Brysiewicz & Wspólnicy
RADCOWIE PRAWNI



Business Case Review 2017-2018

ŚRODKI UNIJNE I POMOC PUBLICZNA



Brysiewicz & Wspólnicy
RADCOWIE PRAWNI

SPIS TREŚCI

3 **Wprowadzenie**
5 **O autorach**
10 **Business case**

11 **1.** Walka do końca popłaca
14 **2.** Wygrana w przedbiegach ze Skarbem Państwa
17 **3.** W oczekiwaniu na żółtą kartkę
20 **4.** Przepis jest przepis – dwa słowa o proporcjonalności
23 **5.** O pojedynku Dawida z Goliatem
26 **6.** Definicja przedsiębiorstw partnerskich do poprawki – o konsekwencjach błędu w tłumaczeniu unijnego rozporządzenia
29 **7.** Ile może kosztować źle przygotowany wniosek o unijne środki?
31 **8.** Zamówienia ze znajomym wykonawcą – czy takie coś w ogóle istnieje
34 **9.** Uwaga na nieproszonych gości po zakończeniu projektu
37 **10.** Zastaw na przedmiocie dotacji
39 **11.** Entre Cour Et Jardin
42 **12.** Złudne obietnice
45 **13.** Giganci rynku z gigantyczną pomocą publiczną
47 **14.** Ten sam sąd – dwa różne rozstrzygnięcia? To możliwe
50 **15.** Promesa finansowania i jej znaczenie w konkursach unijnych – czyli jak sobie pościelesz, tak się wyśpisz
52 **16.** Zmiany w projekcie z unijną dotacją
54 **17.** Z rodziną dobrze na zdjęciach... i w projektach dotacyjnych
57 **18.** Zawarliśmy ugodę z instytucją publiczną, zanim to w ogóle stało się modne
59 **19.** Na zakupach unijnych podmiotów
61 **20.** Dotacja, windykacja, sanacja



Brysiewicz & Wspólnicy
RADCOWIE PRAWNI

WPROWADZENIE



Środki unijne w Polsce wydajemy już od kilkunastu lat, a pomimo tego, dość długiego okresu projekty realizowane z funduszy unijnych nadal stanowią jedno z większych wyzwań zarówno dla przedstawicieli biznesu, jak i dla urzędników je rozliczających. O tym, jakie rzeczy czasami mogą sprawiać trudności zarówno przedsiębiorcom, jak i urzędnikom przy tego typu projektach, nadal można się dowiedzieć w zasadzie głównie z praktyki. Opracowań i tym bardziej literatury prawniczej na te tematy jest jak na lekarstwo, a wytyczne instytucji z reguły kończą się tam, gdzie zaczynają się problemy.

Projekty finansowane ze środków unijnych czy szerzej ze środków publicznych w formie pomocy publicznej stanowią jeden z istotnych elementów naszej praktyki jako prawników. Mieliśmy okazję uczestniczyć w bardzo wielu tego typu projektach jako doradcy i postanowiliśmy podzielić się z Państwem naszymi doświadczeniami na łamach tego opracowania.

Opisaliśmy w nim szereg business case'ów, które napisało życie, i staraliśmy się przekazać je bez normalnej w tego typu sytuacjach mowy prawniczej. Mamy nadzieję, że ta forma przekazu będzie dla Państwa atrakcyjna w lekturze.

Przygotowane przez nas opracowanie jest adresowane zarówno do praktyków, jak również do przedstawicieli biznesu, którzy poszukując rozwiązań swoich problemów, w omawianych przez nas przypadkach mogą odnaleźć pewne analogie. Piszemy tutaj i o powiązaniach pomiędzy przedsiębiorstwami i o zamówieniach, o bankructwie podmiotów, o zmianach w projektach i o dotyczących tych projektów transakcjach, przy czym staramy się odpowiedzieć na pytania, na które próżno szukać odpowiedzi w komentarzach, tj. jak w praktyce kończą się dane sprawy, ile trwają, jakie jest podejście urzędników itp.

Na koniec wypada zastrzec, jak to zwykle się czyni w tego typu opracowaniach, że „treść niniejszego opracowania nie stanowi opinii prawnej ani jakiejkolwiek porady prawnej i nie może być podstawą do podjęcia jakiejkolwiek decyzji biznesowej". Formułka ta ma niebagatelne znaczenie szczególnie przy studiowaniu spraw innych przedsiębiorców – właśnie ze względu na sposoby rozstrzygnięcia omawianych tutaj spraw. Law in action bowiem jest ciekawe z jednego zasadniczego powodu – rzadko kiedy nawet z pozoru identyczne sprawy kończą się dokładnie tak samo. Prawo w teorii może i jest przewidywalne, w praktyce jednak prawo to ludzie je stosujący, a wyniki działań różnych stron mogą czasem przynieść efekty zupełnie inne od zakładanych.

Życzymy Państwu przyjemnej lektury!

Krzysztof Brysiewicz
Radca prawny

Brysiewicz & Wspólnicy
RADCOWIE PRAWNI



O AUTORACH



Krzysztof Brysiewicz

**Radca prawny,
partner zarządzający**

Specjalizuje się w prowadzeniu spraw dotyczących pomocy publicznej i środków unijnych. Lubi wyzwania, dlatego chętnie reprezentuje klientów w trudnych i skomplikowanych sprawach. Dzieli się swoją wiedzą podczas konferencji branżowych i naukowych, a także na łamach bloga.

Radca prawny z wieloletnim doświadczeniem, które pozwala mu na swobodne prowadzenie działań w różnych obszarach prawa, takich jak doradztwo transakcyjne, kwestie korporacyjne, w tym również spory czy doradztwo dla sektora publicznego (partnerstwo publiczno-prywatne, zamówienia publiczne). Specjalizuje się w zagadnieniach związanych z pomocą publiczną i środkami unijnymi. Kilkaset prowadzonych przez niego postępowań zakończyło się sukcesami, statystyki wskazują, że wygrywa 9 na 10 spraw. Jest partnerem zarządzającym w Kancelarii Brysiewicz i Wspólnicy.

Absolwent Wydziału Prawa i Wydziału Stosunków Międzynarodowych na Uniwersytecie Warszawskim. Doświadczenie zawodowe zdobywał, pracując w renomowanych kancelariach prawnych, a także w administracji publicznej, m.in. w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa

Autor wielu publikacji na temat pomocy publicznej i środków unijnych oraz autor bloga „Fundusze unijne okiem prawnika” – www.kbrysiewicz.pl. Specjalista zapraszany w charakterze prelegenta na konferencje naukowe oraz branżowe.



Jan Sakławski

Radca prawny, partner

W kancelarii odpowiada za projekty infrastrukturalne. Najczęściej reprezentuje klientów związanych z energetyką, branżą budowlaną oraz operatorów zakładów przemysłowych.

Radca prawny, partner i jeden z założycieli kancelarii. Jest doświadczonym doradcą dla klientów z branży energetycznej oraz przemysłowej. Wspiera przedsiębiorców w sprawach dotyczących projektów infrastrukturalnych zarówno w aspektach inwestycyjnych, jak i operacyjnych. Konsultuje procesy zwiększania efektywności energetycznej zakładów, w tym uzyskiwania świadectw efektywności energetycznej.

Uczestniczył w badaniach due diligence, sporządzał opinie prawne i doradzał klientom w złożonych procesach inwestycyjnych, w tym w skomplikowanych kwestiach związanych z ochroną środowiska. Posiada bogate doświadczenie procesowe, które zdobył, reprezentując klientów w wielomilionowych sporach korporacyjnych, infrastrukturalnych, związanych z energetyką oraz dotyczących funduszy unijnych, a także w postępowaniach przed organem regulacyjnym (URE, UTK).

Ukończył Wydział Prawa na Uniwersytecie Warszawskim. Złożył egzamin radcowski z wyróżnieniem. Pracował w największych i najbardziej prestiżowych kancelariach prawniczych w Polsce.

Często uczestniczy w konferencjach branżowych jako prelegent. Autor publikacji i komentarzy z zakresu energetyki, otoczenia prawnego zakładów przemysłowych oraz procesu inwestycyjnego. Twórca bloga www.prawonaplacubudowy.pl.



Dr Magdalena Porzeżyńska

Radca prawny

W kancelarii kieruje praktyką prawa energetycznego i prawa ochrony środowiska oraz doradza w sprawach związanych z funduszami europejskimi. W centrum jej zainteresowań znajdują się polskie oraz unijne regulacje dotyczące branży energetycznej, ochrony środowiska oraz pomocy publicznej.

Świadczy kompleksową obsługę prawną dla polskich i zagranicznych przedsiębiorstw z sektora energetycznego, chemicznego, produkcyjnego i nieruchomościowego w zakresie kwestii regulacyjnych, inwestycyjnych, środowiskowych, kontraktowych i pomocy publicznej.

Uczestniczyła w szeregu transakcji dotyczących nabycia lub sprzedaży projektów z sektora energetycznego (zwłaszcza odnawialnych źródeł energii), w tym w badaniach due diligence projektów oraz spółek energetycznych na potrzeby uzyskania finansowania lub w związku z transakcjami M&A. Doradza również przedsiębiorcom z branży energetycznej w postępowaniach przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki. Jej doświadczenie obejmuje także obsługę prawną projektów realizowanych przy wykorzystaniu środków publicznych, w tym doradztwo w zakresie udzielania oraz wykorzystania środków unijnych i reprezentowanie klientów w sporach z podmiotami udzielającymi pomocy czy doradztwo w przedmiocie zachowania trwałości projektów.

Doktor nauk prawnych i absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie. Doświadczenie zawodowe zdobywała w największych renomowanych kancelariach prawnych. Obecnie pracuje na stanowisku adiunkta w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Autorka szeregu publikacji z zakresu polskiego i europejskiego prawa środowiska, pomocy publicznej i energetyki oraz prelegentka podczas branżowych konferencji z tego obszaru. Zaangażowana w działania edukacyjne, mentorka w ramach programu Akademia Liderek Biznesu organizowanego przez Fundację im. Lesława Pagi.



Magdalena Michalik

Prawnik

W jej obszarze zainteresowań leży prawo unijne, w szczególności wzajemne uznawanie i wykonywanie orzeczeń transgranicznych między państwami członkowskimi, oraz pomoc publiczna.

W kancelarii zajmuje się przede wszystkim projektami z obszaru pomocy publicznej oraz energetyki. Posiada doświadczenie w zakresie sporządzania pism procesowych, opinii oraz analiz prawnych, szczególnie w obszarach prawa cywilnego oraz prawa bankowego.

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Ukończyła Szkołę Prawa Brytyjskiego działającą przy Uniwersytecie Warszawskim.

Swoje dotychczasowe doświadczenie zawodowe zdobywała w międzynarodowych renomowanych kancelariach.

Brysiewicz & Wspólnicy
RADCOWIE PRAWNI



BUSINESS CASE



1.

Walka do końca popłaca

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Marcowy poranek 2018 r. w Łodzi był chłodny, pogoda nie rozpieszczała, podróż do Sądu Apelacyjnego w Łodzi okazała się jednak jedną z najlepszych moich wypraw w tym roku, a już na pewno najlepszą dla mojego Klienta, który po ośmiu latach walki w końcu zamknął długoletni spór z pewną instytucją powołaną do przekazywania środków unijnych. Koniec walki o dotację, bo to o nią chodziło, był jednak nad wyraz satysfakcjonujący, bo oto po ośmiu latach sporu udało nam się wywalczyć należną Klientowi dotację i drugie tyle odsetek. Prawie dwumilionowe roszczenie, stanowiące jedną z największych kwot zasądzonych na rzecz beneficjenta od instytucji w ostatnich latach, zostało wyrwane po zaciekłej walce, w której trzeba było przejść przez sądy wszystkich instancji, a nawet przez Sąd Najwyższy, aby ostatecznie osiągnąć cel.

Sam spór był niezwykle ciekawy. Dość powiedzieć, że w jego toku instytucja podnosiła po kolei wszystkie możliwe zarzuty i wątki związane z realizacją unijnych projektów – zaczynając od braku innowacyjności zakupionych maszyn, przez nieprawidłowości w zamówieniach, po nieosiągnięcie wskaźników czy powiązania przedsiębiorstw. Jak się okazało, wszystkie te argumenty nie znalazły uznania w oczach sądów. Nie byłoby jednak tego wszystkiego, gdyby nie zdeterminowany Klient gotowy walczyć o swoje do samego końca.

Tak, tak, szanowni czytelnicy, słusznie się domyślacie – kiedy zbliżała się już końcowa faza sporu przed I instancją, Klient postanowił skontaktować się właśnie ze mną i to – co ciekawe – po lekturze bloga, którego prowadzę już od kilku lat, a ja oczywiście podniosłem rękawicę. Taki spór to ciekawe i pouczające zjawisko pod względem prawnym – uczeni mężowie mogą na czynniki pierwsze roztrząsać poszczególne wątki, zajmując przeciwne stanowiska.

Jednak to co jest najważniejsze nie tylko w tym, ale też w innych sporach, to właśnie wiara i przekonanie o słuszności swoich racji. W tym przypadku moim Klientem był przedsiębiorca, dla którego sama dotacja i projekt z nią związany był najważniejszym przedsięwzięciem w jego karierze. Tym bardziej wszystkie laury tego zwycięstwa należą się słusznie temu, który przetrwał długie lata trudu i znoju, a nawet zwątpienia, kiedy Sąd Okręgowy w I instancji oddalił jego roszczenie. Ile trzeba wiary i wyrzeczeń, aby w takiej sytuacji chcieć kontynuować walkę, wie zapewne tylko on.

Skoro oddaliśmy cesarzowi co cesarskie, przejdźmy do studium przypadku, a jest ono niezwykle ciekawe. Tak jak wspominałem, w jednym sporze o dotację skupiło się jak w soczewce całe stado wątpliwych prawnie decyzji organów, zbędnego zacietrzewienia i uporu, a na koniec braku dbałości o interes publiczny, nawet gdy widmo porażki w zasadzie nie tyle zaglądało przez okno, ile siadało do stołu. Sam spór dotyczył kwoty dotacji, która nie została wypłacona Klientowi zgodnie z umową o dofinansowanie, przy czym w tym konkretnym przypadku dotacja miała być wypłacona jednorazowo w formie płatności końcowej po zakończeniu projektu. Projekt polegający, jak wiele wówczas realizowanych projektów, na wzroście innowacyjności przedsiębiorstwa m.in. przez zakup innowacyjnych maszyn został ukończony przez beneficjenta, gdy jednak przyszło do wypłaty dotacji, okazało się, że urząd tej dotacji wypłacić nie zamierza. I tutaj zaczyna się ciekawa historia, którą wielu beneficjentów może potraktować jako bliźniaczą. Urząd, odmawiając wypłaty dotacji, zarzucił w pierwszej kolejności, że zakupione maszyny nie były innowacyjne, ponieważ jedna z nich nie była maszyną nową. Drugi z zarzutów dotyczył nieprawidłowości przy ich zakupie.

