

IR-XIV.432.1.48.2022

DECYZJA nr 207/22
Zarządu Województwa Świętokrzyskiego
z dnia 30.11.2022 r.
w sprawie zwrotu dofinansowania

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

w składzie:

- 1) Marek Bogusławski - Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego,
- 2) Tomasz Jamka – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego,
- 3) Marek Jońca – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

Na podstawie art. 67 ust.1, art. 207 ust.1 pkt 2 oraz art. 207 ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.), art. 104 oraz art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2022 r. poz. 2000), art. 864 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz.1360), art. 6 i art. 9 ust.1 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 9 lit.a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818, 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 2022 r. poz. 2094)

w sprawie wszczętej z urzędu, dotyczącej:

określenia ... zamieszkałemu ul. ... i zamieszkałemu ul. prowadzącym wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: ... z siedzibą: ..., przypadającą solidarnie 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....00-26-0.../18-00, terminu od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków,

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu: 30.11.2022 r.

orzeka:

1. Określa ... zamieszkałemu .i ... zamieszkałemu ul. prowadzącym wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: ..., przypadającą solidarnie do zwrotu kwotę dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (zwany dalej „EFRR”) w łącznej wysokości: **123 596,07 zł (słownie: sto dwadzieścia trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych, 07/100)**, z tytułu zwrotu części dofinansowania przekazanego na podstawie umowy nr RPSW....00-26-00.../18-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.0..0.00-26-00../18 wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.
2. Określa, iż odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych nalicza się co do kwoty przekazanej z EFRR we wniosku o płatność nr RPSW.0..02.00-26-0.../18-002 w wysokości: 123 596,07 zł (słownie: sto dwadzieścia trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych, 07/100), od dnia przekazania ww. środków EFRR tj. **od dnia 29.01.2020 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. Określa, że zwrot następuje poprzez dokonanie przezzamieszkałego ul. i ... zamieszkałego ... prowadzącym wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: ...z siedzibą:, dokonanie solidarnej 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 ... r. konkurs zamknięty nr RPSW.....00-IZ.00-26-.../18 naboru wniosków o dofinansowanie projektów w ramach Działania ... pn. „...”

Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020. Nabór wniosków o dofinansowanie ustalono od 29.06.2018 r. – 28.09.2018 r. (okres ten obejmuje przeprowadzenie III rund konkursowych).

W ramach niniejszego konkursu założono wsparcie na rozwój istniejącego lub stworzenie nowego zaplecza badawczo - rozwojowego służącego działalności innowacyjnej przedsiębiorstw.

Wsparciem objęte mogą zostać inwestycje w rzeczowe aktywa trwałe oraz wartości niematerialne i prawne służące wytworzeniu lub unowocześnieniu infrastruktury badawczo-rozwojowej, wykorzystywanej do prowadzenia działalności innowacyjnej przedsiębiorstwa. W ramach tego typu projektów wzmocnione będą instytucjonalne zdolności prowadzenia prac badawczo-rozwojowych poprzez inwestycje m.in. w aparaturę naukowo-badawczą, sprzęt i inne niezbędne wyposażenie, które służą tworzeniu innowacyjnych produktów lub usług. Wsparcie powinno prowadzić do powstawania lub rozwoju działów badawczo-rozwojowych wewnątrz przedsiębiorstw służących działalności B+R.

W treści ogłoszenia o ww. konkursie zawarto informację, iż szczegółowe zasady składania wniosków zostały zamieszczone w Regulaminie konkursu zamkniętego nr RPSW...0...00-IZ.00-26-.../18, 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 .../18 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 23.05.2018r. 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 w ramach osi priorytetowych 1-7 regionalnego programu operacyjnego województwa świętokrzyskiego na lata 2014-2020
- „Wzór Umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014 – 2020”, stanowiący załącznik do ww. Regulaminu konkursu zamkniętego .

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”, opracowanym przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju i zamieszczonym na stronie internetowej www.funduszeuropejskie.gov.pl.

W części 6.2 pkt 3 ww. Wytycznych z dnia 19 lipca 2017 r., obowiązujących do 8 września 2019 r. (tj. na dzień składania wniosku o dofinansowanie) wskazano, wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający łącznie następujące warunki:

- a) został faktycznie poniesiony w okresie wskazanym w umowie o dofinansowanie, z zachowaniem warunków określonych w podrozdziale 6.1,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, w tym przepisami regulującymi udzielanie pomocy publicznej, jeśli mają zastosowanie,
- c) jest zgodny z PO i SZOOP,
- d) został uwzględniony w budżecie projektu, z zastrzeżeniem pkt 11 i 12 podrozdziału 8.3 Wytycznych, lub – w przypadku projektów finansowanych z FS i EFRR – w zakresie rzeczowym projektu zawartym we wniosku o dofinansowanie,
- e) został poniesiony zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie,
- f) jest niezbędny do realizacji celów projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- g) został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- h) został należycie udokumentowany, zgodnie z wymogami w tym zakresie określonymi w Wytycznych, Wytycznych PT, o których mowa w rozdziale 4 pkt 2, lub ze szczegółowymi zasadami określonymi przez IZ PO,

Następnie, w części 6.5.2 pkt 22 ww. Wytycznych 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.”

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.

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 (dz. U z 2020 r. poz.818 z późn. zm.), 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.

W § 1 ust. 8 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję wydatków kwalifikowalnych.

W § 1 ust. 11 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję umowy.

W § 1 ust. 30 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję rozliczenia płatności zaliczkowej.

Następnie w § 1 ust. 38 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję nieprawidłowości.

Ponadto, w § 1 ust. 39 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję korekty finansowej.

Następnie w § 1 ust. 40 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję zamówienia publicznego.

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, 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 § 9, że *”Beneficjent jest zobowiązany do 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 ostatniej transzy zaliczki z rachunku bankowego właściwego dla płatności zaliczkowej, z zastrzeżeniem § 5 ust. 1 pkt 2 oraz § 8 ust. 16 Umowy”*

W §10 ww. wzoru umowy wskazano 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 ufp.”*, 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. 4 lit. e). Następnie w § 12 ust. 4 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 przystąpił prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: ..., zwani dalej „Beneficjentem” lub „Stroną”, składając w dniu 28.09.2018r. r. wniosek o dofinansowanie projektu pn.: „.....” na wnioskowaną kwotę dofinansowania w wysokości: 2 805 000,00 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.”

W wyniku przeprowadzonej oceny formalnej i merytorycznej, przedmiotowy wniosek o dofinansowanie, zwany również „Projektem”, na podstawie Uchwały Nr 31/18 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 12.12.2018 r. został zakwalifikowany do wsparcia w ramach Działania 1.2 w kwocie dofinansowania w wysokości: 2 805 000,00 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 16.05.2019 r. z ... i prowadzącymi wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: z siedzibą ..., jako Beneficjentem tego Programu, Umowę nr RPSW.....00-26-00.../18-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.....00-26-00...../18 pn.: „.....” (zwaną dalej „Umową o dofinansowanie”) na kwotę dofinansowania ze środków EFRR w łącznej wysokości 1 980 000,00 zł.

Umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem w dniu 16.05.2019 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 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.

