż planowana do realizacji inwestycja będzie miała swoją docelową lokalizację w miejscowości Beneficjent wnioskując o dofinansowanie projektu zapewniał Instytucję Zarządzającą, iż posiada zasoby techniczne niezbędne do realizacji projektu, ponieważ w Dziale 4-6 Biznesplanu pn. *Zasoby techniczne do realizacji projektu* wskazał, że: „Nieruchomość, na której znajdować będą się zakupione w ramach projektu składniki jest dzierżawiona. Miejsce, gdzie zlokalizowane będą składniki posiada dostęp do energii elektrycznej (własna stacja transformatorowa), pomieszczenie biurowe, socjalne, dostęp do Internetu. Działka zlokalizowana jest przy drodze krajowej.” Jednocześnie w ramach dokumentacji konkursowej Beneficjent złożył stosowne oświadczenie o prawie do dysponowania nieruchomością na cele realizacji projektu oraz załączył kopię umowy dzierżawy z dn. 20.04.2016 r., z której wynikało, że zostaje ona zawarta na okres od 20.06.2016 do 31.12.2022 r. z możliwością przedłużenia za pisemną zgodą obu stron. W niniejszej umowie dzierżawy ustalono również wysokość czynszu dzierżawnego na łączną kwotę 3 600,00 zł za cały okres dzierżawy, płatnego w kwocie 600,00 zł brutto rocznie. W związku z czym, należy podkreślić, iż Beneficjent dysponował zapleczem technicznym do realizacji inwestycji, a prawo do dysponowania nieruchomością, gdzie miała być zlokalizowana inwestycja miał zagwarantowane aż do końca 2022 r., czyli na cały okres realizacji i trwałości realizacji projektu. Warunki wynagrodzenia Dzierżawcy wskazane w ww. umowie dzierżawy również były korzystne dla Beneficjenta z punktu widzenia ekonomicznego. Nie mniej jednak najważniejsze znaczenie dla analizowanej sprawy w kontekście tej umowy ma fakt, że nie została ona przedterminowo wypowiedziana Beneficjentowi, ani nie zaistniały żadne inne okoliczności uniemożliwiające jej zrealizowanie. Co potwierdza tylko, że zaistniały stan faktyczny

w postaci zmiany lokalizacji docelowej urządzenia nie był spowodowany czynnikami losowymi tj. nadzwyczajnymi czy mającymi znamiona działania siły wyższej, ale był bezpośrednio spowodowany autonomiczną i przemyślaną decyzją Beneficjenta.

W związku z czym, Instytucja Zarządzająca nie podziela stanowiska Strony prezentowanego w przekazanej korespondencji oraz uznaje za niezasadne stanowisko co do zgodności realizacji ww. zamówienia z zasadą konkurencyjności, które to stanowisko zaprezentowano w przekazanej ww. analizie prawnej.

Instytucja Zarządzająca odnosząc się również do kwestii naruszenia zasady konkurencyjności z tytułu dostarczenia przedmiotu zamówienia po terminie wskazanym w umowie z Wykonawcą pragnie wskazać, iż niezaprzeczalnym faktem jest nie posiadanie przez Beneficjenta jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego dostarczenie rzeczzonego urządzenia do siedziby firmy w zakładanym terminie. W wyniku szczegółowej analizy dokumentacji okazanej przez Stronę ustalono, że Beneficjent posiada jedynie oświadczenie wykonawcy z dnia 22.05.2018 r. o gotowości do dostarczenia urządzenia, jak również własne pismo z dnia 10.08.2018 r. informujące o gotowości kupującego (Beneficjenta) do rozpoczęcia instalacji rzeczzonego urządzenia. W tym miejscu wskazać należy, że brak jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego dostarczenie rzeczzonego urządzenia do siedziby firmy uniemożliwia przyjęcie tezy Beneficjenta, że dostawa nastąpiła w zakładanym terminie, tym bardziej, że jak udowodniono to powyżej, wydłużenie terminu dostawy urządzenia było wykonane z naruszeniem zapisów umowy o dofinansowanie i Wytycznych. Natomiast, gotowość zamawiającego (Beneficjenta) do rozpoczęcia instalacji została wyrażona pismem z dnia 10.08.2018 r., **tj. ponad 2 miesiące po pierwotnym terminie dostawy określonym na dzień 25.05.2018 r., a nawet przeszło miesiąc po wydłużonym z naruszeniem zapisów umowy o dofinansowanie i wytycznych terminie dostawy ustalonym na dzień 06.07.2018 r. Jedynym uzasadnieniem dla takiej zwłoki w instalacji i montażu urządzenia w miejscu docelowym musiał być brak tego urządzenia w tym miejscu.** Dodatkowo taki stan rzeczy potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia był wadliwie sporządzony, a warunki dokonania zmiany istotnych postanowień zawartej umowy w ogóle nie przewidywały zmiany siedziby firmy. Zmiana ta, jak już zostało to omówione powyżej, nie była podyktowana żadnymi nadzwyczajnymi okolicznościami. Wziąwszy to wszystko pod uwagę należy stwierdzić, że Beneficjent nie przedstawił żadnych wiarygodnych dokumentów potwierdzających dokonanie dostawy wielozadaniowego centrum obróbkowego do miejsca instalacji w żadnym z terminów przewidzianych w umowie lub aneksie do umowy, a przedstawione dokumenty oraz złożone wyjaśnienia wskazują, że dostawa nastąpiła co najmniej miesiąc po terminie wskazanym w aneksie do umowy. Co więcej, Strona w piśmie z dn. 28.05.2018 r. sama wskazywała, że: „potrzeba wydłużenia terminu realizacji projektu wynika z faktu, iż zgodnie z harmonogramem realizacji, oddanie do użytku obiektu, w którym umiejscowione zostanie urządzenie do obróbki CNC planowane jest na 20 lipca 2018 r. Etap prac budowlanych jest bardzo zaawansowany, jednak stan techniczny budynku nie pozwala jeszcze na umiejscowienie w nim maszyny, która w ramach projektu została zamówiona i oczekuje na odbiór oraz montaż i rozruch.” W związku z czym, uzasadnione jest stanowisko Instytucji Zarządzającej w zakresie kwestionowania terminowości wykonania przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, Organ nie podziela stanowiska Strony reprezentowanego w sprawie, iż ww. zamówienie zostało przeprowadzone zgodnie z zasadą konkurencyjności, wskazaną w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków, opracowane przez Ministerstwo Rozwoju stanowią jeden z dokumentów, będących podstawą systemu realizacji programu operacyjnego, a zgodnie z umową o dofinansowanie Strona została zobowiązana do ich stosowania w ramach realizacji Projektu. Zgodnie z treścią sekcji 6.5.2 pkt 1a Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków udzielenie zamówienia w ramach projektu przez beneficjenta następuje zgodnie z zasadą konkurencyjności w przypadku beneficjenta niebędącego zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku zamówień przekraczających wartość 50 tysięcy zł netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT). W związku z czym, Strona jako podmiot nie zobligowany do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy realizacji przedmiotowego zamówienia, którego wartość przekroczyła kwotę 50 000,00 zł netto, była bezwzględnie zobligowana do stosowania zasady konkurencyjności wskazanej w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