Beneficjent nie zgadzał się z tymi zarzutami, nie mógł jednak w żaden sposób zmusić urzędu do wypłaty dofinansowania, stąd też, po nic niewnoszącej dyskusji, zdecydował się pozwać urząd o wypłatę należnego dofinansowania. W toku procesu przed sądem okręgowym, po przeprowadzeniu szeregu dowodów, w tym trzech (!) opinii biegłych, gdy okazało się, że pierwotne zarzuty urzędu mogą nie znaleźć uznania, ten zaczął poszukiwać innych zarzutów uzasadniających odmowę wypłaty dotacji, twierdząc np., że przedsiębiorca dodatkowo nie zrealizował wskaźników rezultatu (przy czym zarzut ten był o tyle ciekawy, że wskaźniki te przedsiębiorca miał osiągnąć już po wypłacie dotacji, w tzw. okresie trwałości, a siłą rzeczy brak wypłaty dotacji mu to uniemożliwił), był najprawdopodobniej przedsiębiorcą powiązanym, a w ogóle to nigdy nie powinien był otrzymać żadnego dofinansowania, bo nie spełniał kryteriów wyboru projektów. W toku procesu dochodziło do takich absurdów, że np. po pięciu latach procesu urząd przedstawił nowe karty oceny projektu, w których nowi eksperci przyznali projektowi beneficjenta mniejszą liczbę punktów. Problem polegał jednak na tym, że ocena tych „nowych" ekspertów została niemal żywcem skopiowana z oceny poprzednich – łącznie z błędami ortograficznymi. Innym ciekawym zjawiskiem było powołanie tuż przed zakończeniem procesu opinii prywatnej (pochodzącej z jednej z uczelni dosyć obficie korzystającej z dofinansowań z urzędu), która miała podważać tezy wynikające z trzech innych przeprowadzonych wcześniej w procesie opinii biegłych sądowych. Po pięcioletnim procesie sąd I instancji oddalił roszczenie beneficjenta (koncentrując się wokół jednego z zarzutów, które urząd przedstawił na ostatnim etapie procesu, tj. niespełnianiu kryteriów wyboru projektów), ten jednak się nie poddał i przy pomocy niżej podpisanego w apelacji odwrócił niekorzystne rozstrzygnięcie. Sąd Apelacyjny w Łodzi najpierw raz, a potem drugi raz potwierdził, że przedsiębiorca miał rację, a wszystkie zarzuty urzędu były nieuzasadnione.

Sąd Apelacyjny potwierdził też, że pogląd Sądu Najwyższego, o którym pisałem już kilkukrotnie, iż oceniając realizację umów o dofinansowanie, nie sposób tracić z pola widzenia celu unijnych projektów (wspólnego zarówno dla strony publicznej, jak i prywatnej), a także pomijać prawidłowo zrealizowanej części projektu, ma pełne zastosowanie do tego typu spraw.

Urzędnicy w końcu wywiesili białą flagę i zapłacili (po małych przygodach) całą kwotę. Jak pokazuje ta sprawa, warto nie poddawać się do samego końca. Bardziej zdeterminowani beneficjenci mogą dochodzić należnych środków przez lata, a na koniec tego procesu podmiot z sektora publicznego może zostać zobowiązany nie tylko do zwrotu środków, ale również zwrotu odsetek czy nawet utraconych korzyści. Te dodatkowe obciążenia finansowe wygenerowane dla sektora publicznego mogą następnie wrócić rykoszetem do decydenta, który daną decyzję czy oświadczenie podpisał, w postaci wszczęcia postępowania dotyczącego naruszenia dyscypliny finansów publicznych czy nawet podejrzenia popełnienia przestępstwa. Przeświadczenie zatem o bezpieczeństwie sygnatariuszy lakonicznych oświadczeń i decyzji, których jedynym uzasadnieniem jest potrzeba ochrony środków publicznych, może okazać się złudne.

“

Co istotne w całej tej sytuacji, to fakt, że Sąd Apelacyjny słusznie wskazał, że urząd, udzielając dofinansowania, bierze współodpowiedzialność za realizowany projekt i nie może w sposób dowolny następnie podważać własnych ocen czy informacji. Dlatego np. sąd uznał, że pozytywna ocena projektu była wiążąca również dla samego urzędu i ten ostatni nie może jej podważać na etapie realizacji umowy. Sąd podkreślił też, że urząd powinien brać pełną odpowiedzialność za swoje działania i zaniechania, jak np. nieprzekazanie istotnych informacji o sposobie realizowania projektu, w tym dokonywaniu zakupów, przyczynienie się do nieosiągnięcia wskaźników projektu czy wzajemnie sprzeczne i niekonsekwentne informacje co do sposobu wypłaty środków.



2.

Wygrana w przedbiegach ze Skarbem Państwa

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

W okresie maj–sierpień 2018 Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości i Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju rozwiązały kilkadziesiąt umów z beneficjentami na projekty badawczo-rozwojowe i inwestycyjne. Decyzje o rozwiązaniu co najmniej kilkudziesięciu umów o łącznej wartości sięgającej kilkuset milionów złotych podjęte zostały bez żadnego postępowania wyjaśniającego, wyłącznie w oparciu o niesprawdzone i niezweryfikowane informacje z instytucji finansowych, jakoby beneficjenci mieli przedłożyć na etapie konkursów wniosków fałszywe dokumenty promes udzielenia finansowania.

Projekty realizowane przez beneficjentów to przedsięwzięcia inwestycyjne o wartości dziesiątek milionów złotych. Część z nich została już prawie ukończona, a część znajduje się w zaawansowanym stadium realizacji. Aby ukończyć te projekty, beneficjenci pozaciągali wiele zobowiązań kontraktowych, w tym obejmujących złożone prace budowlane czy dostawy wysoko specjalistycznego sprzętu. Wszystkie projekty miały prowadzić do istotnego zwiększenia innowacyjności ww. przedsiębiorstw i co za tym idzie, również polskiej gospodarki.

Rozwiązanie umów z beneficjentami i wezwanie ich do zwrotu środków

Zarówno PARP, jak i MIR decyzję o rozwiązaniu umów podjęły, nie czekając na jakiekolwiek wyjaśnienia od beneficjentów. Jedyną podstawą instytucji ustalenia „podejrzenia" sfałszowania dokumentów były identyczne w zasadzie oświadczenia instytucji finansowej, że promesy zostały udzielone z naruszeniem wewnętrznych procedur i przez osobę. Tylko i wyłącznie na podstawie tego oświadczenia zarówno PARP, jak i MIR powzięły podejrzenie o fałszerstwie dokumentów promes, które miało być dokonane w celu uzyskania dofinansowania.

Jednocześnie, zarówno PARP, jak i MIR przed złożeniem oświadczeń o rozwiązaniu umów i wezwań do zwrotu środków nie uznały za wskazane szerzej wyjaśnić powyższych okoliczności, nie tylko nie pytając o zdanie samych beneficjentów, ale nie wyjaśniając bliżej z instytucją finansującą, co to znaczy, że promesy zostały udzielone z naruszeniem wewnętrznych procedur i przez osobę nieumocowaną i jak ma się ten fakt do ewentualnego fałszerstwa ww. dokumentów.

Co istotne, promesy te miały dokumentować zdolność beneficjentów do finansowania projektów, przy czym na etapie podpisania umów beneficjenci przedstawiali inne źródła finansowania swoich projektów w postaci umów pożyczek.

Jednocześnie beneficjenci ponieśli już istotne wydatki z własnych źródeł, a także złożyli wnioski o płatności pośrednie, które we wszystkich przypadkach nie zostały zatwierdzone i wypłacone przez PARP i MIR, które w tym zakresie dopuściły się wielomiesięcznych opóźnień. Co ciekawe, zdecydowana większość tych projektów została już co najmniej raz skontrolowana w ostatnich miesiącach, a kontrole te potwierdziły, że projekty realizowane są prawidłowo. W żadnym przypadku nie stwierdzono jakichkolwiek nieprawidłowości.

W tej sytuacji beneficjenci, których wiele projektów w momencie rozwiązania umów znajdowało się w bardzo zaawansowanym stadium realizacji, a czasami wręcz już na ukończeniu, zdecydowali się podjąć walkę o odzyskanie możliwości ich realizacji, nie zgadzając się z pochopnymi ich zdaniem decyzjami.



Rozstrzygnięcia te niewątpliwie miały charakter przełomowy, oto bowiem po raz pierwszy beneficjenci środków unijnych uzyskali – w ciągu kilku tygodni – sądową ochronę umożliwiającą kontynuowanie zawartych ze stroną publiczną umów o dofinansowanie. Co istotne, sądy przyjęły, że co do zasady możliwa jest tymczasowa ochrona roszczenia o ustalenie, że rozwiązanie umowy jest bezskuteczne, poprzez nakazanie stronie publicznej realizacji tej umowy. Tego typu rozwiązanie jest przy tym niewątpliwie korzystne dla obydwu stron – instytucja ma bowiem sądowe potwierdzenie, że jej podejrzenia co do nieprawidłowości się nie potwierdziły, a beneficjent może dalej w sposób niezakłócony realizować umowę. Nie trzeba dodawać, że w tej sytuacji obie strony mogą uniknąć długotrwałego konfliktu, którego jedynym pewnym rezultatem jest zaprzestanie realizacji projektu.

Czy można zabezpieczyć roszczenie przeciwko Skarbowi Państwa?

Część beneficjentów, nie zgadzając się z tak radykalnym postępowaniem instytucji, wystąpiła do sądów z wnioskami o zabezpieczenie ich roszczeń. I rzeczywiście w kilkunastu przypadkach sądy udzieliły zabezpieczenia, uznając, że rozwiązanie umów było bezpodstawne, i nakazując instytucjom realizację umów na dotychczasowych warunkach. Sądy zakazały również instytucjom korzystania z zabezpieczeń takich jak np. weksel czy gwarancja, a także składania kolejnych oświadczeń o rozwiązaniu umów.

Co istotne, dalsze brnięcie w spór sądowy przez instytucję w sytuacji, w której sąd uznał roszczenie beneficjenta za uprawdopodobnione, może być odebrane jako działanie sprzeczne z przyjętymi niedawno przepisami dotyczącymi zawierania ugód przez jednostki sektora publicznego.



3.

W oczekiwaniu na żółtą kartkę

JAN SAKŁAWSKI
Radca prawny

Przedsiębiorcy ubiegający się o środki unijne w przypadku niepowodzenia, tj. negatywnej oceny ich wniosków, mogą skorzystać z drogi sądowej w celu dochodzenia swoich racji. Postępowanie takie, przynajmniej w teorii, powinno szybko przynieść określone rezultaty – sądy bowiem z reguły rozpoznają tego typu sprawy w terminie 30 dni od wniesienia skargi. Kluczowy jednak jest tu zwrot „z reguły", jak się bowiem okazuje, instytucje, które negatywnie oceniły projekt przedsiębiorcy, mogą przyczynić się do tego, że rozstrzygnięcie sądu nastąpi później niż w ustawowych 30 dniach, czasami dużo później... Przykładem tego jest jedna z prowadzonych przez nas spraw.

Nasz Klient ubiegał się o dofinansowanie projektu edukacyjnego złożonego w ramach RPO jednego z województw. Projekt otrzymał ocenę negatywną, podtrzymaną następnie w rozstrzygnięciu protestu. Istotą „wadliwości" dostrzeżonej przez organ było podanie przez wnioskodawcę nieprawidłowych danych w pozycji określonej w formularzu wniosku jako „obrót" wnioskodawcy. Wnioskodawca wpisał w tym miejscu wysokość uzyskanych w ubiegłym roku przychodów z prowadzonej działalności gospodarczej, co zdaniem organu nie było odpowiedzią prawidłową. Nie wgłębiając się w szczegóły, należy podkreślić, że wadliwość oceny miała charakter oczywisty – widoczny na pierwszy rzut oka. Dokumentacja konkursowa nie zawierała definicji

pojęcia „obrotu", a przyjęte przez wnioskodawcę rozumienie tego pojęcia odpowiadało definicji zawartej w ustawie o rachunkowości, a także definicjom zawartym w dokumentacjach konkursowych z innych województw.

Tym, co czyni przedmiotową sprawę ciekawą i nietypową, nie jest jednak kwestia merytorycznych zarzutów kierowanych przez instytucję pod adresem projektu, które ostatecznie okazały się nieuzasadnione, ale okoliczności, które spowodowały, że sprawa została rozpoznana dużo później niż w ustawowym terminie.



Problem ten niejako „zainicjowała" przygotowana przez nas skarga, która została wniesiona w ostatnim dniu 14-dniowego terminu, obliczanym od dnia doręczenia wnioskodawcy rozstrzygnięcia jego protestu. W tym miejscu warto wskazać, że ustawa wdrożeniowa przewiduje szczególną procedurę rozpoznawania skarg na negatywne oceny, a jej najistotniejszym elementem jest bezwzględna konieczność rozpoznania skargi w terminie 30 dni od dnia jej złożenia.

Z początku wydawało się, że wszystko zostanie załatwione zgodnie z przepisami, jednakże po dwóch tygodniach otrzymaliśmy z sądu komunikat, że sprawa nie może być załatwiona w ustawowym terminie. Jak się okazało, instytucja dysponuje jednym dokumentem, który umożliwiał sądowi stwierdzenie, czy skarga faktycznie została wniesiona w terminie, tj. zwrotnym potwierdzeniem doręczenia rozstrzygnięcia protestu na adres wnioskodawcy (tzw. żółta zwrotka, vide tytuł artykułu). Bez tego dokumentu sąd nie był bowiem w stanie stwierdzić, czy skarga została wniesiona w terminie, a co za tym idzie, czy należy ją w ogóle rozpatrywać merytorycznie.

W opisywanej sprawie trudno orzec, czy działanie instytucji miało charakter zamierzony, czy też w pełni przypadkowy, jednakże nie zmienia to faktu, że instytucja przez miesiąc nie przesyłała do sądu dokumentacji zawierającej zwrotkę. Sąd został więc przez instytucję zablokowany i nie mógł przystąpić do rozpoznawania skargi.

Dopiero po ponad miesiącu instytucja przysłała do sądu swoje stanowisko, wraz ze zwrotką, a w konsekwencji rozprawa odbyła się ponad 60 dni po wniesieniu skargi. Na marginesie jedynie warto zaznaczyć, że sąd w całości zgodził się ze stanowiskiem skarżącego, uchylając zaskarżoną informację.

Korzystne rozstrzygnięcie nie zmienia jednak tego, że sądowa procedura kontroli rozstrzygnięć ustanowiona w ustawie wdrożeniowej okazała się nie w pełni efektywna. Sąd wobec faktycznego blokowania przez instytucję możliwości stwierdzenia dochowania przez skarżącego terminu na wniesienie skargi nie mógł podjąć żadnych działań zmierzających do rozpoznania sprawy. Termin 30-dniowy ma zaś dla wnioskodawców znaczenie niebagatelne. Zastosowanie zwykłej procedury sądowo-administracyjnej, trwającej nierzadko ponad rok, nie gwarantowałoby bowiem wnioskodawcom należytej ochrony. W przypadku projektów, w których nacisk kładziony jest na ich innowacyjność, wnioski o dofinansowanie czy biznesplany już po kilku miesiącach mogą okazać się nieaktualne, a czasem wręcz cały projekt może okazać się bezprzedmiotowy.

Kolejnym istotnym zagrożeniem związanym z długotrwałością sądowej kontroli oceny projektu może okazać się groźba wyczerpania alokacji, tj. pieniędzy przeznaczonych dla przedsiębiorców w danym konkursie. Zwycięstwo przed sądem miałoby w takiej sytuacji charakter pyrrusowy, gdyż nie prowadziłoby do uzyskania dofinansowania wobec braku środków w budżecie instytucji.





4.

Przepis jest przepis – dwa słowa o proporcjonalności

DR MAGDALENA PORZEŻYŃSKA
Radca prawny

Niejasne postanowienia regulaminu konkursu są zmorą większości wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie. Tym bardziej że nawet pozornie drobny błąd przy sporządzaniu wniosku o dotację (polegający np. na nieprawidłowym zakwalifikowaniu danego wydatku do kategorii wydatków kwalifikowalnych) może skutkować negatywną oceną projektu i, w konsekwencji, nieuzyskaniem dofinansowania. Powstaje pytanie, czy postanowienia dokumentacji konkursowej skonstruowane w sposób, który nie dopuszcza usunięcia tego rodzaju drobnych błędów (poprzez np. brak rozwiązań, które umożliwiałyby korektę wydatków niekwalifikowalnych o wydatki kwalifikowalne do określonego progu), należy uznać za dopuszczalne.