W trakcie realizacji projektu Beneficjent zwrócił się pisemnie do Instytucji Zarządzającej z prośbą o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu realizacji Projektu do dnia 30.06.2021 r. z uwagi na wydłużone terminy dostaw i opóźniające się roboty budowlane z uwagi na panującą epidemię. Instytucja Zarządzająca wyraziła zgodę na ww. wnioskowane wydłużenie terminu zakończenia realizacji Projektu, w wyniku czego w dniu 11.12.2020 r. został podpisany stosowny Aneks nr RPSW.....00-26-... /18-01 do umowy o dofinansowanie, jednocześnie w piśmie znak: IR-V.432.38.20.2019 z dnia 15.09.2020r. wyrażającym ww. zgodę, Beneficjentowi przypomniano, że jest zobowiązany do stosowania zasady konkurencyjności, która gwarantuje zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców przy realizacji projektów dofinansowanych z funduszy europejskich.

W oparciu o zatwierdzony wniosek o płatność nr RPSW.....00-26-00.../18-002 Instytucja Zarządzająca w dniu 29.01.2020 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR: 1 680 000,00 zł. W dniu 26.01.2021 r. Beneficjent przedłożył do Instytucji Zarządzającej wniosek o płatność nr RPSW.....00-26-00.../18-006 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: 1 436 137,20 zł, co stanowiło rozliczenie zaliczki w 85,48 %. Następnie, w dniu 30.06.2021 r. Beneficjent przekazał wniosek o płatność końcową nr

RPSW.....00-26-00.../18-008 w którym ujął pozostałą do rozliczenia część zaliczki w wysokości 243 862,80 zł co stanowiło rozliczenie zaliczki w 100%.

W związku z koniecznością dokonania kontroli prawidłowości poniesienia wydatków w ramach wniosku o płatność nr RPSW.....00-26-0.../18-006 na podstawie art. 23 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy wdrożeniowej, Instytucja Zarządzająca w dniach od 26 do 28 lipca 2021 r. oraz na dostarczonych przez Beneficjenta dokumentach do dnia 25 sierpnia 2021 r. przeprowadziła kontrolę realizacji projektu.

W wyniku ww. kontroli sporządzono w dniu 07.09.2021 r. Informację Pokontrolną Nr KC-I.432.558.1.2021/KW-1 (tj. pismo znak: KC-I.432.558.1.2021), w której Instytucja Zarządzająca zawarła informację, że Beneficjent w ramach kontrolowanego wniosku o płatność przeprowadził jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem zasady konkurencyjności, którego przedmiotem była budowa hali warsztatowo – badawczej wraz z zapleczem socjalno-biurowym. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 01.12.2019 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na portalu baza konkurencyjności pod numerem 1218700. Efektem postępowania było podpisanie w dniu 29.12.2019 r. Umowy pomiędzy Beneficjentem, a firmą Wilków o wartości 2 818 000,00 zł netto.

W wyniku weryfikacji przedmiotowego postępowania stwierdzono naruszenie sekcji 6.5.2 pkt 20) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 z dnia 22 .08. 2019 r., poprzez dokonanie istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez zachowania przesłanek, o których mowa w ww. Wytycznych.

W wyniku weryfikacji postanowień powyższego zapytania ofertowego ustalono, iż 28.10.2020 r. oraz 15.02.2021 r. zawarto aneksy do umowy na roboty budowlane z dnia 29.12.2019 r., w wyniku czego wydłużono termin realizacji przedmiotu zamówienia z 30.10.2020 r. na 15.06.2021 r., tj. o ok. 7,5 miesiąca. Wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego wykonanego na podstawie pozwolenia na budowę został złożony przez Beneficjenta w dniu 30.06.2021 r. w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego. Tym samym wydłużono termin realizacji przedmiotu zamówienia z 10 miesięcy na ok. 17,5 miesiąca tj. o 57%.

W związku z obowiązkiem weryfikacji zasadności wydłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia Beneficjent w dniu 04.08.2021 r. został wezwany do przedłożenia dokumentów

potwierdzających opóźnienia na które powołuje się Wykonawca oraz do podania podstawy prawnej przedmiotowej zmiany. W odpowiedzi na wezwanie Beneficjent w dniach 9 i 25 sierpnia 2021 r. złożył wyjaśnienia w zakresie dokonanej zmiany. Na wyjaśnienia składają się oświadczenia wykonawcy i podwykonawców realizujących budowę hali warsztatowo badawczej w Niwach Daleszyckich. Wykonawca oraz podwykonawcy w swoich oświadczeniach podnosili, że z uwagi na pandemię COVID-19 i idące za tym ograniczenia wystąpiły trudności z dostawą materiałów oraz problemy kadrowe. Beneficjent nie przedłożył żadnej dokumentacji o wartości dowodowej na podstawie której można by ustalić faktyczny wpływ sytuacji epidemiologicznej na realizowane przedsięwzięcie.

Tym samym zdaniem Zespołu Kontrolnego Beneficjent dokonał z naruszeniem sekcji 6.5.2. pkt 20) ww. Wytycznych istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w efekcie czego mogło dojść do potencjalnej szkody na budżecie Unii Europejskiej. Jest bowiem prawdopodobne, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wzięli udziału przedsiębiorcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia nie mogli podjąć się zamówienia do 30.10.2020 r., ale mogli to uczynić w terminie do 15.06.2021 r., co w następstwie mogłoby się przełożyć na niższą cenę.

W związku z powyższym ustalono, że doszło do naruszenia § 12 ust. 1 umowy nr RPSW...00-26-.../18 o dofinansowanie projektu z tytułu nie zastosowania się przez Beneficjenta do zapisów sekcji 6.5.2 pkt 20 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 z dnia 22 sierpnia 2019 r, **poprzez zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia**. 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. z 2020 poz. 818 t.j.) 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 2018 r., poz. 971) ustaliła wartość pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w następujący sposób:
$$Wp = W\% \times Wkw = 25\% \times 2\,611\,158,54 \text{ zł} = 652\,789,64 \text{ zł}$$
gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wp – wartość pomniejszenia,

Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (wydatek przedstawiony do refundacji we wniosku nr RPSW....0....00-26-00.../18-006).

W% – stawka procentowa wskazana w pkt 28 załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 971 j.t.) pn. stawki procentowe przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych z uwzględnieniem Załącznika do Decyzji Komisji z dnia 14 maja 2019 r. (C(2019) 3452) ustanawiającej wytyczne dotyczące określenia korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych (Tabela 2.3 pkt 23) z tytułu dokonania istotnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez zachowania przesłanek o których mowa w ww. Wytycznych.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 44,72% poziom dofinansowania, obniżenie wartości korekty finansowej wydatków ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.....00-26-0..../18-006 wynosi: $652\,789,64\text{ zł} * 44,72\% = 291\,897,81\text{ zł}$.

W związku z powyższym, Instytucja Zarządzająca uznała za wydatek niekwalifikowany kwotę w wysokości 652 789,64 zł, w tym łączna kwota dofinansowania 291 897,81 zł i zaleciła pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowanych projektu w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną.

W dniu 26.10.2021 r. sporządzono pismo znak: KC-I.432.558.1.2021 przekazujące erratę do Informacji pokontrolnej nr KC-I.432.558.1.2021/KW-1 w której dokonano sprostowania poziomu dofinansowania z 44,71 % na 55 %, w związku z czym zwiększyła się kwota niekwalifikowanego dofinansowania z 291 897,81 zł na 359 034,30 zł.

