

2020

Ministerstwo Funduszy
i Polityki Regionalnej

Departament Koordynacji
Wdrażania Funduszy UE

[TRWAŁOŚĆ W PROJEKTACH WSPÓŁFINANSOWANYCH Z FUNDUSZY UE]

Komentarz do przepisów

Spis treści

Spis treści.....	1
Wykaz skrótów	2
Wstęp	3
1 Obowiązujące przepisy	4
2 Projekty podlegające obowiązkowi zachowania trwałości	5
3 Wyjątki od zastosowania zasady trwałości	8
4 Okres trwałości	9
5 Zaprzestanie działalności produkcyjnej lub przeniesienie jej poza obszar objęty programem	10
6 Zmiana własności	11
7 Nienależne korzyści	12
7.1 Zmiana własności a nienależne korzyści	13
8 Istotna zmiana w projekcie a naruszenie celów projektu	15
9 Zagadnienia problemowe – doświadczenia z wdrażania	16
9.1 Zatrzymanie kwoty spornej przez IZ przy końcowym rozliczeniu projektu a okres trwałości	16
9.2 Dzielenie projektu na etapy a okres trwałości	16
9.3 Wymiana sprzętu - zasady.....	16
9.3.1 Wymiana przestarzałego sprzętu	17
9.3.2 Okres amortyzacji sprzętu krótszy niż okres trwałości.....	18
9.4 Zmiana własności w trakcie realizacji projektu	18
9.5 Zmiana własności po zakończeniu projektu – przykład 1.....	19
9.6 Zmiana własności po zakończeniu projektu – przykład 2.....	20
10 Siła wyższa a zasada trwałości projektu	21

Wykaz skrótów

- 1) CRII Plus - Coronavirus Response Investment Initiative Plus¹
- 2) EFSI – Europejskie Fundusze Strukturalne i Inwestycyjne
- 3) EFS – Europejski Fundusz Społeczny
- 4) IZ – Instytucja Zarządzająca
- 5) KE – Komisja Europejska
- 6) MŚP – małe i średnie przedsiębiorstwa
- 7) POIR – Program Operacyjny Inteligentny Rozwój
- 8) Rozporządzenie 1303/2013, rozporządzenie ogólne – Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające ogólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006
- 9) UE – Unia Europejska

¹ Inicjatywa unijna mająca na celu złagodzenie skutków pandemii COVID-19 i ich wpływu na wdrażanie funduszy.

Wstęp

Założeniem funkcjonowania EFSI jest takie ich wydatkowanie, aby zapewniły trwałe, pozytywne zmiany w gospodarce. Zarówno Umowa Partnerstwa, jak i inne dokumenty strategiczne stawiają akcent na trwałe efekty podejmowanych inicjatyw. Inwestycje w ramach programów operacyjnych powinny przyczynić się do trwałego, zrównoważonego rozwoju, wzrostu zatrudnienia oraz podniesienia konkurencyjności regionów. W związku z tym, na podmioty korzystające z funduszy nakłada się szereg obowiązków, których spełnienie zapewnia realizację celów rozwojowych. Do takich obowiązków należy wymóg zachowania trwałości projektu. Trwałość projektu oznacza utrzymanie inwestycji przez okres pięciu albo trzech lat od daty rozliczenia projektu. W wyznaczonym okresie beneficjent nie może dokonać istotnych zmian w projekcie ani zaprzestać działalności.

Celem niniejszego materiału jest analiza zagadnienia trwałości projektu w kontekście przepisów unijnych obowiązujących w perspektywie finansowej 2014 – 2020. Niniejszy dokument ma charakter informacyjny i nie podważa decyzji Instytucji Zarządzających ani Pośredniczących względem beneficjentów.

Należy zauważyć, że prawo polskie nie reguluje zagadnienia trwałości projektu. Podstawę prawną w tej kwestii stanowią zatem rozporządzenia unijne. Doprecyzowanie przepisów UE zawarto natomiast w wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków wydanych przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego.

Niniejszy materiał zawiera omówienie kluczowych pojęć związanych z zasadą trwałości i stanowi próbę odpowiedzi na najczęściej zadawane pytania napływające do IZ. Opracowanie opiera się w dużym stopniu na dotychczasowych doświadczeniach związanych z analizą trwałości, nielicznych interpretacjach uzyskanych od przedstawicieli KE oraz na analizie przykładów, w których swoje stanowisko prezentowały IZ.