W sekcji 6.5.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w pkt 22 wskazano, że *„Nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że:*

- a) *zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w zapytaniu ofertowym oraz określił warunki takiej zmiany, o ile nie prowadzą one do zmiany charakteru umowy,*
- b)
- c) *zmiana nie prowadzi do zmiany charakteru umowy i zostały spełnione łącznie następujące warunki:*
 - i. *konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,*
 - ii. *wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.”*

Wobec powyższego, Organ nie podziela stanowiska Strony, iż dochowała zasady konkurencyjności przy realizacji zamówienia na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego, ponieważ doszło do naruszenia zasady konkurencyjności z tytułu dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z dn. 25.05.2018 r. do 06.07.2018 r. w związku z zawarciem Aneksu nr 1 z dnia 25.05.2018 r., co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r., a także doszło do naruszenia zasady konkurencyjności z tytułu dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy z 06.07.2018 r. do 16.08.2018 r. w związku z dostarczeniem przez dostawcę przedmiotu zamówienia po terminie wynikającym z umowy dostawy, co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 22) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19.07.2017 r.

Ponadto, Strona w pkt XVI.4 wniosku o dofinansowanie oświadczyła, że „Oświadczam, iż jestem świadom praw i obowiązków związanych z realizacją projektu finansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach RPOWS na lata 2014-2020”. W związku z czym, Strona zgodnie z pkt XVI.4 wniosku o dofinansowanie miała świadomość, iż przy realizacji



Projektowi bardzo ważnym aspektem jest dochowanie obowiązków nałożonych na beneficjenta w ramach obowiązujących przepisów prawa, wytycznych czy zapisów Umowy o dofinansowanie.

Strona w przekazanej korespondencji argumentowała również, że niejako wydłużenie na wniosek Beneficjenta terminu realizacji projektu przez Instytucję Zarządzającą do dnia 31.08.2018 r. i zgodę na zmianę lokalizacji projektu, należy utożsamiać z jednoczesną akceptacją zmiany postanowień zawartej umowy z wykonawcą. Instytucja Zarządzająca pragnie w tym miejscu zaznaczyć, że zgłoszone przez Beneficjenta wnioski i wyjaśnienia w piśmie z dn. 28.05.2018 r. analizowane były pod kątem ich zgodności z kryteriami wyboru projektów do dofinansowania, zresztą sam Beneficjent w piśmie tym złożył zapewnienie, że „zgłaszana zmiana, o której uwzględnienie w treści umowy wnioskujemy, nie wpływa na spełnienie kryteriów wyboru projektu w sposób, który skutkowałby negatywną oceną tego projektu.” Ponadto, należy wskazać, że Beneficjent w piśmie tym nie poinformował Instytucji Zarządzającej, iż wnioskowana zmiana w realizacji projektu spowodowana jest również zmianą istotnych warunków zamówienia. Nie zmienia to również faktu, że zgodnie z zapisami sekcji 6.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków: *„Ocena kwalifikowalności poniesionego wydatku dokonywana jest przede wszystkim w trakcie realizacji projektu poprzez weryfikację wniosków o płatność oraz w trakcie kontroli projektu, w szczególności kontroli w miejscu realizacji projektu lub siedzibie beneficjenta. Niemniej, na etapie oceny wniosku o dofinansowanie dokonywana jest ocena kwalifikowalności planowanych wydatków. Przyjęcie danego projektu do realizacji i podpisanie z beneficjentem umowy o dofinansowanie nie oznacza, że wszystkie wydatki, które beneficjent przedstawi we wniosku o płatność w trakcie realizacji projektu, zostaną poświadczane, zrefundowane lub rozliczone (w przypadku systemu zaliczkowego). Ocena kwalifikowalności poniesionych wydatków jest prowadzona także po zakończeniu realizacji projektu w zakresie obowiązków nałożonych na beneficjenta umową o dofinansowanie oraz wynikających z przepisów prawa.”*

Następnie, Strona w przekazanej do Organu korespondencji argumentowała, iż ww. zmiana nie była istotna i nie miałaby wpływu na wybór danego wykonawcy, bowiem kryterium wyboru ofert była cena zamówienia, a nie termin realizacji zamówienia. Zdaniem Strony, dokonanie tej zmiany tj. wydłużenie pierwotnego terminu realizacji zamówienia w podpisanej umowie z wykonawcą w stosunku co do treści oferty, nie zawężyło również kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji tego zamówienia.