W odpowiedzi na Informację pokontrolną nr KC-I.432.558.1.2021/KW-1, Beneficjent w piśmie z dnia 21.09.2021 r. złożył wyjaśnienia do ustaleń w niej zawartych. Przedłożył pismo z dnia 20.09.2021r. do Wykonawcy wraz z Porozumieniem (dwustronnym) z dnia 20.09.2021r. uchylającym Aneks nr 1 i Aneks nr 2 (wydłużające termin wykonania Umowy z dnia 29.12.2019 r.) będący podstawą uznania wydatków za niekwalifikowalne. Porozumienie uchylało w całości obowiązywanie Aneksów i przywracało pierwotny termin wykonania Umowy z dnia 29.12.2019 r. Beneficjent stwierdził, że uchylenie Aneksów jest zgodne z zasadą swobody kontraktowania zaś cel tego działania – tj. przywrócenie pierwotnego terminu jest zgodne z zasadą współzycia

społecznego. Ponadto wskazał, że przedkłada ww. dowody które mogą być ewentualną przesłanką do uznania opóźnienia w wykonaniu umowy jako niezawinionego (wywołanego pandemią COVID-19), a w przypadku nie udowodnienia zasadności opóźnienia wystąpi do sądu o zapłatę kary umownej za opóźnienie (z uwagi na ustawowy brak możliwości potrącenia kary z wynagrodzenia Wykonawcy - stosownie do treści art.15 r¹ ustawy z dnia 02.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych). Beneficjent w piśmie wskazał, że skoro przyczyna nałożenia korekty została usunięta to wnosi o cofnięcie z informacji pokontrolnej zarzutu o nieuprawnionym zawarciu aneksu. Wskazał, że „orzecznictwo Sądów Administracyjnych jednoznacznie wskazuje, że organ wydając decyzje orzeka według stanu faktycznego z daty wydania tejże decyzji”. Mając na uwadze, że w chwili obecnej stan faktyczny został doprowadzony do stanu zgodnego z przepisami, to zdaniem Beneficjenta brak jest podstaw aby wszczynać postępowanie administracyjne, które mogłoby zakończyć się decyzją nakładającą tzw. korektę finansową.

W odpowiedzi na ww. pismo, Instytucja Zarządzająca pismem znak: KC-I.432.558.1.2021 z dnia 05.10.2021 r. podtrzymała zarzut naruszenia sekcji 6.5.2 pkt 20 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 z dnia 22 sierpnia 2019 r. , ponieważ Beneficjent najpierw zawarł aneksy do umowy ze swoim wykonawcą, następnie po uzyskaniu informacji od Instytucji Zarządzającej o uznaniu konieczności dokonania pomniejszenia kosztów kwalifikowalnych w projekcie w związku z niedozwolonym aneksowaniem umowy zawarł porozumienie o anulowaniu – uchyleniu tychże aneksów. Zamiarem Beneficjenta w odbiorze Instytucji Zarządzającej było uniknięcie obowiązku poniesienia ciężaru pomniejszenia kosztów kwalifikowalnych w projekcie związanego z nieprawidłowością jaką jest niedozwolona zmiana zawartej z Wykonawcą umowy. Ponadto, analizując przedmiotowy przypadek wskazano na konstrukcję prawną dotyczącą pojęcia pozorności w tym wypadku pozorności kwalifikowalnej względnej zwanej też relatywną, gdzie strony dokonują czynności prawnej pozornej tzw. symulowanej w celu ukrycia innej, rzeczywiście przez te strony zamierzonej i dokonanej (czynność ukryta – dyssymulowana). Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 14 kwietnia 2021 r. sygn. akt I A Ca 549/20 wskazał, iż pozorność w rozumieniu art. 83 § 1 Kodeks Cywilny występuje wówczas, gdy strony umowy składając oświadczenia woli nie zamierzają osiągnąć skutków

literalnie z nich wynikających, a ich celem jest stworzenie u innych przeświadczenia, że czynność prawna, w takiej postaci jak ujawniona, została w rzeczywistości dokonana. Pozorność jest zatem z góry założoną sprzecznością między oświadczonymi a prawdziwymi zamiarami stron.

Dodatkowo, w tym miejscu Instytucja Zarządzająca wskazuje, że argumenty Strony z pisma z dnia 21.09.2021 r. nie zasługują na uwzględnienie. Kontrole z realizacji projektów unijnych zgodnie z ustawą wdrożeniową i umową o dofinansowanie przeprowadzane są w określonym czasie na miejscu realizacji projektu lub na dokumentach udostępnianych przez beneficjentów, a stan rzeczy czyli układ faktów tworzących sytuację w danym czasie opisywany jest w informacji pokontrolnej w której również nakładana jest korekta finansowa za stwierdzone naruszenia. W związku z tym argument Beneficjenta, że „*stan faktyczny został doprowadzony do stanu zgodnego z przepisami*” nie może być wzięty pod uwagę, gdyż w tym przypadku stan faktyczny nie może abstrahować od stanu rzeczywistego i dokonanego, ponieważ w trakcie kontroli jedynymi dokumentami przedstawionymi przez Beneficjenta były właśnie dwa Aneksy do Umowy o roboty budowlane z dnia 29.12.2019 r. zmieniające termin realizacji przedmiotu zamówienia. Porozumienie o anulowaniu aneksów zawarto po zakończeniu robót, po kontroli i po otrzymaniu Informacji pokontrolnej z nałożoną korektą finansową.

Ponadto z dokumentacji zebranej w sprawie wynika, że faktyczne zakończenie robót wg. Dziennika budowy .../2020 nastąpiło 15.02.2021 r., odbiór hali warsztatowo – badawczej nastąpił 16.02.2021 r. (Protokół zdawczo-odbiorczy do umowy o roboty budowlane z dnia 16.02.2021r), a odbiór pozwoleń, decyzji i innych dokumentów koniecznych do oddania obiektu do użytkowania nastąpił 15.06.2021 r. (Protokół zdawczo – odbiorczy do umowy o roboty budowlane z dnia 15.06.2021 r.) Wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego został zgłoszony dopiero 30.06.2021r., a zatem anulowanie spornych aneksów nie zmieniło stanu dokonanego. W związku z tym biorąc pod uwagę wszystkie przesunięcia terminów stwierdzić należy, że termin wykonania umowy został wydłużony o ok. 7,5 miesiąca, co więcej Beneficjent anulując aneksy niejako potwierdził, że korekta jest zasadna gdyż przyznaje, że „ (...) przyczyna nałożenia korekty została usunięta a zatem uprzejmie wnosimy o cofnięcie z informacji pokontrolnej podniesionego zarzutu o nieuprawnionym zawarciu aneksu”. Tym samym realizacja całego przedmiotu zamówienia wydłużyła się ostatecznie do 17,5 miesięcy. Beneficjent przedstawił według niego dowody (ww. Porozumienie) mogące być ewentualną przesłanką do uznania opóźnienia w wykonaniu umowy jako niezawinionego (wywołanego pandemią COVID-19) a dopiero w przypadku nie udowodnienia

zasadności opóźnienia wystąpi do sądu o zapłatę kary umownej za opóźnienie, a zatem Beneficjent niejako czekał na to co się wydarzy i dopiero zamierzał podjąć działanie naprawcze .