Okazuje się, że Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie[7], a następnie Naczelny Sąd Administracyjny[8] miały okazję wypowiedzieć się na ten temat. W ramach spraw rozpatrywanych przez te sądy wnioskodawca złożył wniosek o dofinansowanie projektu w związku z programem operacyjnym Polska Cyfrowa. Instytucja organizująca konkurs poinformowała aplikującego o negatywnej ocenie projektu i niezatwierdzeniu go do realizacji. W uzasadnieniu oceny wskazano, że projekt nie został rekomendowany do dofinansowania, gdyż nie spełnił jednego z kryteriów merytorycznych, w ramach

[7] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12.10.2017 r., sygn. akt V SA/Wa 1585/17; wyrok WSA w Warszawie z dnia 12.10.2017 r., sygn. akt V SA/ Wa 1586/17.
[8] Wyrok NSA z dnia 24.01.2018 r., sygn. akt II GSK 4128/17; wyrok NSA z dnia 21.12.2017 r., sygn. akt II GSK 4129/17.

którego weryfikacji podlegało, czy wskazane przez wnioskodawcę rodzaje wydatków są kwalifikowane do wsparcia. Co warto podkreślić, o niekwalifikowalności całego projektu zadecydował w tym przypadku wydatek stanowiący niecały 1% wartości wszystkich wydatków kwalifikowalnych.

Ponieważ protest wnioskodawcy nie został uwzględniony, złożył on skargę do WSA w Warszawie, wskazując, że ocena projektu została przeprowadzona w sposób naruszający prawo. Beneficjent zwrócił uwagę, że ocena projektu powinna uwzględniać wagę uchybień w procesie wyboru sankcji. W tym kontekście powołał się w szczególności na nieproporcjonalne skonstruowanie postanowień regulaminu w zakresie braku określenia w nim możliwości korygowania wydatków kwalifikowalnych do określonego progu (w sytuacji, w której powszechnie przyjętą praktyką, również przez organizatora konkursu – i to zarówno w aktualnej, jak i w poprzedniej perspektywie finansowej UE – było dopuszczenie możliwości korygowania wydatków przez ekspertów do określonego progu przez ich wyłączenie z katalogu wydatków niekwalifikowalnych). Brak zastosowania takiej procedury w przypadku projektu wnioskodawcy spowodował, że o rzekomej niekwalifikowalności całego projektu zadecydował wydatek stanowiący niecały 1% wartości wszystkich wydatków kwalifikowalnych.

WSA w Warszawie nie podzielił jednak stanowiska aplikującego. WSA wskazał, że udział w danym konkursie jest dobrowolny, wobec czego dobrowolne jest również zaakceptowanie przez niego zasad i warunków, jakie danym konkursem rządzą. Z tego WSA wywiódł, że w rozpatrywanej sprawie wnioskodawca również zaakceptował warunki konkursowe, które jasno wskazywały, że w konkursie nie została wprowadzona procedura „korygowania drobnych wydatków". Zatem nawet błędne przyporządkowanie 1% wydatków całego projektu po stronie wydatków kwalifikowalnych może mieć znaczenie dla spełnienia lub niespełnienia kryterium kwalifikowalności (w tym przypadku zero-jedynkowego kryterium merytorycznego dotyczącego wydatków kwalifikowalnych). Również NSA uznał, że wprowadzenie oceny zero-jedynkowej dla jednego z kryteriów merytorycznych w zaistniałych okolicznościach nie narusza zasady proporcjonalności.

NSA stwierdził przy tym, że zasada proporcjonalności może odnosić się przede wszystkim do wymogów formalnych, przy czym nawet w kontekście wymogów merytorycznych jej naruszenie jest możliwe, o ile odpowiednie postanowienia nie przejdą testu proporcjonalności (1. środek musi nadawać się do założonego celu; 2. środek musi być niezbędny dla założonego celu; 3. środek nie może nakładać na wnioskodawcę ciężarów, które byłyby nadmierne do założonego celu).

NSA doszedł do wniosku, że skoro wnioskodawca nie wykazał, że procedura konkursowa jest nieproporcjonalna (chociaż w dokumentacji powołano liczne przykłady konkursów, które dopuszczały możliwość korygowania wydatków), to tym samym procedura ta pozytywnie przeszła test proporcjonalności.

I chociaż organ w procesie odwoławczym w żaden sposób nie był w stanie uzasadnić konieczności wprowadzenia tego rodzaju rygorystycznych postanowień do procedury konkursowej (uzasadnienie sprowadzało się do tego, że „może" wprowadzić takie postanowienia), to pomimo to NSA stwierdził, że zasada proporcjonalności została zachowana. Zdziwienie budzi argument, który NSA zastosował w kontekście proporcjonalności postanowień regulaminu – mianowicie NSA stwierdził, że wnioskodawca miał możliwość zapoznania się z procedurą konkursową i nie zgłaszał w jej zakresie żadnych wątpliwości.

Takie podejście do zasady proporcjonalności przez sądy tak naprawdę uniemożliwia skuteczne podnoszenie tego zarzutu – co może bowiem zrobić wnioskodawca poza pokazaniem, że w innych podobnych procedurach nie ma tego rodzaju postanowień? Dla odmiany wydawałoby się, że to instytucja powinna uzasadnić, dlaczego w danym konkursie wprowadza odstępstwo od ogólnie przyjętych reguł, w tym przypadku dopuszczających korektę wydatków.

I wreszcie nie sposób zrozumieć, dlaczego fakt opublikowania postanowień konkursu i możliwość zapoznania się z nimi przez wnioskodawcę czy brak uwag do tych postanowień miałyby automatycznie czynić przyjęte reguły konkursu „proporcjonalnymi”?

To, że sądy zdają się nie dostrzegać problemu arbitralności instytucji przy przygotowywaniu dokumentacji konkursowej i ocenie projektów jak w opisanej sytuacji, nie oznacza jednak, że niedoszły beneficjent pozostaje w sytuacji bez wyjścia. Wnioski o dofinansowanie są w praktyce najczęściej przygotowywane przy wsparciu doradców specjalizujących się w pozyskiwaniu dotacji. Jak podkreślają same sądy, wszelkie błędy i wady dokumentacji aplikacyjnej obciążają wnioskodawcę. Jeśli zatem okaże się, że negatywna ocena projektu jest wynikiem błędu doradcy (z reguły niedbalstwa), w grę wchodzi możliwość dochodzenia od niego odszkodowania związanego z nieuzyskaniem dofinansowania. Otwartą sprawą pozostaje natomiast skuteczne jej dochodzenie przed sądem.



5.

O pojedynku Dawida z Goliatem

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Realizowanie projektów finansowanych z dotacji unijnych dla wielu przedsiębiorców może okazać się bardzo ciekawą, ale też bardzo nerwową przygodą. Przykładem tego jest sytuacja beneficjenta Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013, który ukończył z powodzeniem dwa projekty inwestycyjne polegające na budowie elektrowni wiatrowych. Otóż już w tzw. okresie trwałości (tj. w okresie po zakończeniu projektu, kiedy to beneficjent jest zobowiązany do utrzymania jego rezultatów) projekty Klienta zostały poddane kontroli audytorów Europejskiego Trybunału Obrachunkowego, jednej z najważniejszych instytucji unijnych odpowiadających za kontrolę wydatkowania środków z unijnego budżetu.

Kontrola prowadzona w ramach corocznego audytu projektów realizowanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego stwierdziła nieprawidłowości w realizacji projektu, przy czym zarzuty ETO dotyczyły niespełnienia przez Klienta tzw. materialnego efektu zachęty [w tym przypadku beneficjent odwoływał się do przesłanki stanowiącej o tym, że brak pomocy spowodowałby, iż projekt nie zostałby zrealizowany w obszarze objętym pomocą] oraz sztucznego podziału projektu. Co istotne, konsekwencją ostatecznego stwierdzenia tych nieprawidłowości byłaby utrata nawet całej kwoty dotacji, której wysokość dla obydwu projektów przekraczała kwotę 100 mln PLN.

Audytorzy ETO stwierdzili m.in., że materialny efekt zachęty nie jest spełniony, ponieważ inwestycja i tak by się rozpoczęła, niezależnie od obietnicy przyznania pomocy. Umowa finansowania, która uzależniona była od otrzymania grantów, nie prowadziła zdaniem kontrolerów do spełnienia tego warunku, bowiem już po złożeniu wniosków o dofinansowanie beneficjent uzyskał zewnętrzne finansowanie z innego źródła, które nie było obwarowane warunkiem uzyskania grantu, co podważało wcześniejszą argumentację, prezentowaną na etapie wniosku.

Drugi z zarzutów audytorów ETO dotyczący sztucznego podziału projektu opierał się na twierdzeniu, że pomiędzy projektami występują wspólne więzi o charakterze strategicznym, a także geograficznym, które same w sobie przesądzają, że obydwa projekty powinny być traktowane jako jeden.

Klient, który z dnia na dzień stanął przed widmem utraty całości dotacji (już otrzymanej i skonsumowanej), za pośrednictwem Instytucji Pośredniczącej podjął polemikę z wstępnymi ustaleniami ETO. W ramach swojej argumentacji przekonywał m.in., że efekt zachęty oceniany na moment złożenia przez niego wniosku był spełniony, ponieważ w tej dacie finansowanie zapewniała mu wyłącznie pożyczka, która obwarowana była warunkiem przyznania pomocy przez instytucję. W związku z tym nieotrzymanie dofinansowania mogło przyczynić się do niezrealizowania projektu w założonym kształcie. Dodatkowo beneficjent zwrócił uwagę na fakt, że przepisy o pomocy publicznej uległy zmianie w ten sposób, że w nowej perspektywie finansowej nie było już konieczności wykazywania materialnego efektu zachęty.

Odnosząc się do zarzutu sztucznego podziału projektu, beneficjent zwrócił uwagę na specyfikę projektów realizowanych w branży wiatrowej, wychodząc od tego, że pomiędzy poszczególnymi projektami brak jest efektów synergii, które uzasadniałyby twierdzenie (tak jak ma to miejsce np. w przypadku projektów produkcyjnych), że poszczególne instalacje mają charakter komplementarny. Wręcz przeciwnie, beneficjent akcentował pełną samodzielność obydwu projektów, a bliskość geograficzna (ok. 12 km), która uzasadniona była korzystnym położeniem i dobrą wietrznością danego obszaru, nie dawała mu żadnych dodatkowych korzyści, jako że koszty operacyjne obydwu instalacji były pomijalne. Konsekwentnie beneficjent twierdził, że brak było również więzi o charakterze strategicznym, a okoliczność, iż model finansowy i finansowanie zostało zapewnione na obydwa projekty jednocześnie, nie mogła przesądzać o tym, że te projekty stanowią faktycznie jeden projekt, tym bardziej że zabezpieczenia finansowania obejmowały udziały w przedsiębiorstwie beneficjenta.

W kolejnych fazach postępowania ETO wycofało się z pierwszego z zarzutów, podtrzymało natomiast drugi z nich. Jednakże Komisja Europejska, do której należała ostateczna decyzja w sprawie korekty, uwzględniła w całości wyjaśnienia beneficjenta i odstąpiła od nakładania na niego sankcji finansowych.

Sprawa ta pokazuje, jak duże znaczenie ma staranne zaplanowanie całego procesu nie tylko pozyskania dofinansowania, ale również realizacji projektu. Beneficjenci powinni liczyć się z tym, że kontrole ich projektu mogą być przeprowadzone nie tylko przez bezpośrednią stronę umowy, ale również przez inne instytucje, w tym również unijne. Warto pamiętać jednak, że pomimo wysokiego poziomu urzędników unijnych, także polemika z tymi wyspecjalizowanymi jednostkami wbrew pozorom nie jest z góry skazana na porażkę, gdy umiejętnie wykorzysta się wiedzę na temat projektu, a także znajomość unijnych procedur.





6.

Definicja przedsiębiorstw partnerskich do poprawki – o konsekwencjach błędu w tłumaczeniu unijnego rozporządzenia

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Okazuje się, że także w unijnych przepisach można niekiedy znaleźć takie kwiatki jak legendarne już „lub czasopisma". O tym, skąd biorą się tego typu błędy, można by napisać książkę – zwolennicy teorii spiskowych w myśl zasady „qui bono" twierdzą zazwyczaj, że dany błąd nie jest przypadkowy, i szukają tych, którzy na błędach skorzystali, przeciwnicy zwalają natomiast wszystko zazwyczaj na niedopatrzenia i dużą ilość legislacji, która rokrocznie opuszcza brukselskie mury. Niezależnie od motywów błędy w legislacji niosą zazwyczaj poważne konsekwencje i to przede wszystkim dla adresatów przepisów.

Jednym z takich błędów, o którym miałem – wątpliwą przyjemność – powiadomić Komisję Europejską, jest błąd w tłumaczeniu unijnego Rozporządzenia 651/2014 (tzw. GBER-a) i to błąd odnoszący się do przepisów, z którymi przedsiębiorcy, ale też i urzędnicy mają już od lat bardzo duże problemy, tj. do przepisów Załącznika I do GBER zawierającego definicję małych i średnich przedsiębiorstw. Tak się składa, że „pomyłka", o której mówię, może mieć istotne konsekwencje dla wielu przedsiębiorców, którzy albo są w trakcie, albo już zrealizowali projekty z unijnym wsparciem.

Problem tkwi w tłumaczeniu definicji tzw. przedsiębiorstw partnerskich. Zgodnie z polskim brzmieniem GBER (art. 2 ust. 2 Załącznika I) przedsiębior-

stwa partnerskie to takie przedsiębiorstwa, które nie są powiązanymi i jednocześnie w których jedno lub drugie posiada od 25% do 50% kapitału lub głosów, a jednocześnie obydwa przedsiębiorstwa działają na rynkach pokrewnych (tj. jedno na rynku wyższego szczebla, a drugie na rynku niższego szczebla).

Okazuje się jednak, że ten drugi element (tj. działalność na pokrewnych rynkach) nie musi być spełniony, aby dane przedsiębiorstwa uznać za partnerskie. Inne teksty językowe rozporządzenia nie zawierają bowiem powyższego warunku, a Komisja Europejska, dostrzegając błąd w tłumaczeniu, przygotowuje obecnie sprostowanie oficjalnego tekstu.

Jaka jest konsekwencja? Bardzo poważna – oświadczenia o statusie przedsiębiorstwa składa się praktycznie do wszystkich konkursów na unijne granty, w których udział biorą przedsiębiorcy, co więcej, status przedsiębiorstwa ma znaczenie także przy uzyskiwaniu wsparcia np. ze stref ekonomicznych, zwolnień z podatku od nieruchomości, dofinansowania z PFRON i wielu innych programów. Skoro tłumaczenie unijnego tekstu rozporządzenia okazało się nieprawidłowe, to bardzo możliwe, że również wielu przedsiębiorców źle określiło swój status i w konsekwencji może się okazać, że nie byli uprawnieni do dofinansowania.