Jednakże, Organ nie podziela stanowiska Strony w tym zakresie, albowiem niemożliwe jest potwierdzenie, że wszyscy potencjalni wykonawcy zostali dopuszczeni do udziału w przedmiotowym zamówieniu poprzez tak wskazany termin realizacji tego zamówienia. Taki sposób sformułowania zapytania ofertowego przez Stronę mógł przecież spowodować, że część wykonawców z uwagi na niemożliwość dostarczenia wskazanego urządzenia w określonym terminie, mogło nie przystąpić do udziału w zamówieniu. Co więcej, nie sposób wykluczyć też możliwości, iż tacy potencjalni wykonawcy mogliby zaoferować produkty i urządzenia o większej konkurencyjności cenowej. Organ nie może więc przyjąć za słuszny argumentu, iż Strona dopuściła do udziału w zamówieniu wszystkich potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania tego zamówienia.

W związku z czym, nie można wykluczyć też sytuacji, że któryś z potencjalnych wykonawców po zapoznaniu się z tak sformułowanym zapytaniem ofertowym nie przystąpił do udziału w tym zamówieniu, a co za tym idzie nie można w sposób realny i rzeczywisty oszacować skalę konkurencyjności ofert, jakie mogłyby zostać złożone, gdyby postępowanie było przeprowadzone w sposób nie ograniczający kręgu potencjalnych wykonawców. Pierwotny, wskazany w zapytaniu ofertowym termin realizacji zamówienia przypadał na dzień 25.05.2018 r., a co za tym idzie tylko

potencjalni wykonawcy zdolni do dostarczenia urządzenia w tym terminie mogli przystąpić do udziału w tym zamówieniu. Beneficjent dokonując po wyłonieniu wykonawcy zmiany istotnych postanowień zawartej z nim umowy w stosunku do ww. treści oferty poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia niejako uprzywilejował tego wykonawcę w kontekście innych potencjalnych wykonawców, niezdolnych do realizacji zamówienia w pierwotnie określonym terminie. Instytucja Zarządzająca ma świadomość, iż zmiana ta z oczywistych względów nie była zależna od Wykonawcy, ale nie zmienia to faktu, że mogła ona spowodować wykluczenie części potencjalnych podmiotów z udziału w tym postępowaniu. Wydłużenie terminu realizacji zamówienia na ponad miesiąc, a nawet i dwa miesiące mając na uwadze brak dokumentu potwierdzającego dostarczenie rzeczonożego urządzenia do siedziby firmy w zakładanym terminie, w stosunku do pierwotnie określonego terminu w ww. zapytaniu ofertowym, mogło spowodować, iż pewien krąg potencjalnych podmiotów był wykluczony z udziału w tym postępowaniu.

Strona jako Zamawiający przygotowując zapytanie ofertowe wraz z całą załączoną do niego dokumentacją miała obowiązek dołożyć należytej staranności i opisać tak warunki zamówienia, aby nie naruszyć zapisów wskazanych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, odnoszących się do realizacji zasady konkurencyjności.

W kontekście orzekania o naruszeniu zapisów wskazanych w ww. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, a co za tym idzie i naruszeniu stosownych zapisów umowy o dofinansowanie, nie ma znaczenia fakt, że z powodu tak sformułowania zapytania ofertowego żadna oferta nie została odrzucona i żaden z wykonawców nie podlegał faktycznemu wykluczeniu z tego postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem nie sposób wykluczyć możliwości istnienia na rynku potencjalnych podmiotów gospodarczych zdolnych do wykonania tego zamówienia, a nie dopuszczonych do udziału w takim zamówieniu wskutek ww. zapisów zawartych w zapytaniu ofertowym.

W związku z czym, Organ uznaje za bezzasadny argument Strony, iż taki sposób sformułowania zapytania ofertowego w sposób całkowity wypełnił zasadę konkurencyjności, co do stosowania której Strona była zobowiązana na mocy ww. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków oraz § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie.

Jednocześnie Strona nie udowodniła, że wpływ tego naruszenia na budżet Unii Europejskiej jest wykluczony, a przeciż jest to w interesie Strony, która doprowadziła do naruszenia prawa. Co więcej takie działanie Strony tylko potwierdza zasadność stanowiska Organu w analizowanej sprawie, bowiem niemożliwe jest wykazanie sytuacji, że na pewno nie istniał żaden potencjalny wykonawca, zdolny do wykonania takiego zakresu zamówienia.

Organ mając więc na uwadze fakt, iż wyżej omówiona nieprawidłowość mogła zniechęcić potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz fakt, iż skutki finansowe takiej nieprawidłowości są trudne do oszacowania ustaliła wymiar korekty finansowej w oparciu o akt prawa krajowego tj. 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 2016 r., poz. 200 z późn. zm.), zmienionego Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2017 r., poz. 615), gdzie w § 5 ust.1 pkt 2 wskazano co następuje: *„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 lub obniżenie wartości pomniejszenia oblicza się według wzorów:

w przypadku obniżenia wartości pomniejszenia:

$$Wp = W\% \times Wkw,$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wp - wartość pomniejszenia,

Wkw - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

W% - stawka procentowa.”

Następnie, w § 5 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. wskazano, że stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych są określone w załączniku do tego rozporządzenia tj. w ramach analizowanej sprawy obowiązywał załącznik określony w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2017 r., poz. 615). Organ w przedmiotowej sprawie z uwagi na fakt, iż nieprawidłowość, do jakiej dopuściła się Strona mogła zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zastosował stawkę procentową korekty finansowej określoną w pkt 28 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2017 r., poz. 615). W pkt 28 ww. Załącznika przewidziano stawkę korekty finansowej w wysokości 25% z uwagi na naruszenie polegające na dokonaniu istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji o dofinansowaniu projektu.

Skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości w analizowanej sprawie są przecież trudne do oszacowania, bowiem nie można w sposób dokładny i rzeczywisty stwierdzić, ile ofert i na jaką kwotę mogłyby zostać złożonych, gdyby termin realizacji przedmiotu zamówienia był określony tak jak w końcowej wersji umowy z wykonawcą lub faktycznej dacie dostawy urządzenia. Organ pragnie zaznaczyć w tym miejscu, że gdyby skutki finansowe popełnionej przez Stronę nieprawidłowości były możliwe do oszacowania to wtedy wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu byłaby równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia (vide: § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r.)