1 Obowiązujące przepisy

Zgodnie z przepisami rozporządzenia ogólnego, w przypadku projektu obejmującego inwestycje w infrastrukturę lub inwestycje produkcyjne, **dokonuje się zwrotu wkładu z EFSI**, jeżeli w okresie pięciu lat (albo trzech lat w przypadku MŚP) od daty płatności końcowej na rzecz beneficjenta (lub w okresie ustalonym zgodnie z zasadami pomocy państwa), zajdzie jedna z niżej wymienionych okoliczności:

- a) zaprzestanie działalności produkcyjnej lub przeniesienie jej poza obszar objęty programem,
- b) zmiana własności elementu infrastruktury, która daje przedsiębiorstwu lub podmiotowi publicznemu nienależne korzyści,
- c) istotna zmiana wpływająca na charakter projektu, jego cele lub warunki wdrażania, która mogłaby doprowadzić do naruszenia pierwotnych celów projektu.

Kwoty nienależnie wypłacone w odniesieniu do takiego projektu podlegają odzyskaniu od beneficjenta w wysokości proporcjonalnej do okresu, w którym trwałość nie została zachowana.

Przepisy te nie mają zastosowania do wkładów na rzecz instrumentów finansowych lub dokonywanych przez takie instrumenty, ani na rzecz projektów, w przypadku których zaprzestano działalności produkcyjnej w związku z upadłością niewynikającą z oszukańczego bankructwa.

2 Projekty podlegające obowiązkowi zachowania trwałości

Obowiązek zachowania trwałości dotyczy, zgodnie z art. 71 ust. 1 rozporządzenia 1303/2013, projektów obejmujących inwestycje w infrastrukturę lub inwestycje produkcyjne².

Na wstępie należy stwierdzić, że rozporządzenie nie zawiera wyjaśnień żadnych pojęć występujących w przepisach dotyczących trwałości, co utrudnia prawidłowe ich stosowanie. W tym kontekście dodatkową komplikacją jest niewłaściwe (niezgodne z intencją prawodawcy unijnego) tłumaczenie określenia „productive activity”. W języku polskim nie używa się wprawdzie określenia „działalność produkcyjna”, niemniej tym, co należy rozumieć pod angielskim pojęciem „productive activity” jest jakakolwiek działalność, która ma wartość ekonomiczną na rynku. Obejmuje ona zatem **zarówno działalność produkcyjną, jak i usługową**.

Zgodnie z interpretacją KE, **inwestycja produkcyjna** to inwestycja w środki trwałe lub wartości niematerialne i prawne przedsiębiorstwa korzystającego z dotacji, które to aktywa mają służyć wytwarzaniu towarów i usług przyczyniając się w ten sposób do wzrostu kapitału i zatrudnienia³.

Tym samym należy stwierdzić, że przepisy dotyczące trwałości obejmują również inwestycje w wartości niematerialne i prawne. Jest to uzasadnione faktem, że mogą one być niezbędne dla prowadzenia działalności (np. w wyniku utraty patentu lub licencji proces produkcji może zostać wstrzymany).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2019 r. poz. 351, z późn. zm.), dalej jako *ustawa o rachunkowości*, poprzez **wartości niematerialne i prawne** rozumie się, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 17 tejże ustawy, **nabyte przez jednostkę, zaliczane do aktywów trwałych, prawa majątkowe nadające się do gospodarczego wykorzystania, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok**, przeznaczone do używania na potrzeby jednostki, a w szczególności:

- autorskie prawa majątkowe, prawa pokrewne, licencje, koncesje,

² Ilekroć w niniejszym opracowaniu jest mowa o działalności produkcyjnej lub inwestycjach produkcyjnych, należy przez to rozumieć również działalność usługową lub inwestycje w obszarze usług.

³ Definicja zawarta w wyjaśnieniach KE przygotowanych w ramach CRII Plus: „It should be noted that, in the absence of a regulatory definition, according to an established interpretation a **productive investment** is understood as an investment in fixed capital or immaterial assets of the enterprise benefiting from the grant, which are to be used for the production of goods and services thereby contributing to gross capital formation and employment.”

- prawa do wynalazków, patentów, znaków towarowych, wzorów użytkowych oraz zdobniczych,
- know-how.

Poprzez **środki trwałe**, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy o rachunkowości, należy rozumieć, z zastrzeżeniem inwestycji, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 17 tej ustawy, **rzeczowe aktywa trwałe i zrównane z nimi, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok, kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki organizacyjnej**. Zalicza się do nich w szczególności:

- nieruchomości, w tym: grunty, prawo użytkowania wieczystego gruntu, budowle i budynki, będące odrębną własnością lokale, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego oraz spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego,
- maszyny, urządzenia, środki transportu,
- ulepszenia w obcych środkach trwałych,
- inwentarz żywy.