Aby zobrazować to na konkretnym przykładzie: Jednym ze wspólników spółki działającej w branży spożywczej jest międzynarodowy holding zatrudniający kilka tysięcy pracowników działający w sektorze produkcji drewna. Holding posiada, za pośrednictwem jednej ze swoich spółek, 30% udziałów w spółce spożywczej. Spółka uzyskała grant jako MSP, nie traktując holdingu jako podmiotu partnerskiego (ponieważ nie działa on na pokrewnym rynku), tymczasem, zgodnie ze sprostowanym tekstem GBER, ustalając swój status, powinna doliczyć 30% wszystkich danych całego holdingu do swoich danych. Nietrudno zauważyć, że w takiej sytuacji liczby stojące za mniejszościowym i pasywnym udziałowcem mogą spowodować, że spółka spożywcza staje się dużym przedsiębiorcą, który jest wykluczony z wielu mechanizmów wsparcia, a w innych może liczyć na dużo mniejszą pomoc.

Co istotne, przy tym sprostowanie treści tłumaczenia nie jest równoznaczne ze zmianą przepisów, co oznacza, że, przynajmniej w teorii, oświadczenia i swój status powinni zbadać również ci przedsiębiorcy, którzy już lata temu złożyli wnioski o dotacje i ich projekty są jeszcze np. w trakcie realizacji albo już w okresie trwałości. Jeżeli wg obliczeń okaże się, że ich status w momencie składania wniosku czy podpisywania umowy był inny niż zadeklarowany, może się okazać, że nie byli uprawnieni do pomocy i – przynajmniej w teorii – instytucje powinny żądać zwrotu środków.

W prawie unijnym wszystkie przepisy tłumaczone są na wszystkie oficjalne języki państw członkowskich, przy czym każde z tłumaczeń traktowane jest jako tekst autentyczny (tj. obowiązujący). W teorii wystarczy zatem, że adresaci przepisów przeczytają tekst oficjalny w ich języku. Zdarza się jednak, i to niejednokrotnie, że pomiędzy tłumaczeniami oficjalnych aktów prawnych, tj. opublikowanych na stronach urzędowych Komisji Europejskiej (eur-lex), występują różnice i to różnice istotne. Co się dzieje w takiej sytuacji?

Ogólną zasadą, jaką przyjmuje Trybunał Sprawiedliwości, jest zasada równorzędności wszystkich wersji językowych, w myśl której, jeżeli są rozbieżności w tłumaczeniach, dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego jest częścią, w tym przez odwołanie do innych tłumaczeń danego przepisu. Takie podejście w jednej ze spraw, która trafiła już do polskiego sądu administracyjnego, zaowocowało stwierdzeniem przez sąd, że przedsiębiorca powinien był zapoznać się z wersją niemiecką i francuską przepisów przed tym, zanim określił swój status – konsekwencjami wadliwego tłumaczenia unijnego aktu obarczono w tym przypadku przedsiębiorcę.

Jaka będzie praktyka? W czarnym scenariuszu, kierując się wyrażoną wyżej zasadą, instytucje mogą żądać zwrotów dofinansowania od przedsiębiorców, którzy niewłaściwie określili swój status, powołując się na obowiązek lektury wszystkich możliwych tłumaczeń unijnych przepisów. Trudno mi sobie jednak wyobrazić, że przez błąd w unijnym tłumaczeniu, który już od kilku lat funkcjonuje w unijnym rozporządzeniu, setki przedsiębiorców miałyby ponosić tak surowe konsekwencje...





7.

Ile może kosztować źle przygotowany wniosek o unijne środki?

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Środki unijne to istotny czynnik rozwoju kraju i ich absorpcja w Polsce zaowocowała szeregiem, w większości pozytywnych, zjawisk. Jednym z ciekawszych jest rozwój rynku doradztwa przy przygotowaniu wniosków dotacyjnych, które obecnie stanowi w zasadzie samodzielną gałąź doradztwa biznesowego. Firmy z czołówki doradztwa posiadają własne wyspecjalizowane w dotacjach działy. Na rynku obok setek niewielkich podmiotów znaleźć można całkiem spore firmy zajmujące się głównie doradzaniem przedsiębiorcom w pozyskiwaniu dotacji.

Tak duży rynek to również duża rywalizacja. W zasadzie standardem obecnie jest oferowanie usług doradztwa w oparciu o wynagrodzenie od sukcesu, które niekiedy jest jedynym wynagrodzeniem doradcy. Niektóre podmioty próbują zarabiać na wnioskodawcach, sprzedając przy okazji szereg innych produktów, np. finansowanie, usługi innowacyjne, rozliczanie projektów itp.

Stosunki łączące doradców i beneficjentów ze względu na przedmiot świadczonych usług niosą dosyć istotne ryzyko dla obydwu stron.

Klienci doradców powierzają tym ostatnim powodzenie projektów szacowanych czasami na wielomilionowe kwoty, doradcy zaś zobowiązują się do takiego przygotowania dokumentacji aplikacyjnej, które da przedsiębiorcom jak największe szanse w konkursach. Oczywiście żaden z doradców nie gwarantuje w 100% szansy powodzenia wniosku (a jeżeli tak robi, to być może warto, aby takim doradcą zainteresowały się trzyliterowe służby), jednakże świadcząc usługi, doradca zobowiązuje się dochować profesjonalnej staranności, aby wniosek uzyskał jak najwyższą ocenę.

Czasami jednak doradca popełnia błąd, a niekiedy błąd rażący. Ile może ten błąd kosztować? Jak pokazują najnowsze orzeczenia sądów, potencjalnie nawet wiele milionów. Błąd doradcy może bowiem być tym, co stoi pomiędzy wnioskodawcą a dota-

cją, na którą liczył, a w związku z tym potencjalnie wnioskodawca może nawet żądać od doradcy kwoty odpowiadającej wielkością dofinansowaniu, które by otrzymał.

Sądy coraz częściej dostrzegają odpowiedzialność doradców za przygotowanie wniosku. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od doradcy całą kwotę odszkodowania odpowiadającego wartości należnego dofinansowania, które niedoszły beneficjent uzyskałby, gdyby jego doradca nie popełnił błędu. Co ciekawe, błąd ten zadecydował o negatywnej ocenie formalnej wniosku.

Sąd zwrócił uwagę, że w stosunku do doradcy zajmującego się profesjonalnie przygotowaniem wniosku kryteria staranności są surowsze, co oznacza, że większość błędów popełnionych przez niego może być uznana za poważne lub rażące. Dodatkowo z przeprowadzonej w sprawie opinii biegłego, a także z przeprowadzonej przez sąd analizy dowodów wynikało, że gdyby nie błąd doradcy, wnioskodawca z pewnością uzyskałby dofinansowanie. Zdaniem sądu taka sytuacja to podręcznikowy wręcz przykład utraconych korzyści, a pomiędzy niedbalstwem doradcy a nieuzyskaniem dofinansowania zachodził adekwatny związek przyczynowy.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że w przypadku błędu doradcy popełnionego na ostatnim etapie oceny, a czasem nawet już po jej pozytywnym zakończeniu, ale przed zawarciem umowy, szanse na uzyskanie od doradcy odszkodowania w wysokości odpowiadającej dotacji rosną. Oczywiście każda tego typu sprawa jest inna i zawsze doradca będzie mógł skutecznie wykazywać, że niezależnie od jego błędu, niedoszły beneficjent i tak nie miałby szans na dofinansowanie – może się to okazać jednak o tyle trudne, że podejmując się przygotowania wniosku, sam uznał, że ma on szanse powodzenia.

Powyższa sprawa potwierdza kształtujący się już od kilku lat pogląd sądów, że odpowiedzialność zarówno doradców, jak też instytucji w przypadku błędów popełnionych w przygotowaniu lub ocenie wniosków może w niektórych przypadkach obejmować też kwotę odpowiadającą równowartości dotacji, która weszłaby do majątku niedoszłego beneficjenta. W każdym takim przypadku warunkiem pociągnięcia do odpowiedzialności jest wykazanie błędu doradcy (jego rażącej postaci), a w drugiej kolejności wykazanie, że gdyby nie ten błąd, wnioskodawca uzyskałby dotację z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością. Jak pokazuje sprawa poznańska, wykazanie takiego związku jest możliwe nawet wówczas, gdy błąd doradcy skutkuje negatywną oceną formalną. W tego typu sytuacji konieczne jest wykazanie, że gdyby nie ten błąd, wniosek przeszedłby pozytywnie kolejne etapy oceny.



8.

Zamówienia ze znajomym wykonawcą – czy takie coś w ogóle istnieje

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Pozyskanie dofinansowania ze środków unijnych to zdecydowana korzyść dla przedsiębiorców i niewątpliwie preferowana forma kapitału – oczywistą korzyścią jest bowiem fakt, że są to pieniądze, których nie trzeba zwracać. Niemniej jednak po latach obecności Polski w UE wielu przedsiębiorców doświadczyło również na własnej skórze, jak wiele obowiązków wiąże się z przyznanym grantem. Jednym z bardziej istotnych obowiązków, które bierze na siebie beneficjent wraz z dofinansowaniem, jest obowiązek prawidłowego dokonania zakupów towarów i usług w projekcie. Chociaż prywatni przedsiębiorcy nie są związani ustawą – Prawo zamówień publicznych, to Komisja Europejska wraz z przekazanymi środkami oczekuje, aby korzystający z nich beneficjenci dokonywali zakupów z poszanowaniem tzw. zasady konkurencyjności. Dlatego przedsiębiorca musi ponosić wszystkie wydatki z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, jawności, przejrzystości i efektywności.

Jednym z kluczowych obowiązków składających się na zasadę konkurencyjności jest nakaz unikania konfliktu interesów, tj. takich sytuacji, w których ze względu na istniejące powiązanie pomiędzy beneficjentem a wykonawcą może dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji np. przez sztuczne dostosowanie kryteriów wyboru

projektu, warunków udziału w postępowaniu lub przekazanie wykonawcy takich informacji, do których dostępu nie mieli inni oferenci, a które mogły mieć wpływ na cenę. Na konflikt interesów składa się zatem obok powiązania również wpływ tego powiązania na zamówienie. Co istotne, zaistnienie konfliktu interesów może spowodować, że przedsiębiorca będzie musiał zwrócić nawet do 100% dofinansowania z odsetkami.

Przedsiębiorca zatem, jeżeli chce zabezpieczyć prawidłowe wydatkowanie środków, musi dołożyć wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów. Jak prawidłowo rozpoznać, czy w danej sprawie istniejące pomiędzy przedsiębiorcami powiązanie może budzić problemy? Na rynku nie jest przecież niczym nadzwyczajnym występowanie w wielu spółkach tych samych osób, np. profesjonalnych członków rad nadzorczych. Co więcej, w wielu przypadkach kooperujące ze sobą spółki korzystają wspólnie z tych samych podmiotów, a niekiedy też dzielą pracowników. Wreszcie często występującą sytuacją jest pojawianie się członków rodziny na różnych stanowiskach w obydwu firmach. Czy w sytuacji, kiedy szeregowy pracownik zatrudniony w firmie beneficjenta jest bratem członka zarządu u wykonawcy, mamy do czynienia z konfliktem interesów? A co w sytuacji, kiedy w dwóch spółkach mamy tego samego właściciela, który nie jest jednocześnie właścicielem większościowym?

Jak się okazuje, określanie, czy dane powiązanie ma wpływ na zamówienie, sprawia kłopoty nie tylko przedsiębiorcom, ale przede wszystkim obsługującym unijne programy urzędnikom, którzy bardzo często w sposób zbyt gorliwy podchodzą do kwestii powiązań.

Ci ostatni bowiem często poprzestają na stwierdzeniu, że jakiekolwiek powiązanie osobowe pomiędzy beneficjentem a wykonawcą istnieje – nie badając w ogóle, czy ma ono jakikolwiek wpływ na zamówienie. W konsekwencji powoduje to, że jakiekolwiek, nawet bardzo luźne, powiązanie przedsiębiorcy z wybranym przez niego wykonawcą, np. te same osoby w radach nadzorczych, ci sami mniejszościowi właściciele czy historyczni członkowie innych organów, a nawet czasem po prostu dłuższa historia współpracy danego wykonawcy z przedsiębiorcą, uznawane jest za konflikt interesów. Powoduje to, że w praktyce często przedsiębiorcy traktowani są nawet gorzej niż instytucje publiczne zobowiązane do stosowania zamówień publicznych.

Jak pokazuje praktyka i podejście Komisji Europejskiej oraz Trybunału Sprawiedliwości, przy ocenie zasady konkurencyjności trzeba wziąć pod uwagę nie tylko literalne brzmienie tej zasady, lecz również jej cel i funkcję. Instytucje powinny nie tylko wykazać sam fakt powiązania między beneficjentem a wykonawcą, ale przede wszystkim związek między powiązaniem a naruszeniem zasady konkurencyjności, co sprowadza się do wykazania, że w danych okolicznościach konkretne powiązanie przesądziło o uprzywilejowaniu konkretnego wykonawcy, np. przez sformułowanie sprzyjających mu kryteriów, dostęp do informacji szerszy, niż mieli inni wykonawcy itp. Wykazanie takiego związku jest możliwe tylko w przypadku wnikliwej analizy nie wyłącznie samych powiązań, ale również treści dokumentacji zamówienia i sytuacji wykonawcy.

Czy udział podmiotu powiązanego w zamówieniu jest w ogóle możliwy? Odpowiedź brzmi: tak, ale. Warto zauważyć, że powiązania z wykonawcą nie wykluczają go z automatu z udziału w zamówieniu. Trzeba jednakże szczegółowo uzasadnić jego dopuszczenie do udziału w zamówieniu. Taką możliwość przewidują Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020.

Taki proces ma za sobą jeden z przedsiębiorców prowadzący złożone roboty budowlane. Przedsiębiorca ten, który uzyskał bardzo wysokie dofinansowanie na przeprowadzenie specyficznego typu robót, pozostawał w sytuacji, w której prace te, przynajmniej na rynku krajowym, mogły w praktyce wykonać tylko dwa podmioty, z których jeden pozostawał podmiotem powiązanym z wykonawcą.

Co do zasady zgodnie z obowiązującymi Wytycznymi w celu uniknięcia konfliktu interesów i uznania wydatków za niekwalifikowane zamówienia nie mogą być udzielane podmiotom powiązanym z beneficjentem osobowo lub kapitałowo, a zatem podmiot powiązany pozostawał podmiotem wykluczonym z udziału w zamówieniu. Z drugiej strony wykluczając podmiot powiązany z przedsiębiorcą, pozostałby również jeden podmiot z rynku polskiego i ewentualnie, o ile zgłosiliby się do zamówienia, wykonawcy z rynku UE. Takie podejście również może naruszyć zasadę konkurencyjności.

Przedsiębiorca zdecydował się skorzystać z ww. możliwości, przekonując instytucję zarządzającą, że w jego przypadku zachodzi właśnie ten wyjątek, który powinien umożliwić udział w zamówieniu podmiotu powiązanego. Swoją argumentację poparł szeroką analizą rynku podobnych zamówień, z której wynikało, że zamówienia o podobnym stopniu złożoności jak do tej pory wykonywały właśnie jedynie te dwa podmioty. Ostatecznie po kilku miesiącach oczekiwania przedsiębiorca uzyskał wymaganą zgodę i mógł już bez przeszkód przystąpić do przygotowania zamówienia. Naturalnie w tym przypadku zwracał szczególną uwagę na brak w dokumentacji jakichkolwiek postanowień mogących dodatkowo ograniczać konkurencyjność.

> **Wytyczne przewidują, że w przypadku, w którym umożliwienie podmiotowi powiązanemu wzięcia udziału w postępowaniu jest uzasadnione ze względu na specyfikę projektu lub typ beneficjenta, a wybór wykonawcy będącego podmiotem powiązanym będzie dokonany zgodnie z procedurą, instytucja zarządzająca danym programem może wyrazić zgodę na wyłączenie zakazu w odniesieniu do danego postępowania przed jego przeprowadzeniem.**



9.