Obowiązek przeprowadzenia postępowania wyłaniającego wykonawcę w sposób zgodny z prawem wspólnotowym i krajowym poprzez m.in. zapewnienie przestrzegania zasad przejrzystości, jawności i ochrony uczciwej konkurencji oraz równości szans wykonawców na rynku ofert w trakcie tego postępowania, jest jednym z fundamentalnych obowiązków jakie Beneficjent musi spełnić w celu zachowania prawidłowej realizacji Projektu. W związku z czym, aby wydatki ponoszone w trakcie realizacji Projektu mogły być uznane za kwalifikowalne do dofinansowania, Strona była zobowiązana do ścisłego przestrzegania procedur i przepisów obowiązujących przy ich wykorzystaniu. W sytuacji, gdy obowiązki te zostały również określone

w umowie o dofinansowanie czy dokumentach stanowiących podstawę systemu realizacji RPOWŚ na lata 2014-2020, Strona zobowiązana była do ich przestrzegania w sposób ścisły i obligatoryjny.

Zamówienia na dostawę towarów/usług w ramach projektów, dofinansowanych z funduszy europejskich stwarzają znaczące możliwości dla przedsiębiorstw działających na rynku wewnętrznym, w szczególności dla sektora MŚP i nowopowstałych firm. Sposób udzielania tych zamówień oparty na zasadzie konkurencyjności umożliwia więc administracjom publicznym wzbudzanie większego zainteresowania wśród potencjalnych oferentów takimi zamówieniami i wybieranie bardziej wartościowych ofert. Jednocześnie, priorytetowe traktowanie zasady konkurencyjności przy udzielaniu tych zamówień oraz tworzenie przejrzystych procedur udzielania takich zamówień stanowi jeden z najlepszych środków w walce z korupcją i protekcją. Z uwagi na fakt, iż wiele rodzajów takich zamówień było często udzielanych lokalnym oferentom bez dopuszczania jakiegokolwiek konkurencji, Europejski Trybunał Sprawiedliwości potwierdził w swoim orzecznictwie, że postanowienia Traktatu WE dotyczące rynku wewnętrznego mają również zastosowanie do zamówień nieobjętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) opracował zbiór podstawowych norm dotyczących udzielania zamówień, które są bezpośrednio zaczerpnięte z postanowień i zasad zawartych w Traktacie WE.

Sposób zrealizowania przez Stronę ww. postępowania na dostawę i uruchomienie wielozadaniowego centrum obróbkowego nie jest wystarczający dla Organu, aby uznać iż zostały wyczerpane wszelkie działania niezbędne do spełnienia zasady konkurencyjności, a co za tym idzie równego traktowania wszystkich wykonawców.

Wobec powyższego, Organ ponownie podkreśla, że Strona zgodnie z zawartą Umową o dofinansowanie była zobowiązana do bezwzględnego stosowania zasad i warunków dofinansowania w niej zawartych tj. Strona nie miała pełnej swobody i dyspozycyjności w podejmowaniu interpretacji zapisów umowy o dofinansowanie, ponieważ realizowała Projekt dofinansowany z udziałem środków publicznych, a nie całkowicie środków własnych. Wyrażenie przez Organ zgody na wnioskowane przez Stronę odstępianie od korekty finansowej stanowiłoby odstępstwo od ściśle określonych zasad wskazanych w umowie o dofinansowanie czy też Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, a co za tym idzie byłoby to równoważne z naruszeniem zasad obowiązujących w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, a których to zasad Strona zobowiązana była również przestrzegać, poddając się ich rygorowi poprzez podpisanie przedmiotowej Umowy o dofinansowanie.

Taka swoboda w kształtowaniu treści umowy o dofinansowanie pozostawałaby również w sprzeczności z art. 37 ust. 1 ustawy wdrożeniowej, na podstawie którego Instytucja Zarządzająca jest zobowiązana do uwzględniania zasady równego dostępu do pomocy wszystkich kategorii beneficjentów oraz zapewniania przejrzystości reguł stosowanych przy ocenie projektu.

Strona podpisując umowę o dofinansowanie poddała się obowiązkowi realizacji Projektu zgodnie z jego założeniami, a co za tym idzie przeprowadzenie postępowania ofertowego w sposób niezgodny z zapisami § 12 ust. 1 tejsze umowy świadczy o wystąpieniu nieprawidłowości w realizacji Projektu.

Organ pragnie zauważyć, że obowiązki państw członkowskich i Komisji w zakresie wydatkowania środków finansowych budżetu Unii doprecyzowano w odpowiednich przepisach 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 ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U. UE.L.2013.347.320 z dnia 2013.12.20), zwanego dalej „Rozporządzeniem nr 1303/2013”.

Z przepisów tych wynika, że na państwach członkowskich ciąży dwojakiego rodzaju obowiązki: po pierwsze mają ustanowić i zapewnić skuteczne funkcjonowanie systemów zarządzania i kontroli dla realizacji programów operacyjnych, a po drugie, prowadzić działania w odniesieniu do nieprawidłowości: zapobiegać im, wykrywać je, odzyskiwać kwoty wypłacone nienależnie oraz informować Komisję o wykrytych nieprawidłowościach i przebiegu postępowań prowadzonych w tych sprawach (poz. 65 Rozporządzenia nr 1303/2013).

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt.36 Rozporządzenia nr 1303/2013 „nieprawidłowość - oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”.