Beneficjent konieczność zawarcia aneksów argumentował pandemią i przedstawiał kontroli jedynie oświadczenia Wykonawcy i podwykonawców, że z powodu pandemii miał trudności z dostawą materiałów i problemy kadrowe, nie przedłożył jednak żadnych dowodów potwierdzających zawarte w ww. wyjaśnieniach informacje. Zdaniem Instytucji Zarządzającej wpływ wskazanych okoliczności na należyte wykonanie umowy nie może się opierać tylko na powszechnie dostępnej wiedzy, lecz powinien zostać wyraźnie wyartykułowany przez stronę umowy- w tym przypadku wykonawcę –..... Instytucja Zarządzająca wskazuje, że ustawą z dnia 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 568 ze zm.) dokonano zmiany ustawy z dnia 02.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r., poz. 374) w celu umożliwienia dokonywania zmian w umowach w sprawie zamówienia publicznego z powodu wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tych umów.

Beneficjent jako Zamawiający w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany był zgodnie z art. 15r (tj. po rozszerzeniu ustawy o art. 15a–15zzzi) ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, zwanej dalej „ustawą COVID-19”, do przeprowadzenia specjalnej procedury postępowania, która powinna była poprzedzić ustalenie warunków ewentualnego aneksu i jego zawarcie. Zgodnie z treścią art. 15r [Umowy w sprawie zamówienia publicznego] ustawy COVID-19: „1. *Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:*

1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;

2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;

3) poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1-3;

4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;

5) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy;

6) okoliczności, o których mowa w pkt 1-5, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

1a. W przypadku wykonawców mających siedzibę lub wykonujących działalność związaną z realizacją umowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w miejsce dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5, składa się dokumenty wydane przez odpowiednie instytucje w tych krajach lub oświadczenia tych wykonawców.

2. Każda ze stron umowy, o której mowa w ust. 1, może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy.

3. Strona umowy, o której mowa w ust. 1, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w ust. 1 i 2, w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania.”

W związku z powyższym zgodnie z wskazanym powyżej art. 15r ustawy COVID-19 Beneficjent mógł żądać od Wykonawcy dodatkowych oświadczeń/dokumentów, które potwierdziłyby zasadność zawarcia aneksów. Pozyskanie tych dokumentów pozwoliłoby Beneficjentowi właściwie ocenić zasadność kwestii wydłużenia terminu realizacji zamówienia poprzez szczegółowe

zweryfikowanie jakie dokładnie problemy logistyczne zaistniały np. czy doszło do wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktów lub materiałów niezbędnych do realizacji tego zamówienia, czy zaistniały i jakie konkretnie trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych? Jednakże, w analizowanej sprawie takich kroków Beneficjent nie poczynił i tym samym zaniechał dokonania ww. procedury niezbędnej do właściwej oceny kwestii zasadności wydłużenia terminu realizacji zamówienia. W tym miejscu należy więc wskazać, że stanowisko Beneficjenta zawarte w korespondencji jest bezzasadne.

Ponadto odnosząc się do stwierdzenia Beneficjenta, że postępowanie administracyjne jest wszczynane w celu wydania decyzji nakładającej korektę finansową jest błędne ponieważ, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa polskiego i wspólnotowego nie przewidziano wydawania przez Instytucję Zarządzającą decyzji administracyjnej w sprawie nałożenia lub zmiany korekty finansowej. Kwestia ta była szeroko poruszana w orzecznictwie sądowym i ostatecznie została rozstrzygnięta poprzez Uchwałę 7 Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego znak: II GPS 2/14 z dnia 27.10.2014 r.

W odpowiedzi na pismo Instytucji Zarządzającej znak: KC-I.432.558.1.2021 z dnia 05.10.2021 r. , Beneficjent pismem z dnia 21.10.2021 r. poinformował Instytucję Zarządzającą, że w związku z tym, iż stawiany jest mu zarzut wykonywania czynności pozornych w celu uniknięcia konsekwencji w wymierzeniu korekty finansowej skierował sprawę do kancelarii prawnej która do 28.10.2021 r. przedstawi stanowisko o braku jakichkolwiek podstaw uznania czynności jako pozornych. Pismem znak: KC-I.432.558.1.2021 z dnia 26.10.2021 r. Instytucja Zarządzająca poinformowała Beneficjenta, że Informacja pokontrolna nr KC-I.432.558.1.2021/KW-1 z dnia 07.09.2021 r. jest ostateczna i nie przysługuje już możliwość złożenia zastrzeżeń. Ponadto, poproszono Beneficjenta o zwrot ww. Informacji pokontrolnej. W dniach 29.10.2021 r. i 05.11.2021 r. wpłynęły do Instytucji Zarządzającej kolejne pisma od Beneficjenta reprezentowanego przez ..., w których ponownie złożył zastrzeżenia do ustaleń poczynionych przez Zespół Kontrolny w kwestii wykonania czynności pozornych w celu ukrycia rzeczywistych zamiarów. Na potwierdzenie słuszności swojego stanowiska Beneficjent do pisma z dnia 27.10.2021 r. załączył przedsądowe wezwanie do zapłaty kary umownej i pozew o zapłatę kar umownych do Sądu Okręgowego w Kielcach, jednak wszystkie te dokumenty datowane był na czas po otrzymaniu ostatecznego stanowiska Instytucji Zarządzającej, tj. przedsądowe wezwanie do zapłaty było z dnia 25.10.2021 r. (wykonawca

potwierdził odbiór 26.10.2022r.), a pozew o zapłatę kary umownej został złożony na biuro podawcze Sądu w dniu 27.10.2021 r. W związku z tym, można odnieść wrażenie, że te działania naprawcze zostały niejako wymuszone przez Instytucję Zarządzającą a powinny być dokonane zanim odbyła się kontrola projektu. W związku z tym, że ww. pisma i wyjaśnienia w nich zawarte nie wniosły do sprawy nowych argumentów, Instytucja Zarządzająca pismem z dnia 09.11.2021 r. znak: KC-I.432.558.1.2021 podtrzymała swoje ustalenia w sprawie stwierdzonej nieprawidłowości w postępowaniu dotyczącym budowy hali warsztatowo- badawczej i utrzymała kwotę pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

W związku z ww. wynikami kontroli Instytucja Zarządzająca dokonała pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych ujętych przez Beneficjenta we wniosku o płatność pośrednią nr RPSW.....00-26-..../18-006 w związku z czym kwota rozliczonej zaliczki w ww. wniosku wyniosła 1 077 102,90 zł, natomiast we wniosku o płatność końcową nr RPSW.....00-26-000.../18-008 po nałożeniu korekty zaliczka została rozliczona w kwocie 479 301,03 zł, a zatem cała zaliczka została rozliczona na kwotę 1 556 403,93 zł zamiast na kwotę wypłaconą 1 680 000,00 zł. W związku z powyższym zaistniała różnica w wysokości 123 596,07 zł (1 680 000,00 zł - 1 556 403,93 zł) z tytułu nierozliczonej zaliczki wraz z odsetkami z powodu stwierdzenia nieprawidłowości skutkującej pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych. 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.