Uwaga na nieproszonych gości po zakończeniu projektu

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Na początku 2012 r. właściciele jednej z polskich firm zdecydowali się na wzięcie dofinansowania w ramach jednego z konkursów organizowanych w regionalnym programie operacyjnym jednego z województw. Przedsiębiorcy złożyli projekt na wzrost konkurencyjności swojego przedsiębiorstwa, zamierzając zakupić innowacyjną linię produkcyjną do produkcji nowego produktu w ramach swojego przedsiębiorstwa. Instytucja przyznała beneficjentowi dofinansowanie na wzrost konkurencyjności firmy poprzez dywersyfikację działalności. Beneficjent w ramach projektu zakupił linię produkcyjną.

W trakcie realizacji projektu oraz po jego zakończeniu instytucja nie miała wątpliwości co do prawidłowości wyboru wykonawcy na dostawę linii produkcyjnej, zachowania zasady konkurencyjności, rzeczywistego charakteru transakcji, ceny zakupu maszyny czy też braku powiązań pomiędzy beneficjentem a wybranym wykonawcą. Pomimo nieustannie piętrzących się formalności ze strony instytucji cały okres realizacji i rozliczenia projektu przebiegł bez większych zakłóceń i problemów. Firma zawsze na czas dostarczała wszelkie pisma i wyjaśnienia wymagane przez instytucję.

Kontrola w ostatniej chwili

Po terminowym zakończeniu i rozliczeniu projektu w 2014 r. nastąpił okres spokoju, który trwał do początku 2016 r., kiedy to firma otrzymała pismo o nowej kontroli. Niemal 3 lata po zamknięciu projektu organ podatkowy skontrolował rzetelność dostawy linii produkcyjnej, a za nią instytucja dokonała ponownej weryfikacji projektu. Organ podatkowy wydał decyzję określającą zobowiązanie podatkowe w podatku dochodowym od osób prawnych oraz podatku VAT w zakresie spornej transakcji. Zgodnie z umową o dofinansowanie, okres trwałości projektu wynosił 3 lata po jego zakończeniu i w tym czasie firma jako beneficjent środków unijnych miała obowiązek utrzymania projektu, tj. dalszego prowadzenia działalności przy pomocy zakupionej instalacji. Właśnie w tym momencie rozpoczęły się problemy przedsiębiorcy, które trwają do dzisiaj. W wyniku nieprawidłowo przeprowadzonej kontroli zarzucono firmie rzekome uchybienia w projekcie, polegające na dokonaniu nieprawidłowego zakupu linii produkcyjnej.

Organy podatkowe, bowiem one również kontrolowały projekt beneficjenta, błędnie uznały, że doszło do nadużycia prawa podatkowego w wyniku rzekomo pozornej transakcji beneficjenta z wykonawcą. O takim charakterze zamówienia przesądzać miała m.in. wysoka marża wykonawcy, zawieszenie przez wykonawcę działalności gospodarczej już po zakończeniu i rozliczeniu transakcji, a także domniemane powiązania pomiędzy wykonawcą a beneficjentem (polegające na tym, że właściciel firmy księgowej obsługującej beneficjenta był jednocześnie krewnym wykonawcy). Co istotne, organy podatkowe, badając księgi rachunkowe wszystkich podmiotów zaangażowanych w transakcję, badały również przepływy finansowe, nie stwierdzając w tym zakresie żadnych nieprawidłowości.

W ślad za organami podatkowymi poszła również instytucja udzielająca dofinansowania, która przez urzędnika wysokiego szczebla z urzędu wojewódzkiego została już na wstępie postępowania administracyjnego pouczona, w jaki sposób powinno się ono skończyć. Mianowicie urzędnik ten z góry przesądził, że w sprawie występuje nieprawidłowość, i to taka, która uzasadnia nałożenie korekty finansowej w wysokości 100% finansowanego wydatku.

Czas walki

Beneficjent, który z dnia na dzień stanął przed widmem utraty całości dotacji, podjął walkę, podnosząc oczywiste wydawałoby się argumenty. Obok naturalnych twierdzeń powołujących się na już prowadzone w przeszłości kontrole, które nie potwierdziły żadnych ze stawianych zarzutów, beneficjent odwoływał się do argumentów zdroworozsądkowych, wskazując, że przecież w całej sprawie postępował zgodnie z zasadą konkurencyjności, a na wybór dostawcy przeprowadził przetarg. Co istotne w całej sprawie.

Organy prowadzące postępowania konsekwentnie pomijały te okoliczności wykluczające jakiekolwiek nieprawidłowości, a mianowicie dokonanie wyboru wykonawcy, który został wybrany w drodze otwartej i konkurencyjnej procedury. Ani organ podatkowy, ani instytucja udzielająca dotacji nie podważały wcześniej wyboru wykonawcy. Co więcej, przeprowadzona u wykonawcy kontrola nie wykazała żadnych nieprawidłowości w zakresie rozliczeń podatkowych, podmiot ten nie był tzw. znikającym podatnikiem i odprowadził wszelkie należne z transakcji podatki. Organy nie wykazały, że rzekoma znajomość wykonawcy z beneficjentem miała wpływ na wybór tego wykonawcy, a wręcz na etapie sądowym z zarzutów dotyczących rzekomych powiązań wycofała się sama instytucja.

Beneficjent odwoływał się do unijnego orzecznictwa, wskazując, że zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości wykluczenie wykonawcy powinno być oparte na występowaniu rzeczywistego ryzyka konfliktu interesów, popartego szczególnymi okolicznościami danego przypadku.

Beneficjent zwracał uwagę, że w ogóle nie został rozważony przez organy podatkowe sens i gospodarcze uzasadnienie takiej transakcji. Przedsiębiorca ma prawo swobodnie oceniać, jaki wydatek jest celowy z punktu widzenia osiągnięcia przychodu. Ocena ta powinna być respektowana przez organy.

Jak się okazało, dopiero na etapie sądu administracyjnego argumentacja przedsiębiorcy „chwyciła" i pomimo wcześniejszych aż ośmiu decyzji organów (z czego sześciu podatkowych) zostały one zobowiązane do ponownego rozpoznania sprawy.



10.

Zastaw na przedmiocie dotacji

JAN SAKŁAWSKI
Radca prawny

Przyznanie przedsiębiorcy funduszy unijnych zawsze wiąże się z ryzykiem ich nieprawidłowego wydatkowania. Żeby zabezpieczyć się przed taką ewentualnością, instytucje posiadają kilka instrumentów, które mogą wykorzystać w celu ochrony przekazanych beneficjentowi środków publicznych. Instytucja jest więc beneficjentem weksla, ma wyłączność egzekucyjną na dotację lub aktywa za nią nabyte, które dodatkowo nie wchodzą do masy upadłości w przypadku niewypłacalności beneficjenta.

Gdyby beneficjent spróbował zbyć dofinansowane aktywa (np. maszyn produkcyjnych, praw patentowych itp.) w trakcie realizacji projektu, z pewnością spotkałby się z szybką reakcją instytucji, która wszczęłaby postępowanie zwrotowe albo rozwiązała umowę o dofinansowanie i wykorzystała weksel jako instrument do szybkiego ściągnięcia wypłaconych środków. Z kolei nabywca takiego aktywa mógłby się w określonej sytuacji spodziewać od instytucji tzw. skargi pauliańskiej, tj. żądania uznania, że wobec niej sprzedaż aktywa była bezskuteczna.

Wyobraźmy sobie, że przedsiębiorca za pieniądze uzyskane z dotacji opatentowuje swój wynalazek i wykorzystuje go, zgodnie z celem wskazanym w umowie o dofinansowanie, w bieżącej działalności swojego przedsiębiorstwa. W celu uzyskania dalszego finansowania uzyskuje pożyczkę, a w celu

Nie można więc tak łatwo „upłynnić" przedmiotu dotacji. Celem projektów realizowanych przy wsparciu funduszy unijnych jest bowiem udzielenie pomocy przedsiębiorcom, a nie umożliwienie im osiągnięcia krótkoterminowej korzyści gospodarczej. Co jednak w sytuacji, gdy nabyte za pieniądze z dofinansowania aktywo wyjdzie z majątku beneficjenta bez jego udziału? Sytuacja taka jest jak najbardziej możliwa, gdyż żadne przepisy nie nakładają bezpośredniego zakazu obracania przedmiotem dofinansowania.

zabezpieczenia jej spłaty ustanawia na rzecz pożyczkodawcy zastaw rejestrowy na prawach patentowych. W pewnym momencie coś idzie nie tak i beneficjent nie jest w stanie spłacać swojego zadłużenia wobec pożyczkodawcy. Ten, korzystając z uprawnień wskazanych w umowie zastawniczej, przejmuje prawa patentowe na własność i staje się ich jedynym dysponentem. Co w takiej sytuacji powinna zrobić instytucja kontrolująca wydatkowanie środków? Przejęcie na własność nastąpiło zgodnie z prawem, a ponieważ beneficjent nie uczestniczył w sposób czynny w czynności przejęcia, nie można również zastosować instytucji skargi pauliańskiej. Dalej, skoro przejęcie nastąpiło poza postępowaniem egzekucyjnym, to instytucja nie może również powołać się na swoje uprzywilejowanie egzekucyjne. O ile więc nie zostaną stwierdzone nieprawidłowości w wydatkowaniu środków, które umożliwiłyby instytucji próbę chociaż częściowego ich odzyskania, nie będzie ona mogła podjąć żadnych innych działań przeciwko zarówno zastawnikowi, jak i zastawcy.

Powyższe jasno wskazuje, że w prawie istnieje furtka, która umożliwia „wyjęcie" przedmiotu dofinansowania z majątku beneficjenta w sposób, który pozostawi instytucję zarządzającą/pośredniczącą w sytuacji bez wyjścia. Warto jednak wskazać, że próba „wyreżyserowania" tego rodzaju sytuacji przez beneficjenta może się skończyć bardzo nieprzyjemnymi konsekwencjami – w tym również o charakterze karnym. Przedsiębiorca złapany za rękę na takim procederze może spodziewać się, że zarówno ustanowienie zastawu, jak i zaspokojenie zostaną uznane za czynności pozorne, a co za tym idzie, bezskuteczne. Przedmiot dofinansowania wróci do majątku beneficjenta, a ten będzie musiał samodzielnie radzić sobie z gniewem kontrolujących go urzędników.



11.

Entre Cour Et Jardin

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Środki unijne to w polskiej rzeczywistości ogromny impuls do rozwoju wielu dziedzin życia. Jednym z takich obszarów mocno wspieranych przez Unię Europejską jest sfera kultury. W ramach unijnych projektów finansowane są restauracje różnego rodzaju zabytków i obiektów kulturalnych, zaczynając od tych znanych, a kończąc na bardziej kameralnych. Właśnie tego typu projekt postanowiła zrealizować jedna z gmin z tzw. ściany wschodniej, ubiegając się o remont pałacu w zakresie jego części zewnętrznej, tj. ogrodów oraz fasady. Pałacu, dodajmy, który pozostaje wpisany na listę zabytków. Jakie było zdziwienie niedoszłego beneficjenta, kiedy dostał od instytucji odmowną decyzję motywowaną faktem, że obiekt, tj. cały pałac, nie jest wykorzystywany w całości na cele związane z kulturą. Powyższa informacja była tym bardziej niezrozumiała, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że wnioskodawca od początku chciał sfinansować tylko zewnętrze pałacu i na taką część robót otrzymał pozwolenie na budowę. Jak się okazało raz jeszcze, dla urzędników udzielających dofinansowania i ekspertów zrozumienie koncepcji projektu to było zbyt dużo...

Zarzuty a rzeczywistość

Projekt złożony obejmuje rewaloryzację pałacu w zespole pałacowo-parkowym, stanowiącego zabytek nieruchomy wpisany do wykazu zabytków wpisanych do rejestru zabytków nieruchomych i rejestru zabytków archeologicznych. Potwierdza to załączona do wniosku decyzja zatwierdzająca projekt budowlany.

Powierzchnia modernizowanej w ramach projektu infrastruktury obejmuje jedynie część prac konserwatorskich zespołu pałacowo-parkowego, tj. renowację elewacji korpusu głównego pałacu wraz z alkierzami, skrzydła zachodniego, wieży w skrzydle zachodnim.

Urząd Marszałkowski przyjął, że projekt nie obejmuje obiektu związanego wyłącznie z funkcją kulturalną lub turystyczną oraz że czas lub powierzchnia modernizowanej infrastruktury w ramach projektu (rozumianego jako cały obiekt pałacowy – pomimo że jego wnętrza nie były objęte projektem) nie są wykorzystywane do celów związanych z kulturą.

Tymczasem w przypadku projektu gminy tylko część powierzchni obiektu, jak i jego otoczenia będzie wykorzystywana na cele kulturalne. W kosztach kwalifikowanych projektu jedynie część prac konserwatorskich przewidziana została do wykorzystania jako modernizowana infrastruktura wykorzystywana do celów związanych z kulturą.

Wnioskodawca po otrząśnięciu się z szoku spowodowanego niezrozumiałą dla niego decyzją postanowił powalczyć o swoje. W skardze do sądu wskazał, że pojęcie przestrzeni infrastruktury wykorzystywanej do celów związanych z kulturą nie zostało nigdzie wyjaśnione. Instytucja dokonała nieuprawnionej wykładni tego pojęcia, która skutkowała błędnym przyjęciem, że projekt nie może otrzymać dofinansowania, ponieważ na cele związane z kulturą powinna być przeznaczona cała infrastruktura pałacowa, również w tym przypadku ta, która nie pozostawała związana z projektem, o dofinansowanie którego ubiegał się beneficjent i na którą uzyskał odrębne pozwolenie na budowę.

Jak wskazano w publikacji Rola dziedzictwa kulturowego w rewitalizacji[1] Ministerstwa Rozwoju ze stycznia 2018 r., „Jednym z najistotniejszych źródeł pozyskiwania środków finansowych na remont i/lub konserwację obiektów i zespołów zabytkowych jest szesnaście Regionalnych Programów Operacyjnych. Każde województwo ma swoje wymagania, aczkolwiek są one w wielu punktach zbieżne. Warto również pamiętać, że konkursy dla zabytków to jedno z takich źródeł dofinansowania. Bardzo często domy opieki społecznej, szpitale, przedszkola, szkoły mieszczą się w obiektach zabytkowych. W przypadku rewitalizacji warunkiem koniecznym dla możliwości starania się o środki na dany projekt jest zamieszczenie programu rewitalizacji dla gminy w wykazie pozytywnie zaopiniowanych programów danego województwa oraz umieszczenie projektu na liście przedsięwzięć planowanych do realizacji w danym programie rewitalizacji" (...). „Ochrona konserwatorska to także szansa na niestandardową inwestycję, której wyjątkowość i klimat (decydujący o sukcesie biznesowym lub frekwencyjnym) wynika z walorów zabytkowych. Prawna ochrona umożliwia także sięgnięcie po źródła finansowania zarezerwowane dla zabytków. (...) Przykładowo Budynek Kina Opolanka w Opolu Lubelskim przekształcony w Opolskie Centrum Kultury. Budynek kina to zabytkowy spichlerz zaadaptowany do funkcji kina i obiektu wielofunkcyjnego".

Wnioskodawca odwołał się także do innych przykładów podobnych inwestycji realizowanych w tym samym województwie, wskazując, że one również polegały na remoncie jedynie zewnętrznej części obiektów i że wówczas Urząd Marszałkowski nie miał problemów z ich sfinansowaniem.