Przesłanki nieprawidłowości odnoszą się do zachowania sprawcy, które może polegać zarówno na działaniu, jak i na zaniechaniu działań, oraz do skutków tego zachowania. Konieczne jest bowiem, by zachowanie to spowodowało szkodę w budżecie Wspólnot (Unii) lub w budżetach zarządzanych przez Wspólnoty (Unię), albo szkodę taką mogło powodować. Pojęcie "szkoda" użyte w omawianej definicji oznacza uszczerbek finansowy dokonany w budżecie Unii lub w budżetach zarządzanych przez Unię, albo uszczerbek finansowy, na jaki **budżety te zostały narażone. Wynika stąd, że faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego nie jest przesłanką konieczną dla zakwalifikowania zachowania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem sama możliwość jego wystąpienia.**

Mając na uwadze omówioną powyżej definicję nieprawidłowości, obowiązującą w prawie wspólnotowym, należy więc wskazać, iż skutki finansowe wynikające z danego naruszenia, na jakie mógł być narażony budżet Wspólnoty mają wymiar nie tylko rzeczywisty (udowodniony), ale również i wymiar potencjalny (trudny do oszacowania).

Taki sposób rozumienia definicji nieprawidłowości ugruntował się już w utrwalonej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w Wyroku TSUE w sprawie C-406/14 z dnia 14 lipca 2016 r. stwierdził, że: „naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych.” Dalej w tym samym Wyroku TSUE wskazano również, że: „uchylenie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość..., o ile nie można wykluczyć, że uchylenie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu.” Analogiczne stanowisko zostało również zawarte w Wyroku z dnia 21 grudnia 2011 r. Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 47.



Organ pragnie również zaznaczyć, iż w dalszych orzeczeniach TSUE ww. linia orzecznicza była analogiczna tj. w Wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. w sprawie C-408/16 TSUE przywołał wykładnię nieprawidłowości wprost z Wyroku C-406/14. W związku z czym należy uznać, iż TSUE potwierdził w utrwalonej linii orzeczniczej definicję istoty nieprawidłowości. Organ pragnie więc zauważyć, że powtórzenie w Wyroku z 6 grudnia 2017 r. dosłownej treści pojęcia nieprawidłowości, zawartej w ww. wyroku z lipca 2016 r., pozwala wnioskować, że jest to utrwalona linia orzecznicza. Jak już wyżej wskazano, TSUE po raz kolejny powtórzył, że naruszenie prawa jest nieprawidłowością, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie miało wpływ na budżet danego funduszu. Co najważniejsze, TSUE w swoim wyroku ponownie wyjaśnił, że nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (nawet tylko potencjalnych) dla budżetu Unii Europejskiej.

W świetle ww. linii orzeczniczej można więc postawić tezę, iż Organ jako Instytucja Zarządzająca powinien wykazać jedynie, że nie można wykluczyć, że naruszenie miało wpływ na budżet UE, a co za tym idzie w przypadku sporu pomiędzy Instytucją Zarządzającą a Beneficjentem właściwy sąd krajowy będzie musiał rozstrzygnąć czy można (albo nie) wykluczyć, że uchybienie miało wpływ na budżet.

Oczywistym jest fakt, iż Instytucja Zarządzająca nie ma interesu prawnego, jak również faktycznego w tym, aby udowadniać, że można wykluczyć wpływ naruszenia na budżet. Wykazanie więc, że wpływ naruszenia na budżet jest wykluczony powinno być w interesie Beneficjenta (Zamawiającego), który doprowadził do naruszenia przepisów prawa.

Organ jednocześnie pragnie wyjaśnić, iż pomimo tego że obydwa przywołane powyżej wyroki TSUE odnoszą się do pojęcia nieprawidłowości w rozumieniu Rozporządzenia Rady WE nr 1083/2006 (obowiązującego dla programów operacyjnych na lata 2007-2013), to definicja nieprawidłowości zawarta w Rozporządzeniu nr 1303/2013 nie zmieniła się znacząco i brzmi niemal identycznie, a co za tym idzie pozwala to na przyjęcie tezy, że wykładnia TSUE w obecnej perspektywie finansowej nie ulegnie zmianie.

W przypadku wykrycia nieprawidłowości w wykorzystaniu środków pochodzących z funduszu UE państwa członkowskie zobowiązane są do dokonania korekt finansowych. Wynika to wprost z treści art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 (dotyczy perspektywy finansowej 2007-2013) oraz art. 143 Rozporządzenia nr 1303/2013, obowiązującego dla obecnej perspektywy finansowej na lata 2014-2020.

Ponadto, zgodnie z przepisem art. 125 Rozporządzenia nr 1303/2013, instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za:

- a) kontrolę, czy dofinansowane produkty i usługi zostały dostarczone, czy wydatki deklarowane przez beneficjentów zostały zapłacone oraz, czy spełniają one obowiązujące przepisy prawa, wymagania programu operacyjnego oraz warunki wsparcia operacji,
- b) wprowadzenie skutecznych i proporcjonalnych środków zwalczania nadużyć finansowych, uwzględniających stwierdzone rodzaje ryzyka.

Na podstawie już wyżej przywołanego art. 143 Rozporządzenia nr 1303/2013 państwa członkowskie są odpowiedzialne za zarządzanie programami operacyjnymi i ich kontrolę, w szczególności za pomocą zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości oraz

odzyskiwania kwot nienależnie wypłaconych wraz z odsetkami z tytułu zaległych płatności w stosownych przypadkach.

Zgodnie z art. 143 Rozporządzenia nr 1303/2013, państwa członkowskie w pierwszej kolejności ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości, działając na podstawie dowodów świadczących o wszelkich większych zmianach mających wpływ na charakter lub warunki realizacji lub kontroli operacji, lub programów operacyjnych oraz dokonując wymaganych korekt finansowych. W myśl ust. 2 ww. przepisu państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

Analiza przepisów prawa Unii prowadzi więc do jednoznacznej konstatacji, iż wykrycie naruszenia czy to tego prawa, czy też prawa krajowego i uznanie go za nieprawidłowość, w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013, prowadzi do powstania obowiązków ustanowionych prawem unijnym, a wiążących się z wykryciem nieprawidłowości, w tym obowiązku nałożenia korekty finansowej i odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo.