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 2022 r., poz. 1634 t.j.), zwanej dalej „ustawą ufp”, Instytucja Zarządzająca zgodnie z treścią art. 207 ust.8 ustawy ufp, osobnymi pismami znak: IR-XIV.432.1.48.2022 z dnia 21.06.2022 r. wezwała iwspólników spółki cywilnej do zwrotu wykorzystanego z naruszeniem procedur dofinansowania w łącznej kwocie: **123 596,07 zł** wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia doręczenia wezwań. Zarówno jak i ... potwierdzili odbiór wezwania w dniu 01.07.2022 r.

W toku sprawy złożono do Instytucji Zarządzającej Pełnomocnictwo z dnia 27.07.2022 z Kancelarii do reprezentacji spółki przez instytucjami i organami. W związku z tym, że pełnomocnictwo zostało udzielone przez spółkę cywilną, która nie jest stroną postępowania administracyjnego, Instytucja Zarządzająca pismem znak IR-XIV.432.1.48.2022 z dnia 18.08.2022 r. zwróciła się do ww. Kancelarii z prośbą o przekazanie prawidłowo sporządzonego pełnomocnictwa wraz z potwierdzeniem dokonania zapłaty opłaty skarbowej od Pełnomocnictwa. W związku z tym, że nie dostarczono do Instytucji Zarządzającej prawidłowo sporządzonego dokumentu korespondencja w sprawie kierowana jest osobno na Strony postępowania

W związku z tym, że Beneficjent nie dokonał zwrotu środków dofinansowania wraz z należnymi odsetkami, Instytucja Zarządzająca osobnymi pismami znak: IR-XIV.432.1.48.2022 z dnia 26.07.2022 r. w oparciu o art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks Postępowania Administracyjnego (Dz. U. z 2022 r. poz. 2000) zwanej dalej „Kpa” oraz zgodnie z art. 207 ust. 9 pkt 1 ustawy ufp zawiadomiła jako Strony 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 zarówno przez ... jak i ... zostało odebrane 02.08.2022 r. Następnie w dniu 14.09.2022 r. Instytucja Zarządzająca stosownie do postanowień art. 10 § 1 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.432.1.48.2022 z dnia 14.09.2022 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. Jednocześnie w ww. zawiadomieniu, zgodnie art. 36 § 1 Kpa, Strony zostały poinformowane o wydłużeniu terminu na załatwienie sprawy do 16.12.2022r., ze względu na konieczność umożliwienia wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Przedmiotowe zawiadomienie zostało odebrane przez i w dniu 19.09.2022r. W przewidzianym zawiadomieniem terminie, Strony nie zgłosiły się w celu zapoznania się z dokumentami oraz nie dokonano zwrotu środków dofinansowania.

W odpowiedzi na Zawiadomienie z dnia 14.09.2022 r. z wpłynęło pismo, w którym Adwokat wniósł o wskazanie dokładnej kwoty przypadającej do zwrotu przez Beneficjenta dofinansowania ze środków EFRR wraz z odsetkami w wysokości jak dla zaległości podatkowych z zastrzeżeniem, że w Zawiadomieniu z dnia 14.09.2022 r. (tj. o przygotowaniu materiału dowodowego) nie wskazano konkretnej kwoty przypadającej do zwrotu w związku z czym Beneficjenci nie są w stanie ustalić dokładnej kwoty roszczenia jaką powinni wskazać w przygotowywanym pozwie do Sądu Okręgowego. Jednocześnie, do pisma ponownie załączono nieprawidłowo wystawione Pełnomocnictwo. Związku z tym, Instytucja Zarządzająca pismem znak: IR-XIV.432.1.48.2022 z dnia 03.10.2022 r. ponownie wskazała, że Pełnomocnictwo jest niewłaściwe wystawione i wezwała do złożenia potwierdzenia dokonania opłaty skarbowej. Instytucja Zarządzająca odnosząc się do zarzutu braku wskazania konkretnej kwoty stwierdza, że zarzut nie jest zasadny ponieważ Zawiadomienie z 14.09.2022r. było wystawione stosownie do art. 10 § 1 oraz 36 § 1 Kpa czyli informowało o tym, że został zgromadzony w sprawie materiał dowodowy z którym Strona może się zapoznać oraz o tym, że wydłużono termin załatwienia sprawy, a zatem takie pismo nie służy do wskazywania konkretnych kwot. Informacja o konkretnej kwocie zwrotu dofinansowania z EFRR wraz z odsetkami została zawarta w piśmie Instytucji Zarządzającej znak: IR-XIII.432.1.52.2019 z dnia 08.06.2022 r. wysłanym za pośrednictwem systemu SL2014. Pismo to zostało odczytane przez w dniu 11.07.2022r. Kolejnym pismem było Wezwanie znak: IR-XIV.432.1.48.2022 z dnia 21.06.2022r. Ww. pismo o takiej samej treści zostało wysłane zarówno do jak i do wspólników spółki cywilnej i zostało odebrane jak już powyżej wskazano w dniu 01.07.2022r. Dodatkowo, w Informacji pokontrolnej nr KC-I.432.558.1.2021/KW-1 oraz erracie do niej wskazano pełną kwotę wydatków uznanych za niekwalifikowalne w tym łączną kwotę dofinansowania z EFRR do pomniejszenia oraz stawkę procentową zastosowaną do wyliczenia wydatków niekwalifikowalnych.

Wskazana w niniejszej decyzji kwota nierozliczonej płatności zaliczkowej, sfinansowana w dniu 29.01.2020 r. środkami Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego stanowi dofinansowanie wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy ufp, podlega zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych tj. zgodnie z art. 207 ust.1 pkt 2 ustawy ufp.

W związku z ww. brakiem zwrotu środków dofinansowania wraz z odsetkami, zaistniała konieczność, zgodnie z zapisami art. 207 ust. 9 pkt 1 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 wdrożeniowej, 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 ufp 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 pkt 1 ufp 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 ufp do spraw dotyczących należności, o których mowa w art. 60, nieuregulowanych niniejszą ustawą stosuje się przepisy Kpa i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2021 r. poz. 1540 z późn. zm.).

W świetle art. 104 i art. 107 Kpa, 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 2022 r. poz. 2094) 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 2022 r. poz. 2094) 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 2020 r. poz. 818), 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 u.f.p. 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 działań kontrolnych stwierdziła naruszenie przez Stronę treści § 12 ust. 1 Umowy o dofinansowanie poprzez naruszenie zasady konkurencyjności w postępowaniu na wybór wykonawcy robót budowlanych polegających na budowie hali warsztatowo – badawczej wraz z zapleczem socjalno- biurowym, z uwagi na dokonanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty poprzez wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia z 10 miesięcy na 17,5 miesiąca tj. o 57 % w związku z zawarciem Aneksów z dnia 28.10.2020 r. i z dnia 15.02.2021 r. co stanowi naruszenie sekcji 6.5.2 pkt. 20) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 22.08.2019 r. W związku z czym, zobowiązana była do określenia kwoty nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania zgodnie z postanowieniami ww. art. 9 ust. 2 ustawy wdrożeniowej.