[1] http://www.miir.gov.pl/media/52925/Publikacja_Rola_dziedzictwa_w_rewitalizacji_v2.pdf

Przestrzeń do interpretacji

W jednym z ostatnich wyroków NSA[2] stwierdził, że wynikająca z art. 37 ustawy wdrożeniowej zasada przejrzystości, rzetelności i bezstronności wyboru projektów oraz równości traktowania wnioskodawców w dostępie do informacji o zasadach i sposobie wyboru projektów do dofinansowania dotyczy każdego etapu konkursu, począwszy od momentu przygotowywania regulaminu konkursu i formularza aplikacyjnego aż po zakończenie samego tego postępowania konkursowego.

W konsekwencji NSA stwierdził, że jeżeli użyte w treści kryteriów wyboru pojęcia dają przestrzeń do interpretacji, to stan taki stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości, gdyż reguły wyboru projektów powinny być jasne i jednoznaczne, określające w sposób przejrzysty i precyzyjny konsekwencje prawne określonego działania lub zaniechania uczestników konkursu, a standardom tym nie odpowiadają systemy realizacji, stwarzające zbyt szerokie pole do interpretacji dla podmiotów czy organów je stosujących lub na tyle nieostre, że właśnie ich stosowanie narusza zasady równości, przejrzystości, rzetelności lub bezstronności.

Chodzi więc o to, aby instytucje nie pozostawiały żadnych wątpliwości odnośnie do przyjmowanych w danym konkursie kryteriów oceny projektów oraz oceny ich spełniania, które powinny być znane wnioskodawcom i w odpowiedni sposób im notyfikowane.

Jak się jednak okazało, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że instytucja miała prawo przyjąć w dokumentacji konkursowej wymóg, aby cała infrastruktura, również ta, która nie pozostawała związana z projektem, jak w tym przypadku wnętrze pałacu, pozostawała przeznaczona w całości na cele związane z kulturą. Dał temu wyraz w niezwykle lakonicznym uzasadnieniu, w którym jako aksjomat – niczym Aleksander Wielki – przyjął, że przedmiot projektu nie pełni funkcji związanych z kulturą – nie rozstrzygając wcześniej, co rzeczywiście jest przedmiotem projektu – czy zewnętrzna część pałacu z jego ogrodami – na którą wnioskodawca uzyskał oddzielne pozwolenie na budowę, czy też również jego wnętrze. W taki oto sposób, pomimo funkcjonującej, i to w ramach tego samego województwa, zróżnicowanej praktyki, Naczelny Sąd Administracyjny „ochronił" postanowienia dokumentacji konkursowej przed nieuprawnioną ingerencją beneficjenta zmierzającą do wyjaśnienia nieścisłości.

[2] Wyrok NSA z dnia 30.11. 2017 r. II GSK 3705/17, Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 22.03.2018 r., sygn. akt III SA/Po 111/18.



12.

Złudne obietnice

DR MAGDALENA PORZEŻYŃSKA
Radca prawny

Wydawać by się mogło, że o tym, czy projekt współfinansowany ze środków unijnych zostanie zrealizowany bez konieczności zwrotu pobranych środków, decyduje sam beneficjent – poprzez prawidłowe wykonywanie obowiązków przewidzianych w zawartej umowie o dofinansowanie i obowiązujących przepisach, w tym polegających na składaniu wniosków o płatność rozliczających koszty kwalifikowalne poniesione na realizację projektu. Może się jednak przecież zdarzyć, że w toku realizacji inwestycji wystąpią okoliczności niezależne od beneficjenta, które wpłyną na jego sytuację prawną – np. wskutek zmiany interpretacji obowiązujących przepisów. Przykładowo organy stwierdzą, że koszt, który dotąd był uznawany za kwalifikowalny, kwalifikowalny nie jest. Czy takie okoliczności niezależne od beneficjenta mogą wiązać się z koniecznością zwrotu przez niego nienależnie pobranych środków?

Na pytanie to odpowiedział WSA w Gliwicach[3], rozpatrując skargę beneficjenta na decyzję w przedmiocie zwrotu dofinansowania wydaną przez instytucję zarządzającą jednym z regionalnych programów operacyjnych. W sprawie tej (na skutek przyjętej uchwały siedmiu sędziów NSA oraz wydanego wyroku Trybunału Sprawiedliwości) zmieniła się wykładnia przepisów ustawy o VAT[4] w taki sposób, że nadano im odmienną treść od dotych-

[3] Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 19.10.2016 r., sygn. akt IV SA/Gl 66/16.
[4] Ustawa o podatku od towarów i usług z 11.03.2014 r. (t.j. z 2018 r. poz. 2174, z późn. zm.).

czasowo przyjętej przez organy stosujące prawo. Na gruncie wcześniej obowiązującej interpretacji przepisów (potwierdzonej interpretacją indywidualną) beneficjent był uprawniony do otrzymania refundacji podatku VAT. Natomiast wskutek nowej wykładni przepisów zmieniła się sytuacja prawna beneficjenta. O ile w chwili przystąpienia do realizacji projektu w sposób prawidłowy otrzymał refundację podatku VAT, w następstwie zmiany obowiązującej interpretacji zrefundowanie beneficjentowi podatku utraciło swoją podstawę prawną i to z mocą wsteczną (tj. również w chwili dokonywania wypłaty).

Sąd słusznie jednak uznał, że nie każdy przypadek pobrania dofinansowania bez podstawy prawnej zgodnie z prawem krajowym stanowi nieprawidłowość w rozumieniu prawa UE, która mogłaby zobowiązywać do zwrotu uzyskanych środków. Sąd zauważył, że zachowanie beneficjenta musi być oceniane m.in. z uwzględnieniem zasady pewności prawa. Co więcej, cofnięcie nienależnie wypłaconych środków może nastąpić tylko zgodnie z tą zasadą. Zasada pewności prawa powinna zaś umożliwić uchylenie się od negatywnych skutków podmiotowi, który stosował się do wskazań wynikających z interpretacji indywidualnej, która okazała się błędna. Uznanie, że w zaistniałej sytuacji beneficjent doprowadził do naruszenia prawa skutkującego żądaniem zwrotu środków, w ocenie sądu stałoby zaś w sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa urzeczywistniającego sprawiedliwość prawa. W konsekwencji sąd stwierdził, że zrefundowanie beneficjentowi podatku VAT bez podstawy prawnej w wyniku zmiany wykładni przepisów nie może zostać uznane za nieprawidłowość przy realizacji projektu uzasadniającą zwrot pobranych środków.

Warto odnotować, że z analogicznym problemem zetknął się WSA w Gliwicach[5]. W skrócie, inny beneficjent znalazł się w analogicznej sytuacji, co wcześniej opisana. Wnioskując o przyznanie dofinansowania w formie refundacji, przedstawił jako koszt kwalifikowalny podatek VAT, co było zgodne z wcześniej uzyskaną interpretacją indywidualną. Jednak na skutek zmiany wykładni przepisów ustawy o VAT beneficjent ten przestał być uznawany za podatnika, a – tym samym – podatek ten przestał być kosztem kwalifikowalnym. Beneficjent wprawdzie dokonał zwrotu pobranej kwoty, ale bez odsetek, czego żądała instytucja udzielająca wsparcia. WSA, a następnie NSA[6] stwierdziły, że takie żądanie jest bezpodstawne.



[5] Wyrok WSA w Gliwicach z 4.07.2016 r., sygn. akt IV SA/Gl 205/16.
[6] Wyrok NSA z 12.04.2017 r., sygn. akt II GSK 5209/16.

Sądy słusznie dostrzegły, że dodatkowe obciążenie beneficjenta odsetkami narusza zasadę proporcjonalności prawa unijnego. Wysokie kary – zamiast wymóc działanie w zgodności z prawem – w rzeczywistości odstraszają potencjalnych beneficjentów od zgłaszania się po wsparcie. Obawa ta wynika z ryzyka spłacania ogromnych kwot, niekiedy nieproporcjonalnych do uzyskanych zobowiązań. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy wykładnia prawa jest zmienna i niepewna, tak jak w omawianych sprawach.

Zaprezentowane przez sądy podejście jest nie tylko ze wszech miar słuszne, ale i niezwykle ważne z perspektywy beneficjentów, którzy mogą chronić się przed wezwaniem do zwrotu środków, gdy ich sytuacja prawna ulega zmianie w wyniku odmiennej wykładni przepisów. Problem ten, jak się okazuje, jest również szczególnie aktualny. Jak bowiem pokazuje praktyka, instytucje zarządzające lub pośredniczące w ramach programów operacyjnych nierzadko zmieniają sposób interpretacji obowiązujących przepisów czy podejście do występujących trudności przy realizacji projektów, z którymi zmagają się beneficjenci. Często, niestety, ze szkodą dla samych beneficjentów.



13.

Giganci rynku z gigantyczną pomocą publiczną

MGR MAGDALENA MICHALIK
Prawnik

Przez wiele lat wydawało się, iż z uwagi na koncepcję autonomii podatkowej państw członkowskich walka ze szkodliwą konkurencją podatkową, polegającą głównie na „faworyzowaniu podatkowym" jednych podatników względem innych, jest mocno ograniczona. Znaleziono jednak w UE instrumenty umożliwiające zwalczanie tego typu szkodliwej konkurencji podatkowej – chociaż wymaga to „akrobatycznego" zastosowania prawa i ekonomii – określając zaniżone opodatkowanie jako „pomoc publiczną" naruszającą konkurencję i niedozwoloną na tle art. 107 TFUE.

W konsekwencji, rok 2016 nie przyniósł dla branży technologicznej pozytywnych informacji. Sierpniowa decyzja Komisji Europejskiej nakładająca na Apple obowiązek zwrotu 14,3 mln EUR niedozwolonej pomocy publicznej w formie nienależnych korzyści podatkowych wywołała strach wśród największych firm mających swoje siedziby na terenie Unii Europejskiej. W trakcie swojego szczegółowego postępowania Komisja przeanalizowała efektywną stawkę podatkową płaconą przez Apple między 2003 a 2014 r., wystawiając spółce „wsteczny" rachunek podatkowy. To spowodowało tylko większy niepokój wśród spółek, bowiem okazało się, że decyzje KE dotyczące pomocy publicznej mogą mieć retroaktywny charakter.

Obawy firm technologicznych (i nie tylko) okazały się uzasadnione. Decyzja w sprawie Apple nie pozostała odosobniona, a Komisja w dalszym ciągu prowadzi dochodzenia dotyczące interpretacji indywidualnych lub interpretacji podatkowych przyznających selektywne ulgi podatkowe. Konsekwentnie, kolejne decyzje KE ujrzały światło dzienne. Wpierw Komisja w październiku 2017 r. stwierdziła, że Luksemburg udzielił Amazonowi nienależnych korzyści podatkowych, w kolejnym roku doszła do wniosku, iż bezprawna pomoc publiczna dotyczy również firmy Engie. W grudniu 2018 r. wobec Gibraltaru padł zarzut przyznawania nienależnych korzyści podatkowych dla przedsiębiorstw wielonarodowych. Można więc stwierdzić, że zalała nas fala postępowań przeciwko największym gigantom na rynku.

Czarna passa dla spółek europejskich trwa głównie za sprawą ambitnej komisarz ds. konkurencji, Margrethe Vestager, która od kilku lat jest twarzą walki Unii Europejskiej z przyznawaniem przez państwa członkowskie nielegalnych korzyści podatkowych.

Na „liście oczekujących" Komisji pozostają jeszcze takie firmy jak Facebook. Po działaniach komisarz Vestager można się spodziewać, iż w najbliższym czasie również inne spółki znajdą się na celowniku instytucji unijnej. Co więcej, aktualnie w toku są postępowania dotyczące Intelu, Ikei czy Nike.

W konsekwencji, warto obserwować nadchodzące wydarzenia na arenie prawnej UE. Komisja powinna z większą starannością badać okoliczności występujących na tle analizowanych przez nią stanów faktycznych w kontekście niedozwolonej pomocy publicznej.

Traktatowe regulacje dotyczące pomocy publicznej stanowią skuteczną i potężną broń w rękach Komisji Europejskiej w walce z selektywnym faworyzowaniem niektórych podmiotów gospodarczych, jednakże nie należy zapominać o roli Sądu UE, który jako organ odwoławczy dokonuje rewizji kar nałożonych przez KE. Konsekwentnie, największe firmy korzystają z przysługujących im środków prawnych w celu obalenia niekorzystnych rozstrzygnięć. Przykładowo, od listopada 2019 r. Komisja przegrała 17 z 41 spraw dotyczących pomocy publicznej skierowanych do Sądu w Luksemburgu w ramach postępowania odwoławczego, gdzie zazwyczaj wygrywała cztery na pięć spraw. To sygnał dla KE – Sąd Unii Europejskiej przykłada coraz większą wagę do rzetelnego i obiektywnego rozpatrywania spraw dotyczących niedozwolonej pomocy publicznej, odcinając się od wpływów politycznych.



14.

Ten sam sąd – dwa różne rozstrzygnięcia? To możliwe

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Dwóch przedsiębiorców złożyło wnioski o dofinansowanie w ramach jednego z regionalnych programów operacyjnych na tzw. działania miękkie, tj. działania finansowane z Europejskiego Funduszu Społecznego. Urząd Marszałkowski, przygotowując konkurs, podzielił teren województwa na strefy, przy czym w każdej strefie mógł wygrać tylko jeden projekt.

Obaj przedsiębiorcy znaleźli się bardzo wysoko na liście punktowanych projektów – na podium – jednak w tym przypadku drugie miejsce nie dawało nic. Postanowili zatem powalczyć o dotację w procedurze odwoławczej, wskazując, że powinni otrzymać więcej punktów, niż przyznali im eksperci. W międzyczasie przedsiębiorcy postanowili też przyjrzeć się bliżej projektom konkurentów i wykorzystując dostęp do informacji publicznej, wystąpili o wnioski konkurentów, a także karty oceny ich projektów.

Zgodnie z przypuszczeniami przedsiębiorców, projekty konkurentów, pomimo że zawierały te same lub podobne wady, zostały ocenione wyżej przez ekspertów.

Co ciekawe, jeden z konkurencyjnych przedsiębiorców – firma istniejąca niecałe dwa lata – powoływał w swoim wniosku jako referencyjne – projekty realizowane przez inne firmy. Dodatkowo twierdził, że posiada dostateczne zasoby kadrowe i finansowe, aby zrealizować duży projekt szkoleniowy

będący przedmiotem konkursu. Jak się okazało po dokonaniu wglądu w dokumenty rejestrowe tej spółki, nie posiadała ona żadnego majątku trwałego, nie zatrudniała żadnych pracowników, a jedyne przychody, jakie osiągała, to przychody od podmiotu powiązanego. Przedsiębiorca znalazł w aktach rejestrowych jeszcze jedną ciekawostkę – otóż konkurent, który wygrał konkurs, prosił sąd rejestrowy o szybsze dokonanie wpisu, ponieważ uzyskał dofinansowanie na projekt i chciałby podpisać umowę już w nowym uwidocznionym w KRS składzie zarządu. Wszystko byłoby dobrze, gdyby nie fakt, że w dacie sporządzenia tego pisma wyniki konkursu nie były jeszcze opublikowane... Pikanterii całej sprawie dodawał fakt, że jeden z ekspertów temu właśnie projektowi przyznał maksymalną ilość punktów.