W analizowanej sprawie zastosowanie znajduje więc definicja „nieprawidłowości” zawarta w przywołanym art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013, bowiem nie sposób jest wykluczyć, iż popełnione przez Stronę naruszenie w postaci dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu, miało wpływ na budżet Unii Europejskiej. Strona poprzez omówiony powyżej sposób realizacji zamówienia zmieniła istotne warunki zawarte w zapytaniu ofertowym, a co za tym idzie ograniczyła krąg potencjalnych wykonawców, co do zaistnienia ilości i różnorodności ofert których nie można wykluczyć. W związku z czym, zdaniem Organu w analizowanej sprawie nie można wykluczyć, że przedmiotowe naruszenie miało wpływ na budżet Unii Europejskiej.

Organ na podstawie art. 9 ust.2 pkt 7-8 ustawy wdrożeniowej zobowiązany jest do kontrolowania wykonywania wszelkich obowiązków ciążących na beneficjencie na skutek postanowień umowy i przepisów prawa oraz w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości jest obowiązany do wymierzenia stosownej korekty finansowej. W szczególności kontrola wykonywania przez Beneficjenta zobowiązań wynikających z umowy o dofinansowanie odnosi się do zasady przeprowadzenia postępowania ofertowego w sposób jawny, konkurencyjny i zapewniający równe traktowanie wszystkich dostawców, a będącej fundamentalnym obowiązkiem beneficjenta korzystającego z dofinansowania w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020. W związku z tym, jego naruszenie jest tożsame z uznaniem niezrealizowania postanowień umownych, zawartych w umowie o dofinansowanie.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania tych zasad zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania – prowadzonego w sposób przejrzysty przez osoby bezstronne i obiektywne. Strona co prawda nie była zobligowana do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak wyżej przytoczone zapisy umowy o dofinansowanie (posługujące się często pojęciami zbieżnymi z ustawą Prawo zamówień

publicznych), oraz Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków zostały wprowadzone w celu osiągnięcia tożsamesgo celu tzn.: efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W przedmiotowej sprawie należy podkreślić, iż w ramach Projektu, który realizowany jest na podstawie umowy o dofinansowanie, Strona dysponowała środkami publicznymi z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, w odniesieniu do których, gdy chodzi o ich dystrybucję oraz wykorzystywanie, obowiązują szczególnego rodzaju zasady, w tym między innymi takie zasady ogólne, jak zasada przejrzystości, czy też transparentności, a co do przestrzegania tych zasad Strona była zobowiązana przez postanowienia m.in. umowy o dofinansowanie (vide: § 3 teźże Umowy).

Za elementy ogólnej zasady konkurencyjności ponad wszelką wątpliwość uznać należy bowiem zasadę uczciwości oraz zasadę równości (równorzędności podmiotów) w zakresie odnoszącym się do traktowania wykonawców, do których adresowana jest konkretna oferta na realizację określonego w niej zamówienia. Ma to bowiem podstawowe znaczenie z punktu widzenia jego finansowania ze źródła, którym są środki publiczne, a w konsekwencji gwarantowania wolnego i równego dostępu do zamówień finansowanych z tego właśnie źródła (wyrok NSA sygn. akt: II GSK 1258/12).

W ocenie Organu dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu jest przejawem nieprzezwyciężenia przy wyborze wykonawcy i wydatkowaniu przez Stronę środków dofinansowania, prawa wspólnotowego i krajowego m.in. w zakresie zapewnienia zasad przejrzystości, jawności i ochrony uczciwej konkurencji oraz równości szans wykonawców na rynku ofert (vide: § 12 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

W takim stanie faktycznym uznać należy, iż Strona naruszyła procedury wydatkowania środków unijnych i krajowych, a tym samym wydatek taki nie spełnia kryteriów kwalifikowalności i środki finansowe przeznaczone na jego realizację podlegają zwrotowi.

W przedmiotowej umowie o dofinansowanie znalazł się zapis mówiący o tym, iż „Beneficjent zobowiązuje się do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i krajowego, w szczególności w oparciu o ustawę o finansach publicznych w zakresie dotyczącym wydatkowania środków publicznych, wytycznymi, a także procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie celów, w tym wskaźników produktu i rezultatu, o których mowa w § 7 Umowy w trakcie realizacji Projektu oraz w okresie jego trwałości” (vide § 3 ust. 1 umowy). Strona poprzez realizację Projektu, jak to w sposób szczegółowy omówiono powyżej, w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa i wytycznymi w ramach Programu, naruszyła również postanowienia ww. § 3 ust.1 umowy o dofinansowanie.

Organ pragnie również wskazać treść sekcji 6.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków gdzie: „Ocena kwalifikowalności wydatku polega na analizie zgodności jego poniesienia z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i prawa krajowego, decyzją w sprawie zatwierdzenia wkładu finansowego na rzecz dużego projektu, umową o dofinansowanie i Wytycznymi oraz innymi dokumentami, do których stosowania beneficjent zobowiązał się w umowie o dofinansowanie.” Następnie w sekcji 6.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków wyraźnie zapisano,

że: „Wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający **łącznie** następujące warunki tj. m.in.:....

- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, w tym przepisami regulującymi udzielanie pomocy publicznej, jeśli mają zastosowanie,....
- e) został poniesiony zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie.”

W przedmiotowej sprawie powyższe warunki kwalifikowalności wydatków nie zostały spełnione, bowiem nie sposób uznać za kwalifikowalny wydatku, który został zrealizowany niezgodnie z postanowieniami Umowy o dofinansowanie (vide: § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie), a także niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego. Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków nie stanowią może wprost aktu prawa krajowego, jednakże jak już wyżej wskazano zgodnie z ustawą wdrożeniową stanowią podstawę systemu realizacji RPOWŚ na lata 2014-2020, a co za tym idzie można im przyznać niejako przymiot aktu prawa.

Naruszenie zatem przez Stronę procedur opisanych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, w tym w umowie o dofinansowanie projektu dało Organowi podstawę do stwierdzenia obowiązku zwrotu tych środków jako wykorzystanych sprzecznie z tymi procedurami.