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 20 grudnia 2013), 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 Wspólnotę (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. oraz w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 w sprawie C-408/16 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 uchybienie 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. Instytucja Zarządzająca również zaznacza, 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 więc zauważa, 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. Ponadto należy wskazać, 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 związku z powyższym, odnosząc się do ww. definicji nieprawidłowości i trzech elementów składowych ją tworzących. Nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego. Beneficjent w analizowanej sprawie naruszył postanowienia § 12 ust. 1 Umowy o dofinansowanie z tytułu nie zastosowania się do zapisów sekcji 6.5.2 pkt 20) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków z dnia 22.08.2019 r. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nr 1218700 ustalił, że zakończenie robót nastąpi w terminie maksymalnie do dnia 30.10.2020 r. a ostatecznie w wyniku zawarcia aneksów do umowy zmieniono ten termin na dzień 15.06.2021 r. co spowodowało niedozwoloną zmianę postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia. Zawarta w dniu 16.05.2019 r. Umowa o dofinansowanie nie tylko uprawniała Beneficjenta do otrzymania dofinansowania, ale także nałożyła na niego szereg obowiązków, takich jak np.

obowiązek prawidłowej realizacji projektu zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie, czy też obowiązek zapoznania się i stosowania wytycznych tj. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (§ 1 ust. 4 lit. e umowy o dofinansowanie), obowiązek wydatkowania dofinansowania wyłącznie na pokrycie wydatków kwalifikowalnych ponoszonych w związku z realizacją projektu, przy czym zgodnie z § 1 ust. 8 umowy o dofinansowanie, przez wydatki kwalifikowalne należy rozumieć wydatki lub koszty uznane za kwalifikowalne i spełniające kryteria, zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności. Istotne są również postanowienia § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie, z których wynika, że Beneficjent udziela zamówień albo na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, albo stosuje zasadę konkurencyjności na warunkach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, a w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta zasad określonych w ust. 1 umowy o dofinansowanie Instytucja Zarządzająca uznaje wydatek za niekwalifikowalny w projekcie i może zastosować korekty finansowe zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. (vide: § 12 ust. 11 umowy o dofinansowanie). W przedmiotowej sprawie Beneficjent zobowiązany był przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu stosować zapisy *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* w zakresie obowiązku stosowania zasady konkurencyjności. Obowiązek ten został na Beneficjenta 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.

Instytucja Zarządzająca pragnie również wskazać treść sekcji 6.2 pkt 3 Wytycznych kwalifikowalności wydatków z dnia 22.08.2019 r. gdzie wskazano: wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający łącznie następujące warunki:

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

W przedmiotowej sprawie powyższe warunki kwalifikowalności wydatków nie zostały spełnione, bowiem nie sposób uznać za kwalifikowalny wydatku, który został zrealizowany niezgodnie z ww. postanowieniami umowy o dofinansowanie. Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków jak już wyżej wskazano zgodnie z ustawą wdrożeniową stanowią podstawę systemu realizacji RPOWŚ na lata 2014-2020, a co za tym idzie stanowią akt prawa.

Wobec powyższego, Instytucja Zarządzająca stwierdziła wykorzystanie środków dofinansowania z naruszeniem procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków dofinansowania, którymi są obowiązujące wytyczne programowe i postanowienia umowy o dofinansowanie. Zasady dotyczące stosowania zasady konkurencyjności przy udzielaniu zamówień, opisane w Wytycznych oraz w umowie o dofinansowanie były znane albo powinny być znane Beneficjentowi, gdyż zarówno na etapie składania wniosku o dofinansowanie, jak i na etapie realizacji Projektu miał obowiązek zapoznania się z tymi dokumentami programowymi. Jednocześnie, zasady dokumentowania procedury udzielania zamówień również powinny być Beneficjentowi znane, ponieważ zostały wyraźnie sprecyzowane w podpisanej i zaakceptowanej przez niego umowie o dofinansowanie. Ponadto, Beneficjent we wniosku o dofinansowanie oświadczył, że „Oświadczam, iż jestem świadom praw i obowiązków związanych z realizacją projektu finansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach RPOWŚ na lata 2014-2020, a w przypadku pozytywnego rozpatrzenia niniejszego wniosku zobowiązuję się do zapewnienia trwałości oraz osiągnięcia i utrzymania planowanych efektów projektu opisanych za pomocą wskaźników w okresie 5/3 lat od płatności końcowej zgodnie z art. 71 Rozporządzenia Rady Nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r”. W związku z czym, Beneficjent miał świadomość, że przy realizacji projektu bardzo ważnym aspektem jest dochowanie obowiązków nałożonych na beneficjenta w ramach obowiązujących przepisów prawa, wytycznych czy zapisów umowy o dofinansowanie.

Szczegółowe zasady dofinansowania projektu, który został wybrany w ramach RPOWŚ na lata 2014-2020 regulowane są w formie umowy, zawieranej pomiędzy beneficjentem, którego projekt został wybrany do dofinansowania a Instytucją Zarządzającą. Umowa ta określa prawa i obowiązki beneficjenta, w tym zasady zwrotu otrzymanych środków w przypadku nieprawidłowego ich wykorzystania oraz podstawy uznania, że środki są wykorzystywane nienależycie. Cywilnoprawny charakter umowy o dofinansowanie powoduje, że w zakresie w niej nieunormowanym zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego oraz przepisy aktów właściwych dla systemu wdrażania funduszy europejskich, takich jak ustawa wdrożeniowa, a także procedury, wytyczne i instrukcje wydawane przez właściwe instytucje zaangażowane w proces realizacji programu operacyjnego. Treść takiej umowy nie może zostać ukształtowana w sposób dowolny, gdyż zawierana jest w warunkach związania stron systemem realizacji programu operacyjnego przyjętym przez Instytucję Zarządzającą na podstawie art. 6 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej

2014-2020. Umowa o dofinansowanie jest więc elementem projektu, tj. przedsięwzięcia realizowanego w ramach programu operacyjnego. W związku z powyższym, niewypełnienie jej postanowień przez Beneficjenta ma wpływ na realizację przez instytucję zarządzającą kompetencji do odzyskiwania kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację projektu.

W przedmiotowej sprawie należy podkreślić, iż w ramach projektu, który realizowany jest na podstawie umowy o dofinansowanie, Beneficjent dysponował 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, co do przestrzegania tych zasad Beneficjent był zobowiązany przez postanowienia m.in. umowy o dofinansowanie (vide: § 3 ust.1 Umowy), dlatego był zobowiązany do bezwzględnego stosowania zasad i warunków dofinansowania w niej zawartych i nie miał pełnej swobody i dyspozycyjności w podejmowaniu interpretacji zapisów umowy o dofinansowanie, ponieważ realizował projekt dofinansowany z udziałem środków publicznych, a nie całkowicie środków własnych.

Naruszenie zatem przez Beneficjenta procedur opisanych w Wytycznych, przepisach prawa oraz w umowie o dofinansowanie projektu dało Instytucji Zarządzającej podstawę do stwierdzenia obowiązku zwrotu tych środków jako wykorzystanych sprzecznie z tymi procedurami. Zgodnie z ugruntowanym już w poprzedniej perspektywie finansowej orzecnictwem sądów administracyjnych takie istotne naruszenie przez Beneficjenta 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 u.f.p., uzasadniająca wydanie decyzji określającej kwotę dofinansowania podlegającą zwrotowi (wyrok NSA sygn. akt: II GSK 732/11).