W tych okolicznościach obydwaj przedsiębiorcy złożyli najpierw protesty, a gdy te nie zostały uwzględnione, odwołali się do sądu administracyjnego. O ile przy tym w jednym przypadku sąd stwierdził, że rzeczywiście ocena projektu była przeprowadzona z naruszeniem procedur, i nakazał jej ponowne przeprowadzenie z uwzględnieniem argumentów wnioskodawcy dotyczących wad oceny innych projektów, o tyle w drugim – wydawałoby się bardziej oczywistym – przypadku sąd administracyjny potwierdził stanowisko organu, który rozpoznając protest, stwierdził, że „nie jest zobowiązany do badania prawdziwości danych przedstawionych we wniosku”... Powyższe stanowisko organu i sądu zostało wyrażone w sprawie, w której instytucja po uzyskaniu od wnioskodawcy w proteście informacji potwierdzających nieprawidłową ocenę drugiego projektu zdecydowała się złożyć zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa...

Wnioskodawca, nie wierząc w takie rozstrzygnięcie, wniósł skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Ten jednak zdecydował się podtrzymać stanowisko instytucji, w ustnym uzasadnieniu wskazując, że procedura odwoławcza nie może polegać na tym, że wnioskodawcy odwołują się do ocen innych projektów, a dodatkowo dopiero przesądzenie, że doszło do popełnienia przestępstwa, mogłoby uzasadniać wzruszenie oceny konkurencyjnego projektu.

“W ten oto sposób w systemie zarządzania i kontroli zupełnie niepostrzeżenie pojawił się nowy organ, którego zadaniem stało się wyłanianie do dofinansowania najlepszych projektów – prokurator, bo o nim wszak mowa, stał się podmiotem odpowiedzialnym za przyznawanie i odbieranie dofinansowania, a rolę instytucji ona sama sprowadziła do roli posłańca, który „nie bada prawdziwości twierdzeń przedstawionych we wniosku”.

Zupełnie serio natomiast nie sposób nie zauważyć, że stanowisko sądów w tych sprawach prowadzi do całkowitego wypaczenia charakteru procedury odwoławczej, skoro w jej ramach przedsiębiorca nie może odnosić się do patologicznych wręcz przypadków mających miejsce przy ocenie innych projektów, to równie dobrze zamiast wnoszenia protestu powinien od razu zawiadamiać o takich sytuacjach organy ścigania.

Pokazuje to również, jak opacznie może być rozumiana zasada równości przez sądy administracyjne – w niniejszej sprawie zakaz odwoływania się do ocen dotyczących innych projektów został zredukowany do absurdu – o ile bowiem można zrozumieć niemożność odwoływania się do wad ocen w poszczególnych kryteriach, o tyle sytuacja, w której instytucja nic nie robi z wykrytą nieprawidłowością (bez przesądzania, jaki ostatecznie wpływ ma ona na ocenę drugiego wniosku), niewątpliwie jest poważnym naruszeniem procedury oceny wniosków. Warto w tym kontekście przypomnieć, że z punktu widzenia unijnych przepisów istotna jest również porównywalność ocen, a ta niewątpliwie nie jest zapewniona w sytuacji, w której jeden z przedsiębiorców we wniosku podaje nieprawdę, a instytucja nawet po powzięciu o tym wiedzy nic z tym nie robi. Nie o to chyba chodziło i chodzi też Komisji Europejskiej, gdy przyjmowała pojęcie nieprawidłowości i nadużycia finansowego i celowo dla odróżnienia tych obu instytucji wskazywała, że odpowiedzialność za nieprawidłowość ma charakter obiektywny – niezależny od winy przedsiębiorcy, a nadużycie finansowe musi być zawinione.

Co ciekawe, w drugiej prowadzonej niemal równolegle sprawie sądy administracyjne nakazały organowi odniesienie się również do zarzutów związanych z ocenami innych projektów...





15.

Promesa finansowania i jej znaczenie w konkursach unijnych – czyli jak sobie pościelesz, tak się wyśpisz

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Spółka starała się o dotację w Programie Operacyjnym Inteligentny Rozwój 2014-2020 w ramach konkursu ogłoszonego w poddziałaniu „Badania na rynek". Projekt wnioskodawcy nie został jednak wybrany do dofinansowania, gdyż według instytucji nie spełniał kryterium dotyczącego możliwości jego sfinansowania. Zdaniem organu świadczyć o tym miałyby: przyznanie finansowania pod warunkiem pozytywnej oceny zdolności kredytowej spółki (ta okoliczność nie była badana na etapie udzielania promesy), a także fakt, iż wnioskodawca nie udokumentował wiarygodności finansowej instytucji udzielającej promesy. Instytucją tą była zaś spółka córka międzynarodowego holdingu finansowego.

Spółka, nie zgadzając się z taką oceną, postanowiła dochodzić swych praw przed sądem. Zarówno WSA w Warszawie, jak i NSA opowiedziały się po stronie wnioskodawcy. NSA w przywołanym wyroku stwierdził, iż promesa ze swej istoty ma charakter warunkowy. Warunek pozytywnej oceny zdolności kredytowej, której nie dokonano na dzień wystawienia promesy, nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że finansowanie zostało zapewnione. Zdaniem NSA taki wniosek jest uprawniony tym bardziej, że dokumentacja konkursowa (w szczególności kryteria) nie określała w sposób dostatecznie jasny cech, które powinna spełniać promesa finansowania.

Jak zauważył sąd, sporne kryterium zostało określone w sposób nieprecyzyjny. Uczestnik konkursu nie może bowiem domyślać się lub domniemywać, jakie obowiązki na nim ciążą. W związku z tym w ocenie sądu brak jednoznacznych postanowień dokumentacji konkursowej powinien powodować jej interpretację na korzyść wnioskodawcy. Wymogi stawiane wnioskującym o udzielenie wsparcia, jeżeli na podstawie oceny realizacji tych wymogów miałyby być wyciągane wobec wnioskodawców negatywne konsekwencje, muszą być formułowane w sposób jednoznaczny.

NSA zwrócił uwagę na brak definicji promesy w przepisach prawa – odwołał się do jej słownikowego znaczenia – z którego wyprowadził podstawowe cechy promesy, tj. obietnicę udzielenia finansowania pod określonymi warunkami, wskazując, że jednym z takich warunków badanych na późniejszym etapie może być zdolność kredytowa wnioskodawcy.

Jednocześnie NSA zwrócił uwagę, że konkurs był tak skonstruowany, że zdolność wnioskodawcy do sfinansowania projektu, warunkowo zbadana na etapie oceny, miała być jeszcze raz zweryfikowana na etapie podpisania umowy o dofinansowanie. Na etapie oceny wystarczające było okazanie samej obietnicy finansowania uzyskanej z wiarygodnej instytucji, co w tej sprawie wnioskodawca spełnił. Dodatkowo, zdaniem NSA, przy ocenie wiarygodności finansowej danego podmiotu nie można abstrahować od faktu, że jest on częścią międzynarodowej grupy oferującej różnego rodzaju instrumenty finansowe – a takim podmiotem był właśnie podmiot, który złożył wnioskodawcy obietnicę finansowania. W ten sposób PARP został zobowiązany do ponownej oceny projektu spółki na warunkach, których być może sam się nie spodziewał, organizując konkurs.

Powyższa sprawa pokazuje, że warto zwracać uwagę na postanowienia dokumentacji, z których organizator konkursu wywodzi wobec wnioskodawców określone obowiązki – ich nieprecyzyjny opis może bowiem powodować, że będą one interpretowane na jego korzyść.



16.

Zmiany w projekcie z unijną dotacją

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Kto korzysta z unijnego wsparcia, ten wie, że jego otrzymanie to dopiero początek sukcesu, aby prawidłowo wydać środki, trzeba się mocno postarać. Realizacja projektu z unijnym wsparciem to cała masa obowiązków obciążających beneficjenta, zaczynając od prostszych, czyli np. prowadzenia wyodrębnionych rachunków czy składania regularnych sprawozdań, po te trudniejsze, jak prawidłowe i zgodne z zasadą konkurencyjności zakupy.

Oczywiście jedną z zasadniczych bolączek unijnych projektów jest osiągnięcie pożądanych przez stronę publiczną rezultatów, które określane są jako wskaźniki rezultatu. W różnych projektach wskaźniki te mogą wyglądać różnie, niekiedy np. chodzi o osiągnięcie określonego poziomu przychodów, wdrożenie określonej technologii, uzyskanie określonych wyników badań, a niekiedy o przeszkolenie określonej grupy osób lub zmianę procesów przedsiębiorstwa.

Skoro wnioskodawca podpisał już umowę na unijne wsparcie, to nie może zapominać, że ma obowiązek uzyskiwania zgody na wszystkie istotne dla projektu zmiany w jego realizacji. Jakie zmiany są istotne? To już oczywiście ciężko zdefiniować jednym słowem, niemniej jednak można pokusić się o stwierdzenie, że są to zmiany wszystkich tych elementów projektu, które podlegały ocenie, a także

te, które będą rzutowały na wskaźniki danego projektu. Jeżeli np. w ramach oceny projektu istotna była określona kadra przedsiębiorcy, to jej zmiany będą również istotne. Jeżeli istotne było źródło finansowania i jego wielkość, to również zmiany w tym zakresie mogą okazać się istotne. W tym miejscu wielu przedsiębiorców, gdy pojawiają się kłopoty w realizacji – a jak pokazuje doświadczenie, pojawiają się one zawsze – przyjmuje zróżnicowaną taktykę, czasami o zmianach instytucji w ogóle nie informując, a czasami informując post factum, niekiedy zaś przedsiębiorcy decydują się na zgubną taktykę spalonej ziemi, dokonując „zniknięcia projektu" i licząc, że w ten sposób znikną również wszelkie ich kłopoty.

Jak podejść do zmian w projekcie? Warto podejść do nich uczciwie, pamiętając, że partner publiczny również jest zainteresowany zakończeniem projektu i czasami nie tylko jego rola sprowadzi się do samego zaakceptowania zmian, ale wręcz może nam pomóc ponownie określić projekt na nowo, tak aby możliwe było jego skończenie i ocalenie dotacji.

Tak zrobił pewien przedsiębiorca, którego projekt realizowany jeszcze w poprzedniej perspektywie miał być skończony do września 2015 r. Jak się okazało, w trakcie realizacji jak wielu innych beneficjentów przedsiębiorca ten napotkał szereg raf, które spowodowały, że zamiast dwóch planowanych do utworzenia zakładów produkujących innowacyjne komponenty budowlane zmuszony był wybudować jeden. Dodatkowo realny termin zakończenia inwestycji w drugi zakład wypadał na 2016 r. W tej sytuacji przedsiębiorca postanowił poinformować swojego partnera o kłopotach (związanych przede wszystkim z luką w finansowaniu oraz opóźnieniami w realizowanych robotach budowlanych), wnosząc o ograniczenie inwestycji do jednego zakładu i wydłużenie terminu jej realizacji.

Instytucja zgodziła się na takie rozwiązanie, przy czym zgodziła się również na propozycję przedsiębiorcy, aby wydatki – pierwotnie kwalifikowalne – przeznaczone na drugi z zakładów przedsiębiorca zwrócił w formie pomniejszenia przyszłych płatności. Dodatkowo, pomimo tego, że bezwzględny okres kwalifikowalności wydatków kończył się w grudniu 2015 r., instytucja zgodziła się, aby projekt zakończył się po tym terminie, przy czym wydatki poniesione po tym terminie nie były już uwzględniane jako wydatki kwalifikowalne.

Cały proces, chociaż stanowiący dla przedsiębiorcy duże wyzwanie i wymagający przedstawienia pełnego obrazu sprawy dla partnera publicznego – w tym trudności z finansowaniem projektu, a także przeciągających się robót budowlanych – a następnie skorygowania budżetu projektu, zakończył się dla przedsiębiorcy udanie.

Co ciekawe, rozochocony przedsiębiorca, idąc za ciosem, postanowił uzyskać również zgodę na przekształcenia podmiotowe projektu, tj. mówiąc innymi słowami – zgodę na sprzedaż przedsiębiorstwa. O tym jednak opowiemy przy innej okazji.



17.

Z rodziną dobrze na zdjęciach... i w projektach dotacyjnych

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Przedsiębiorcy regularnie korzystający z unijnych dotacji już dobrze wiedzą, że jednym z większych problemów przy aplikowaniu nie jest problem związany z samym projektem, ale problem tylko pozornie z nim niezwiązany, a mianowicie status przedsiębiorstwa, które bierze udział w konkursie. Zdecydowana większość środków unijnych jest adresowana do kategorii mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw, przy czym zasadą jest, że im mniejszy przedsiębiorca, tym większe wsparcie może uzyskać.

Jak określić status przedsiębiorstwa, które aplikuje o unijne środki? Przez wiele lat sprawa dla wielu przedsiębiorców i urzędników oceniających unijne projekty wydawała się prosta. Należy zsumować dane finansowe oraz zatrudnienie beneficjenta i przedsiębiorstw z nim powiązanych. Jak jednak określić te ostatnie? Tutaj również odpowiedź wydawała się prosta – chodzi o wszystkie firmy, w których beneficjent ma większość kapitału lub głosów lub odwrotnie.

Tymczasem, jak się okazuje, diabeł jak zwykle tkwi w szczegółach, a definicja przedsiębiorstw kryje znacznie więcej, niż na pierwszy rzut oka widać w przepisach. Przedsiębiorcy ubiegający się o unijne finansowanie powinni też uwzględniać powiązania, jakie mogą istnieć pomiędzy nimi za pośrednictwem osób fizycznych działających wspólnie, co oznacza, że w grę mogą wchodzić nie-formalne powiązania pomiędzy firmami.

Urzędnikom przyznającym dotację wiele lat zabrało przyswojenie sobie wiedzy z tego zakresu, jednak kiedy tylko tego dokonali, zaczęli szczegółowo i z zamiłowaniem badać powiązania pomiędzy poszczególnymi podmiotami. Wykresy z tak popularnych programów, jak moje państwo czy beck krs stały się popularnym źródłem wiedzy o powiązaniach, a niektóre instytucje zaczęły nawet korzystać z usług wywiadowni gospodarczych.

Czy w sytuacji, w której niewiele może ukryć się przed urzędnikami, rzeczywiście wszystko jest już jasne?

Okazuje się, że nie – a tam gdzie dotychczas można było obserwować zaniedbania, obecnie widoczna nadgorliwość urzędników prowadzi do stwierdzenia powiązań tam, gdzie ich w rzeczywistości nie ma.

Dokładnie taki przypadek występował w przypadku pewnego przedsiębiorcy, którego rodzina prowadziła biznes w branży hotelarskiej. Przedsiębiorca ten postanowił otworzyć zakład produkcyjny obejmujący innowacyjną technologię komponentów budowlanych. Przedsiębiorstwo to było przy tym przedsięwzięciem całkowicie nowym, niezależnym od innych biznesów pozostałych członków rodziny i w żaden sposób niezwiązanym z nimi.

Przedsiębiorca otrzymał pozytywną ocenę projektu i został zaproszony do podpisania umowy. Równolegle instytucja poprosiła go, aby na tym etapie wskazał w formularzu dotyczącym statusu przedsiębiorstwa również spółki należące do innych członków rodziny jako spółki powiązane za pośrednictwem innych członków rodziny działających wspólnie. Jak wskazała instytucja, powszechnie bowiem wiadomo, że członkowie rodziny są osobami fizycznymi działającymi wspólnie, a co za tym idzie, również przedsiębiorstwa do nich należące uznać należy za przedsiębiorstwa powiązane.

Wnioskodawca nie zgodził się z tym stanowiskiem instytucji i zamiast korygować formularz dotyczący statusu przedsiębiorstwa, wskazał instytucji, że inne firmy członków jego rodziny nie pozostają w żadnych związkach z założoną przez niego firmą. W celu wykazania braków takich związków wykorzystał tę samą argumentację, którą zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości nakazywały brać pod uwagę przy ocenie powiązań przedsiębiorstw.