W umowie o dofinansowanie (w brzmieniu aktualnym nadanym Aneksiem z dnia 30.07.2018 r.) definicja wydatków kwalifikowalnych znalazła się w § 1 ust. 8 i jest następująca: „Wydatkach kwalifikowalnych” – należy przez to rozumieć wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z rozporządzeniem ogólnym, jak również w rozumieniu ustawy wdrożeniowej i przepisów rozporządzeń wydanych do tej ustawy, oraz zgodnie z wytycznymi wskazanymi w § 1 ust. 4 lit. e).” W § 1 ust. 4 lit. e) umowy o dofinansowanie znalazła się definicja Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

W przedmiotowej sprawie naruszeniem procedur skutkujących żądaniem zwrotu przekazanego dofinansowania było niewywiązanie się Strony z procedur opisanych w umowie o dofinansowanie oraz Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (stanowiących podstawę Systemu Realizacji Regionalnego Programu Operacyjnego i tym samym będących „innymi procedurami” wydatkowania środków wskazanymi w art. 184 ustawy ufp), tj. niewywiązanie się przez Stronę z zapisów zawartych w § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie. Zgodnie z ugruntowanym już w poprzedniej perspektywie finansowej orzecnictwem sądów administracyjnych takie istotne naruszenie przez Stronę procedury obowiązującej przy wykorzystaniu otrzymanego dofinansowania, określonej w umowie o dofinansowanie, stanowi wystarczającą podstawę do przyjęcia, że zaistniała przesłanka określona w art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy ufp, uzasadniająca wydanie decyzji określającej kwotę dofinansowania podlegającą zwrotowi (wyrok NSA sygn. akt: II GSK 732/11).

Na tej podstawie stwierdzić można, iż zaszła niezależna podstawa do żądania zwrotu części dofinansowania, gdyż Strona naruszyła procedurę wydatkowania środków z zachowaniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Materialnoprawne przesłanki zwrotu przez Stronę środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich określa art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy ufp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości

określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji stwierdzającej ten obowiązek.

W przypadku zaistnienia przesłanek skutkujących żądaniem zwrotu środków, instytucja zarządzająca orzeka w formie decyzji (art. 207 ust 9 ustawy ufp i odpowiednio art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. „a” ustawy wdrożeniowej).

Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku zaistnienia okoliczności skutkujących żądaniem zwrotu środków, instytucja zarządzająca orzeka w trybie administracyjnym. Ponadto należy podkreślić, że z normy zawartej w art. 207 ustawy ufp wynika, że procedury zwrotu, o których mowa w tym przepisie mają charakter powszechnie obowiązującego przepisu prawa.

W tym stanie rzeczy przesłanki zwrotu środków determinuje treść art. 207 ustawy ufp. Istotą postępowania administracyjnego w sprawie zwrotu środków jest wyłącznie stosunek administracyjny, który wymaga ustalenia jednej z przesłanek o których mowa w art. 207 niniejszej ustawy ufp.

W ocenie Instytucji Zarządzającej w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi przesłanka o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy ufp. Obowiązek zwrotu środków przez jest następstwem ich wykorzystania z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 ustawy ufp.

Zgodnie z art. 184 obowiązującej ustawy o finansach publicznych wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Słowem "procedura" określa się zazwyczaj normowany przepisami lub zwyczajami sposób prowadzenia lub załatwienia jakiejś sprawy. Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków", o których mowa w art. 208 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) (odpowiednio: art. 184 ustawy ufp) należy w związku z tym rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Wspomniany wzór umowy składa się także na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie. W przypadku zawarcia umowy o dofinansowanie zgodnie z przyjętym przez właściwą instytucję wzorem reguluje również procedurę realizacji projektu. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, należało uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 208 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) (odpowiednio: art. 184 ustawy ufp) o "innych procedurach" obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 211 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249,

poz. 2104, z późn. zm.) (odpowiednio: art. 207 ust.1 ustawy ufp) byłoby wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (vide: Wyrok NSA z dnia 19.06.2012 r., sygn. akt II GSK 732/11).

Z jednej strony, prawa i obowiązki Strony określa Umowa zawarta w dniu2017 r. z drugiej, stosunek prawny jest kształtowany postanowieniami dokumentów opracowanych przez Ministerstwo Rozwoju w tym: „Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków”.

Zasady kwalifikowalności wydatków były znane Stronie, gdyż zarówno na etapie składania wniosku o dofinansowanie, jak i na etapie realizacji Projektu miała obowiązek zapoznania się z wytycznymi oraz procedurami postępowania wskazanymi w Umowie o dofinansowanie projektu. Strona korzystając z możliwości, jakie daje regionalny program operacyjny musi się dostosować do jego wymogów. Jeżeli program stawia określone wymagania, należy je spełnić, by skorzystać z możliwości dofinansowania projektu. Ustalone kryteria, jak i wytyczne wiążą w równym stopniu wszystkich beneficjentów (por. wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 23.08.2011 r. sygn. akt II SA/Bd 672/11, wyrok NSA z 18.05.2011 r. sygn. akt II GSK 817/11, wyrok NSA z 16.11.2010 r. sygn. akt II GSK 1234/10).

W obu ww. dokumentach tj. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków oraz w umowie o dofinansowanie projektu, stanowiących element składowy systemu realizacji regionalnego programu operacyjnego, zawarto zasadę, iż aby wydatek mógł być uznany za kwalifikowalny musi być poniesiony zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa wspólnotowego i krajowego, w tym zgodnie z procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu, a wynikającymi z podpisanej Umowy o dofinansowanie.

W związku z powyższym, naruszenie przez Stronę postanowień umownych zawartych w umowie o dofinansowanie jest naruszeniem obowiązujących procedur i skutkuje uznaniem wydatku za niekwalifikowalny i podlegający zwrotowi.

Wydatki poniesione przez Stronę w ramach Projektu zostały zrealizowane z naruszeniem zapisów: § 12 ust.1 i § 3 ust.1 umowy o dofinansowanie, a co za tym idzie zostały poniesione z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w związku z czym podlegają zwrotowi.