Co prawda w sekcji 6.5.2 pkt 20) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków z dnia 22.08.2019 r. dopuszczono możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, ale pod warunkiem, że zmiana ta nie prowadzi do zmiany charakteru umowy i spełnione są łącznie następujące warunki tj. konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć działając z należytą starannością i wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający co prawda nie mógł przewidzieć wystąpienia pandemii COVID-19 i w jaki sposób pandemia się rozwinie, ale w żaden sposób nie udowodnił faktycznego

wpływu pandemii na realizowane przedsięwzięcie, a samo powoływanie się na epidemię bez przeprowadzenia specjalnej procedury postępowania, która powinna była poprzedzić ustalenie warunków ewentualnego aneksu i jego zawarcie, a którą szczegółowo omówiono wcześniej w niniejszej decyzji w ocenie Instytucji Zarządzającej jest niewystarczające do anulowania nałożonej korekty finansowej. W związku z tym, wprowadzona aneksami zmiana zmieniła charakter umowy bo nie sposób wykluczyć, że gdyby w zapytaniu ofertowym od razu ustalono termin zakończenia robót na 15.06.2021 r. to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy a tak z Protokołu z dnia 17.12.2019 r. z postępowania ofertowego wynika, że złożono tylko 1 ofertę na budowę hali warsztatowo – badawczej. Anulowanie podpisanych aneksów za pomocą Porozumienia dwustronnego z dnia 20.09.2021 r. co ważne już po otrzymaniu dokumentów z informacją o nałożonej korekcie finansowej świadczy jedynie o tym, że nie były one tak naprawdę niezbędne. Jak już pisano wcześniej w decyzji, anulując aneksy Beneficjent sam przyznał, że doszło do nieuprawnionego zawarcia aneksu stwierdzeniem, że *”(...) przyczyna nałożenia korekty została usunięta a zatem uprzejmie wnosimy o cofnięcie z informacji pokontrolnej podniesionego zarzutu o nieuprawnionym zawarciu aneksu”* . Jednakże z takim stwierdzeniem Beneficjenta nie sposób się zgodzić- aneksy zostały bowiem zawarte, a ich późniejsze „uchylenie” (po upływie terminu obowiązywania umowy) miało na celu jedynie uchylenie się od obowiązku zwrotu środków. W związku z powyższym, naruszenie § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie przez Beneficjenta potwierdza wystąpienie pierwszej z przesłanek nieprawidłowości czyli naruszenia prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego. Powyższe działanie Beneficjenta wpisuje się w drugą przesłankę nieprawidłowości, która jest „działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy polityki spójności” wskazać bowiem należy, że „działaniem” było wydłużenie przez Beneficjenta terminu realizacji zamówienia, a „zaniechaniem” było nieprzeprowadzenie przez Beneficjenta niezbędnej procedury oceny rzeczywistych przesłanek konieczności wydłużenia terminu realizacji zamówienia na prośbę wykonawcy. Tak jak to już omówiono powyżej Beneficjent jako Zamawiający w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany był zgodnie z art. 15r (tj. po rozszerzeniu ustawy o art. 15a–15zzzi) ustawy COVID-19, do przeprowadzenia specjalnej procedury postępowania, która powinna była poprzedzić ustalenie warunków ewentualnego aneksu i jego zawarcie. Beneficjent powinien był zażądać od Wykonawcy dodatkowych oświadczeń/dokumentów, które potwierdziłyby wskazywane przez niego problemy. Pozyskanie tych dokumentów pozwoliłoby Beneficjentowi właściwie ocenić zasadność kwestii

wydłużenia terminu realizacji zamówienia poprzez szczegółowe zweryfikowanie jakie dokładnie problemy zaistniały. Jednakże, w analizowanej sprawie takich kroków Beneficjent nie poczynił i tym samym zaniechał dokonania ww. procedury niezbędnej do właściwej oceny kwestii zasadności wydłużenia terminu realizacji zamówienia w związku z czym można wysnuć wniosek, że tak naprawdę nie wiadomo dlaczego Wykonawca nie był w stanie w terminie z umowy zrealizować zamówienia. Ponadto, przedłożone przez Beneficjenta oświadczenia, niektóre nawet bez daty wystawienia, zdaniem Instytucji Zarządzającej pozbawione wartości dowodowej zawierały jedynie hasłowe stwierdzenia, że z powodu sytuacji epidemiologicznej niemożliwe jest dostarczenie w terminie materiałów, występują braki kadrowe itp. Instytucja Zarządzająca ponownie podkreśla, że wpływ wskazanych okoliczności powinno być należycie udokumentowane i nie może opierać się na ogólnodostępnej wiedzy zaczerpniętej z TV czy Internetu.

Kolejną przesłanką nieprawidłowości jest „naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. Mając na uwadze opisane powyżej naruszenie 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 wdrożeniowej 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 2018 r., poz. 971) ustaliła wartość wydatków niekwalifikowanych na poziomie 25 % tj. w kwocie 652 789,64 zł w tym dofinansowanie 359 034,30 zł i zaleciła pomniejszenie o 25 % wydatków kwalifikowanych projektu związanych ze stwierdzoną nieprawidłowością. W związku z tym, pomniejszenie o ww. 25% wydatków ujętych we wnioskach rozliczających zaliczkę tj. nr RPSW.....00-26-...../18-006 (kwota o którą pomniejszono wydatki 652 789,64 x 55% dofinansowania = 359 034,30 zł) i RPSW.....00-26-00.../18-008 (kwota o którą pomniejszono wydatki 47 210,36 x 55 % = 25 965,69 zł) doprowadziło do nierozliczenia w 100% zaliczki przekazanej Beneficjentowi w dniu 29.01.2020 r. Do pełnego rozliczenia zabrakło kwoty 123 596,07 zł.

W ramach stwierdzonego naruszenia treści § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie potencjalna szkoda w budżecie Unii Europejskiej mogła zaistnieć, ponieważ prawdopodobne jest, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wzięli udziału Wykonawcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia nie mogli podjąć się zamówienia w terminie 307 dni tj. od dnia zawarcia umowy z pierwotnym terminem zakończenia robót do dnia 30.10.2020 r. a mogliby w terminie 535

dni tj. od dnia zawarcia umowy do zmienionego terminu zakończenia robót czyli do dnia 15.06.2021 r. Zdaniem Instytucji Zarządzającej, termin jest funkcją ceny, im dłuższy termin, tym większe prawdopodobieństwo otrzymania oferty z ceną niższą. Co więcej, im dłuższy dopuszczalny termin realizacji zamówienia, tym większej ilości wykonawców którzy zechcą złożyć oferty można się spodziewać. Określenie przez Zamawiającego takiego terminu realizacji umowy wpłynęło na podjęcie przez nich decyzji o rezygnacji z udziału w postępowaniu. W związku z powyższym należy uznać, że wydłużenie terminu obowiązywania umowy na etapie postępowania wpłynęłoby na krąg podmiotów zainteresowanych jego uzyskaniem. Wykonawcy bowiem, analizując swoje szanse na terminową realizację zamówienia, biorą pod uwagę podane przez zamawiającego daty oraz możliwy termin zawarcia umowy. Składają ofertę, jeśli minimalny czas na wykonanie danej czynności mieści się w okresie między przewidywaną datą zawarcia umowy a datami podanymi przez zamawiającego. Ustalenie krótkiego okresu realizacji zamówienia publicznego mogło zatem spowodować, że tylko bardzo nieliczna grupa wykonawców, mogła złożyć ofertę, co w sposób zasadniczy mogło doprowadzić do złożenia wygórowanej cenowo oferty i tym samym doprowadzić do naruszenia zasady racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych (por. wyrok z dnia 27 kwietnia 2016 r., KIO 582/16).