I tak, przedsiębiorca wskazał, że jego przedsiębiorstwo jest całkowicie autonomicznym biznesem funkcjonującym na zupełnie różnych rynkach od pozostałych firm członków rodziny, dodatkowo nie ma z tymi biznesami żadnych punktów styku, zarówno w postaci siedziby, jak i – co istotne – źródeł finansowania czy przepływów pieniężnych. Przedsiębiorstwo posługiwało się własnymi oznaczeniami, korzystało z własnych zasobów, miało własnych kontrahentów, a także samodzielną strategię rozwoju.

Te wszystkie argumenty okazały się dla instytucji przekonujące na tyle, że nie wracała ona już do tematu statusu przedsiębiorstwa i zaprosiła beneficjenta do podpisania umowy. Koniec końców okazało się, że powiązania rodzinne nie muszą wcale oznaczać powiązania przedsiębiorstw.

I słusznie, skoro bowiem Komisja Europejska i Trybunał Sprawiedliwości podkreślają, że o istnieniu powiązań powinny decydować faktyczne więzi, takie jak np. wzajemne korzystanie z zasobów majątkowych, podobne oznaczenia, wspólny adres i strona internetowa, tożsame zasoby osobowe, wspólna strategia rozwoju i marketingowa, wspólni dostawcy lub odbiorcy usług (i w domyśle wspólnie negocjowane kontrakty), to brak tego rodzaju więzi powoduje, że nie sposób mówić o przedsiębiorstwach powiązanych. Gdyby było przeciwnie, to np. firmy zupełnie skłóconych członków rodziny należałoby zawsze traktować jako powiązane, co oczywiście z funkcjonalnego punktu widzenia nie miałoby żadnego sensu.





18.

Zawarliśmy ugodę z instytucją publiczną, zanim to w ogóle stało się modne

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Ugoda ze Skarbem Państwa jest jak jednorożec. Wiele osób o tym słyszało, ale mówi się o tym w kategorii legend. Jak się jednak okazuje, taki jednorożec czasami chodzi między śmiertelnikami. Jak zwykle jednak, aby się pojawił, konieczna jest szczypta rozsądku, o co jest ciężko, gdy chodzi o spętanych dyscypliną finansów publicznych urzędników.

Dawno, dawno temu pewien przedsiębiorca złożył bardzo ciekawy projekt badawczy do instytucji. Niestety, oceniający projekt eksperci nie byli dla niego łaskawi i ocenili projekt negatywnie, przyznając mu małą ilość punktów.

Ocena zawierała jednak braki i błędy widoczne już na pierwszy rzut oka. Dość powiedzieć, że w uzasadnieniu ocen pojawiały się zdania dotyczące ewidentnie innego podmiotu niż przedsiębiorca. Poza tym eksperci sypali ogólnikami niczym właśnie z przysłowiowego rogu jednorożca, ewidentnie świadczącymi o niestarannej lekturze wniosku o dofinansowanie. W takiej sytuacji ten ostatni zdecydował się wnieść protest, a gdy to nie pomogło, skargę do sądu administracyjnego.

I tutaj właśnie pojawił się jednorożec. Otóż dział prawny instytucji po lekturze skargi i złożonej w sprawie dokumentacji doszedł do wniosku, że zamiast iść do sądu z beneficjentem, najlepiej byłoby... podpisać z nim ugodę i przeprowadzić ocenę na nowo.

Taką też propozycję złożył przedsiębiorcy, który niewiele myśląc, oczywiście zgodził się na takie rozwiązanie. Ugoda polegająca na tym, że z jednej strony instytucja zobowiązała się do ponownej oceny projektu przedsiębiorcy, uznając część jego argumentów ze skargi, a z drugiej strony ten ostatni cofnął skargę, dawała słuszne poczucie wygranej obydwu stronom. Przedsiębiorca osiągnął swój cel znacznie szybciej, niż byłoby to możliwe w przypadku kontynuowania sprawy sądowej, a instytucja mogła dokonać ponownej oceny projektu bez narażenia się na niekorzystny wyrok i – symboliczne, bo symboliczne – koszty procesu.

Takie rozwiązanie powinno być standardem postępowania instytucji w podobnych sprawach, niestety jednak wielu urzędników nadal woli kontynuować bezowocne procesy.

Kontrolę zawierania ugód bierze na siebie Najwyższa Izba Kontroli, w związku z czym warto sygnalizować temu podmiotowi przypadki, w których jednostka sektora finansów publicznych w sposób uparty i bezrefleksyjny upiera się przy wadliwym stanowisku, zamiast oszczędzić podatnikom zbędnych wydatków związanych z prowadzeniem procesu.

Warto w tej sytuacji pamiętać, że bezpodstawna odmowa zawarcia ugody przez jednostki sektora publicznego może się okazać dla decydentów dużo groźniejsza niż jej podpisanie. Nowe przepisy ustawy o finansach publicznych (art. 54a) przewidują bowiem, że taka właśnie sytuacja może stanowić uszczuplenie publicznych środków narażające decydenta na odpowiedzialność z tytułu dyscypliny finansów publicznych.





19.

Na zakupach unijnych podmiotów

KRZYSZTOF BRYSIEWICZ
Radca prawny

Rynek dotacji to również rynek podmiotów, które takie dotacje pozyskują. Na rynku M&A popularnym i łakomym kąskiem pozostają przedsiębiorstwa, które mają podpisane umowy o wsparcie ze środków unijnych. W zasadzie każdy taki podmiot, który pozyskuje unijne dotacje, mocno zyskuje na atrakcyjności w oczach inwestorów.

Nie wszyscy jednak zdają sobie sprawę, że obok typowych problemów związanych z przejęciem/nabyciem przedsiębiorstwa realizującego unijne projekty lub jego zorganizowanej części, transakcja taka wymaga zachowania tzw. zasady trwałości, co oznacza, że nie może ona powodować zasadniczej modyfikacji takich projektów. Przedsiębiorca o tym, czym są te pojęcia, dowiaduje się często już po dojściu transakcji do skutku, gdy instytucja udzielająca unijnego dofinansowania zaskakuje nieświadomego nabywcę wypowiedzeniem umowy o dofinansowanie i żądaniem zwrotu przekazanych w ramach dofinansowania środków. Aby uniknąć tego typu sytuacji, niezbędne jest, jeszcze przed przeprowadzeniem transakcji, zwrócenie szczególnej uwagi na kwestie związane ze specyfiką projektów unijnych.

Jednym z istotnych wymogów w realizacji tych projektów jest zachowanie tzw. zasady trwałości, która mówiąc ogólnie, sprowadza się do zakazu dokonywania istotnych modyfikacji projektów.

Modyfikacje takie mogą przy tym polegać zarówno na zmianach przedmiotowych (np. wymiana kadry projektu, zmiana sposobu jego realizacji, modyfikacja zakupowanych środków, modyfikacja wskaźników), jak i podmiotowych polegających na zmianie cech charakterystycznych danego podmiotu, np. statusu przedsiębiorstwa.

Jednym z najczęstszych błędów popełnianych przy tego typu transakcjach jest właśnie niezwracanie uwagi na status przedsiębiorstwa nabywcy, co w sytuacjach, gdy duży podmiot kupuje mniejszego przedsiębiorcę, może prowadzić do utraty całości dotacji wraz z odsetkami.

Jak uniknąć tego typu ryzyka? Najlepiej dokonać po pierwsze rzetelnego badania (potencjalny zwrot środków może obciążać nie tylko bezpośredniego nabywcę, ale również inne podmioty zaangażowane w transakcję) statusu dotacji i warunków, pod jakimi została przyznana, a następnie co najmniej poinformować instytucję, która przyznała wsparcie, o planowanej transakcji.

Niekiedy jednakże życie pisze własne scenariusze. Tak też było w przypadku pewnego przedsiębiorcy, który sprzedał przedsiębiorstwo z unijnymi dotacjami i to nie jedną, ale wieloma, i zaniedbał stosownych analiz.

Wiele miesięcy po przeprowadzeniu transakcji, która obejmowała zresztą spółkę będącą częścią notowanego na giełdzie holdingu, instytucja zwróciła się z zapytaniem dotyczącym tej transakcji i jej wpływu na realizowane projekty, w szczególności instytucja pytała o moment zakupu przedsiębiorstwa.

Przedsiębiorca odpowiedział, że nowy nabywca będący dużym przedsiębiorstwem kupił projekt w ostatnim roku okresu trwałości, w związku z czym jego zdaniem status przedsiębiorstwa nie uległ zmianie i nie było podstaw do pomniejszania kwoty dotacji. Zgodnie z brzmieniem przepisów dotyczących statusu przedsiębiorstwa status ten ulega zmianie, jeżeli w ciągu kolejnych dwóch lat obrachunkowych przedsiębiorstwo przekracza pułapy zatrudnienia i danych finansowych przewidzianych dla jego kategorii. Np. jeżeli średni przedsiębiorca zatrudniał dwa lata z rzędu więcej niż 250 pracowników, to powinien być traktowany jako przedsiębiorca duży. W tym przypadku instytucja skłoniła się do ww. wykładni, uznając, że rzeczywiście transakcja nie zmieniła struktury przedsiębiorstwa z dnia na dzień, a co za tym idzie, nie ma podstaw do żądania zwrotu dotacji od beneficjenta.

Gdyby tylko instytucja znała bardziej restrykcyjną wykładnię tej definicji przyjętą przez Komisję Europejską w sprawie Twinnings, zgodnie z którą zasada dwóch lat obrachunkowych nie znajdzie zastosowania, jeżeli zmiana statusu nie ma charakteru organicznego, a wynika z transakcji, sprawa zapewne mogłaby się skończyć dużo gorzej.



20.

Dotacja, windykacja, sanacja

JAN SAKŁAWSKI
Radca prawny

Dotacja to zastrzyk finansowy, który wspiera przedsiębiorcę w określonym zakresie, pomaga rozwinąć działalność, umożliwia zakup środków trwałych lub też rozszerzenie zasobów kadrowych. Instytucje kontrolują wydatkowanie tego rodzaju środków i jeżeli nie dopatrzą się na koniec projektu nieprawidłowości, to przedsiębiorstwo kontynuuje swoją działalność z wykorzystaniem dodatkowego potencjału uzyskanego w ramach dofinansowanego projektu.

Będący przedsiębiorcą beneficjent środków unijnych podlega normalnym regułom gry rynkowej i w przypadku popadnięcia w stan niewypłacalności powinien – podobnie jak każdy przedsiębiorca – podjąć próbę restrukturyzacji prowadzonego przedsiębiorstwa lub złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości. W pierwszym z wymienionych rozwiązań celem postępowania będzie wyprowadzenie przedsiębiorcy na prostą i umożliwienie mu kontynuowania działalności, w tym działalności wykorzystującej środki unijne. W ramach takiego postępowania przedsiębiorca może umorzyć część zobowiązań, zrestrukturyzować zadłużenie i zracjonalizować wydatki, będąc jednocześnie tymczasowo chronionym przed egzekucją. Nie powinno więc budzić wątpliwości, że restrukturyzacja raczej pomaga niż przeszkadza w wydatkowaniu środków z dotacji.

Co dzieje się jednak w sytuacji, gdy pomimo prawidłowego i zgodnego z zasadami dobrej gospodarki wydatkowania przedsiębiorcy powinie się noga i będzie zmuszony zamknąć prowadzoną działalność? Czy w sytuacji, gdy przedsiębiorca ogłosi upadłość, automatycznie musi zwrócić przyznane mu pieniądze?

Zgoła inna sytuacja powstaje w przypadku ogłoszenia przez przedsiębiorcę upadłości. Na ogół postępowanie takie kończy się sprzedażą poszczególnych składników majątku i wykreśleniem podmiotu z rejestru przedsiębiorców. Z oczywistych względów nie ma wtedy możliwości kontynuowania działalności objętej dotacją. Instytucja przyznająca środki będzie w takiej sytuacji zobligowana prawem unijnym do przeprowadzenia badania, czy upadłość ma charakter nieoszukańczy, a także czy nie poprzedzały jej nieprawidłowości w wydatkowaniu środków. Innymi słowy, instytucja będzie musiała zbadać, czy upadłość pozostaje w związku z przyznaną dotacją, czy też stanowi konsekwencję okoliczności obiektywnych, wynikających z normalnych warunków panujących na rynku. Takimi okolicznościami mogą być na przykład: ograniczona dostępność surowca, którego nie brakowało w momencie rozpoczęcia projektu, czy też znaczne zmniejszenie popytu na towar w państwie, do którego przedsiębiorca planował go eksportować z wykorzystaniem dotacji, a także, co szczególnie ostatnio może budzić zainteresowanie, radykalna zmiana otoczenia prawnego. Ciekawym przykładem tego rodzaju zdarzenia może być załamanie branży wiatrakowej, która konsekwentnie podupada pod naporem niekorzystnej legislacji i konsekwentnego ignorowania problemów rynku zielonych certyfikatów.

W przypadku, gdy stwierdzone zostaną nieprawidłowości w wydatkowaniu, instytucje finansujące mogą przejąć wypłacone środki, a jeżeli te zostały już wydane – zakupione w ten sposób aktywa. Do dnia zamknięcia projektu składniki te nie wchodzą bowiem do masy upadłości, nie podlegają egzekucji i zaspokoić się z nich może jedynie instytucja finansująca. Jednocześnie nie każdy projekt obejmuje zakup aktywa przedstawiającego samodzielnie istotną wartość rynkową. W przypadku, gdy takiego aktywa nie ma, instytucja próbująca windykować swoje należności pozostaje właściwie z niczym i może jedynie posiłkować się instrumentami prawnokarnymi.

W tym z kolei zakresie możliwe jest oskarżenie przedsiębiorcy o wyłudzenie dotacji. Nie jest to jednak takie proste, ponieważ konieczne jest w takiej

sytuacji wykazanie, że przedłożył on podrobione albo nierzetelne dokumenty o istotnym znaczeniu. O wyłudzeniu można więc mówić np., gdy upadłość beneficjenta została wywołana zafałszowaniem jego faktycznej sytuacji majątkowej w procesie ubiegania się o dotację. W przypadku, gdy nierzetelność dokumentów obejmowała jedynie kwestie o mniejszym ciężarze gatunkowym (np. oświadczenia dotyczące liczby pracowników, zaświadczenia z ZUS lub US), przestępstwo wyłudzenia nie zostanie popełnione, choć oczywiście nie wyłącza to odpowiedzialności za przerabianie dokumentów urzędowych. Nie można również w takiej sytuacji tracić z oczu typowo „upadłościowych" przestępstw, takich jak faworyzowanie wierzycieli czy pozorne bankructwo.

Podsumowując, upadłość beneficjenta środków unijnych niesie ze sobą dalej idące konsekwencje niż upadłość innych przedsiębiorców. Instytucja finansująca będzie bowiem szczegółowo badać, czy środki były wydatkowane prawidłowo, a także czy upadłość była wynikiem uwarunkowań rynkowych, czy też miała charakter zaplanowany i kontrolowany. Instytucja będzie również we własnym zakresie analizować, czy beneficjentowi można postawić zarzut wyłudzenia dotacji, a w konsekwencji czy należy zawiadamiać o tym organy ścigania. Jednocześnie z praktyki instytucji wynika, że rzadko używają one instrumentów prawnokarnych, jeżeli mogą dotację „bezboleśnie" odzyskać. Jeżeli natomiast trafią na sporządzaną przez syndyka listę wierzytelności bez faktycznej możliwości zaspokojenia, można się spodziewać, że spróbują zainteresować prokuratora prowadzonym postępowaniem.