Mając powyższe na uwadze, Instytucja Zarządzająca stwierdza, że zachodzi podstawa do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w odniesieniu do ... w łącznej wysokości: **77 481,50 zł (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt jeden złotych, 50/100)**, jak w pkt 1 osnowy decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Bieg początkowy odsetek w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych ustalono od dnia przekazania transzy środków dofinansowania wykorzystanego z naruszeniem procedur, jak w pkt 2 osnowy decyzji.

Sposób płatności winien nastąpić w formie przelewu środków na następujący rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego:

- Środki Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, o których mowa w pkt „1” decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, o których mowa w pkt „2” decyzji, należy wpłacić **w terminie 14 dni** od dnia doręczenia ostatecznej decyzji na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa

Świętokrzyskiego w Kielcach nr 86 1020 2629 0000 9402 0342 7457 prowadzony w PKO Bank Polski S.A.

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego wydając niniejszą decyzję oparł się o stan faktyczny i prawny według chwili jej wydania, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne sprawy. Jednocześnie Instytucja Zarządzająca stwierdza, iż decyzja wydana w niniejszym postępowaniu odnosi się do nieprawidłowości wskazanych w wezwaniu do zwrotu środków dofinansowania z dnia 04.03.2019 r. i obejmuje rozstrzygnięcie wyłącznie w tym zakresie.

W świetle powyższego Zarząd Województwa Świętokrzyskiego, jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 orzeka jak w sentencji.

Wydając decyzję, Zarząd Województwa Świętokrzyskiego oparł się na następujących dokumentach:

- 1) Umowa o dofinansowanie nr: RPSW.02.05.00-26-.../...-00 z dnia ...2017 r. wraz z Aneksami nr: RPSW.02.05.00-26-.../...-01 z dnia 17.07.2017 r., RPSW.02.05.00-26-.../...-02 z dnia 16.04.2018 r., RPSW.02.05.00-26-.../...-03 z dnia 24.07.2018 r., RPSW.02.05.00-26-.../...-04 z dnia 30.07.2018 r.,
- 2) Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020,
- 3) Regulamin konkursu zamkniętego nr RPSW.02.05.00-IZ.00-26-030/16 wraz z załącznikami,
- 4) Wniosek o dofinansowanie projektu nr RPSW.02.05.00-26-.../... wraz z załącznikami tj. dokumentacją konkursową,
- 5) Wnioski o płatność wraz z załącznikami tj. dokumentacją finansową,
- 6) Dyspozycja wystawienia zlecenia płatności współfinansowania UE na rzecz Beneficjenta w ramach Osi Priorytetowej 2 RPOWŚ na lata 2014-2020, Działanie 2.5,
- 7) Pismo Beneficjenta z dnia 28.05.2018 r. wraz z załącznikami,
- 8) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VIII.433.N.II.225.2.2018.RJ z dnia 27.11.2018 r. tj. Informacja Pokontrolna Nr 127/N/II/RPO/2018 wraz z załącznikami (tj. materiał dowodowy z kontroli),
- 9) Pismo Beneficjenta z dn. 04.12.2018 r.,
- 10) Pismo Beneficjenta z dn. 14.12.2018 r. wraz z załącznikami,
- 11) Pismo Beneficjenta z dn. 20.12.2018 r. wraz z załącznikiem,
- 12) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-VIII.433.N.II.225.3.2018.RJ z dnia 08.02.2019 r. wraz z załączoną ostateczną Informacją Pokontrolną nr 127/N/II/RPO/2018/P z dnia 08.02.2019 r.,
- 13) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-V.433.2.5.....4.2019.KK z dnia 22.02.2019 r.,
- 14) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: EFRR-V.433.2.5.....5.2019.KK z dnia 22.02.2019 r.,
- 15) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z dnia 04.03.2019 r.,
- 16) Pismo Beneficjenta z dn. 28.02.2019 r. wraz z załącznikiem,
- 17) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: KC-I.432.2.171.2019 z dnia 23.04.2019 r.,

- 18) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z dnia 30.04.2019 r. tj. zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego,
- 19) Pismo Beneficjenta z dnia 21.05.2019 r.,
- 20) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z dnia 12.06.2019 r.
- 21) Pismo Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIV.432.2.130.2019 z dnia 19.07.2019 r. tj. zawiadomienie o zgromadzeniu materiału dowodowego.

POUCZENIE

Decyzja jest nieostateczna w administracyjnym toku instancyjnym. Zgodnie z art. 207 ust. 12a ustawy o finansach publicznych Strona może złożyć do Zarządu Województwa Świętokrzyskiego wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 127a § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego Strona w trakcie biegu terminu do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy może zrzec się tego prawa. Wówczas, z dniem doręczenia organowi oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna, co oznacza, iż decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu i brak jest możliwości zaskarżenia decyzji do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Nie jest możliwe skuteczne cofnięcie oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Jeżeli Strona nie chce skorzystać z prawa do zwrócenia się z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, może wnieść do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach skargę na decyzję w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia. Skargę wnosi się za pośrednictwem Zarządu Województwa Świętokrzyskiego. Wpis od skargi w sprawie należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem wynoszącej ponad 50.000 zł do 100.000 zł wynosi 2 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 1 500,00 zł. Strona ma możliwość ubiegania się przed sądem o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

W przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są: wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem, wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 ustawy o finansach publicznych, pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji. Jeżeli Strona nie zwróci środków wraz z odsetkami w ww. terminie, wówczas zostaje wykluczona z możliwości otrzymania kolejnych środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Okres wykluczenia rozpoczyna się od dnia kiedy decyzja stała się ostateczna zaś kończy się z upływem trzech lat od dnia dokonania zwrotu tych środków.

MARSZAŁEK

WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO

ANDRZEJ BĘTKOWSKI

Kielce, dnia



Decyzja została sporządzona w trzech jednobrzmiących egzemplarzach, które otrzymują:

- 1) Beneficjent:,
- 2) a/a – (2 egzemplarze).