Różnica jaka mogła zaistnieć pomiędzy kwotą z oferty wybranej a kwotą z oferty która mogłaby być złożona, gdyby ostateczne warunki udzielenia zamówienia były znane już na początku w zapytaniu ofertowym, mogła mieć przecież inne efektywniejsze przeznaczenie.

Zdaniem Instytucji Zarządzającej nie ulega więc wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie doszło do potencjalnej szkody finansowej poprzez obciążenie budżetu Unii Europejskiej nieuzasadnionym wydatkiem tj. wydatkiem pokrytym ze środków EFRR wypłaconym w formie zaliczki wydatkowanej przez Beneficjenta.

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, jak powyżej omówiono, zastosowanie znajduje więc definicja „nieprawidłowości” zawarta w przywołanym art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013, bowiem Beneficjent zarówno poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia, jak również poprzez nienależyte udokumentowanie wpływu pandemii COVID-19 na przedsięwzięcie naruszył zasady obowiązującego prawa, a tym samym dopuścił się naruszenia procedur obowiązujących w ramach RPOWŚ 2014-2020. Naraził budżet Unii Europejskiej na sfinansowanie wydatku, który mógł mieć inne efektywniejsze przeznaczenie.

Instytucja Zarządzająca na podstawie art. 9 ust.2 pkt 7-8 ustawy wdrożeniowej zobowiązana jest do kontrolowania wykonywania wszelkich obowiązków ciążących na beneficjencie na skutek postanowień umowy i przepisów prawa oraz w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości jest obowiązana do wymierzenia stosownej korekty finansowej.

Zgodnie z postanowieniami § 5 ust.1 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 2018 r., poz. 971): „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 treści § 5 ust.2 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 2018 r., poz. 971) wskazano, że: „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych są określone w załączniku do rozporządzenia.”

W związku z powyższym oraz mając na uwadze, że w analizowanej sprawie stwierdzona nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zespół kontrolujący w ramach Instytucji Zarządzającej do wymierzenia kwoty pomniejszenia wydatków zastosował ww. ustalony przepisami prawa krajowego wzór oraz stawkę procentową w wymiarze 25%.

Mając na uwadze ogólną regulację obowiązującą w ramach projektów dofinansowanych ze środków budżetu Unii Europejskiej należy wskazać, iż poprzez zawarcie umowy o dofinansowanie projektu beneficjenci mają obowiązek zrealizować i rozliczyć swój projekt według zasad określonych w umowie o dofinansowanie.

Przedmiotowe naruszenie zapisów umowy o dofinansowanie dało więc Instytucji Zarządzającej podstawę do określenia kwoty niekwalifikowalnego dofinansowania do zwrotu, która odpowiada w analizowanej sprawie środkom nierozliczonej końcowo płatności zaliczkowej w wysokości: 123 596,07 zł, wypłacanej w dniu 29.01.2020 r., a której nierozliczenie we wniosku o płatność końcową jest skutkiem zastosowania ww. pomniejszenia wydatków zgodnie z wynikami kontroli realizacji projektu. Ponadto, kwota środków EFRR w wysokości 123 596,07 zł podlega zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, które nierozzerwalnie wiążą się z wykrytą nieprawidłowością i są konsekwencją nieprawidłowego wykorzystania środków europejskich (vide: art. 207 ust.1 u.f.p.). Jednocześnie, przy określaniu daty początkowej terminu naliczania ww. odsetek w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, Instytucja Zarządzająca wzięła pod uwagę treść przepisu krajowego tj. art. 207 ust.1 u.f.p., gdzie wskazano, że odsetki te powinny być naliczane od dnia przekazania środków dofinansowania tj. od dnia 29.01.2020 r.

W związku z powyższym, Instytucja Zarządzająca pragnie podkreślić, że termin początkowy naliczania odsetek w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych został określony w oparciu o obowiązujące przepisy prawa (vide: art. 207 ust.1 u.f.p.) oraz przy uwzględnieniu wysokości kwoty nieprawidłowości w stosunku do otrzymanych płatności środków dofinansowania.

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. 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 sierpnia 2011 r. sygn. akt II SA/Bd

672/11, wyrok NSA z 18 maja 2011 r. sygn. akt II GSK 817/11, wyrok NSA z 16 listopada 2010 r. sygn. akt II GSK 1234/10).

Materialnoprawne przesłanki zwrotu przez Stronę środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich określa art. 207 ust. 1 pkt 2 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 pkt 1 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 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 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 ufp. W ocenie Instytucji Zarządzającej w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi przesłanka o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Obowiązek zwrotu środków przez Beneficjenta jest następstwem ich wykorzystania z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p. 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 o finansach publicznych (odpowiednio: art. 184 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 systemu 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 o finansach publicznych (odpowiednio: art. 184 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 u.f.p) 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 Beneficjenta określała umowa o dofinansowanie zawarta w dniu 16.05.2019 r. a z drugiej strony, stosunek prawny jest kształtowany postanowieniami dokumentów opracowanych przez Ministerstwa w tym: „Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków” i Ustawą o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

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 Beneficjenta postanowień umownych zawartych w umowie o dofinansowanie jest naruszeniem obowiązujących procedur i skutkuje uznaniem wydatku za niekwalifikowalny i podlegający zwrotowi.

Beneficjent w trakcie realizacji projektu dokonał naruszenia zapisów: § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie, a co za tym idzie część środków dofinansowania wypłaconych w ramach umowy o dofinansowanie została wykorzystana z naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w związku z czym podlega zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Mając powyższe na uwadze, Instytucja Zarządzająca stwierdza, że zachodzi podstawa do wydania decyzji solidarnie określającej kwotę do zwrotu środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w odniesieniu do i prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: w łącznej wysokości: 123 596,07 zł (słownie: sto dwadzieścia trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych, 07/100), z tytułu zwrotu dofinansowania jak w pkt 1 osnowy decyzji wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Termin początkowy naliczania odsetek w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych ustalono od dnia przekazania środków dofinansowania wykorzystanego z naruszeniem procedur, jak w pkt 2 sentencji 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.

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

POUCZENIE

Decyzja jest nieostateczna w administracyjnym toku instancji. Zgodnie z art. 207 ust. 12a pkt 1 upf Beneficjent 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 Kpa w trakcie biegu tego terminu Beneficjent może zrzec się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wobec Zarządu Województwa Świętokrzyskiego. Jednocześnie, zgodnie z art. 127a § 2 Kpa, z dniem doręczenia Zarządowi Województwa Świętokrzyskiego oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Jeżeli Beneficjent 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 100.000 zł wynosi 1 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2.000 zł i nie więcej niż 100.000 zł. Beneficjent ma możliwość ubiegania się przed sądem o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Jeżeli Beneficjent nie zwróci środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia upływu terminu, o którym mowa w pkt 3 sentencji niniejszej decyzji, zostaje wykluczony z możliwości otrzymania 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.

Wicemarszałek
Województwa Świętokrzyskiego
Marek Bogusławski
(dokument podpisano elektronicznie)

Decyzję otrzymują:

1)



- 2)
- 3) a/a – (2 egzemplarze).