Jeśli chodzi natomiast o infrastrukturę, to w przepisach prawa polskiego brak definicji tego pojęcia. Zgodnie z podejściem KE, poprzez **infrastrukturę** należy rozumieć własność materialną o charakterze trwałym, która spełnia następujące warunki:

- ma charakter nieruchomy (jest na stałe przytwierdzona do podłoża albo do nieruchomości),
- ma nieograniczoną żywotność przy normalnym użytkowaniu obejmującym standardową dbałość i konserwację,
- zachowuje swój oryginalny kształt i wygląd w trakcie użytkowania⁴.

⁴ Definicja zawarta w wyjaśnieniach KE przygotowanych w ramach CRII Plus: "As regards **investments in infrastructure**, it covers a tangible property of permanent nature that meets the following conditions:

- It has an immobile nature (it is either permanently attached to the ground or to a property that is permanently attached to the ground and, in this case, it loses its identity through the incorporation and becomes a part of the immobile property to which it is attached).
- Under normal conditions of use, including reasonable care and maintenance, it has an unlimited life period.
- It retains its original shape and appearance with use."

Należy podkreślić, że nie ma możliwości wyłączenia stosowania art. 71 rozporządzenia nr 1303/2013 w odniesieniu do aktywów trwałych, które ulegają amortyzacji w okresie krótszym niż 5 lat (3 lata dla MŚP). Niemniej, podstawowe znaczenie mają zapisy wniosku o dofinansowanie, w którym może zostać zaznaczone, że pewne elementy, ze względu na ich specyficzne cechy, zostaną zamortyzowane lub zastąpione innymi w krótszym okresie niż przewiduje art. 71, o ile służy to celom projektu. W takich wypadkach KE zaleca jednak badanie, czy w wyniku podjętych działań beneficjent nie uzyskał nieuzasadnionych korzyści. Co do zasady, beneficjent powinien być w stanie udowodnić, iż usunięty element z racji zużycia musiał zostać wymieniony.⁵

⁵ Sprawozdanie z posiedzenia COCOF z 24 września 2008 r. (COCOF, czyli Komitet Koordynujący Fundusze przy Komisji Europejskiej – ang. Committee of the Coordination of the Funds – obecnie COESIF, tj. Komitet Koordynujący Europejskie Fundusze Strukturalne i Inwestycyjne – ang. Coordination Committee for the European Structural and Investment Funds.)

3 Wyjątki od zastosowania zasady trwałości

Zgodnie z art. 71 ust. 4 rozporządzenia 1303/2013, przepisy dotyczące trwałości nie mają zastosowania:

- a) do wkładów na rzecz **instrumentów finansowych** lub dokonywanych przez takie instrumenty,
- b) do projektów, w przypadku których zaprzestano działalności produkcyjnej w związku z **upadłością niewynikającą z oszukańczego bankructwa**.

Brak ogłoszenia upadłości wobec beneficjenta, który zaprzestał prowadzenia działalności (z wyłączeniem przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1228 z późn. zm.), oznacza naruszenie zasady trwałości.

W sytuacji, gdy wobec beneficjenta ogłoszona została upadłość, właściwa instytucja będąca stroną umowy – wykorzystując dostępne jej środki (zgodne z obowiązującymi przepisami prawa) przeprowadza weryfikację służącą ocenie, czy w danym przypadku występują przesłanki wskazujące, że upadłość mogła być skutkiem oszukańczego bankructwa. W przypadku zaistnienia podejrzenia, że upadłość beneficjenta mogła mieć charakter oszukańczy, instytucja jest zobowiązana do złożenia zawiadomienia o możliwości popełnienia czynu zabronionego w trybie art. 304 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 30 z późn. zm.). Oszukańcze bankructwo potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu oznacza naruszenie zasady trwałości projektu.

Ponadto, zgodnie z art. 71 ust. 3 rozporządzenia 1303/2013, wymóg zachowania trwałości projektu nie dotyczy **projektów współfinansowanych ze środków EFS** oraz **projektów współfinansowanych z innych EFSI nie będących inwestycjami w infrastrukturę ani inwestycjami produkcyjnymi**, o ile nie podlegają one obowiązkowi utrzymania inwestycji zgodnie z obowiązującymi zasadami pomocy państwa⁶.

⁶ W takiej sytuacji zaprzestanie działalności albo przeniesienie jej poza obszar wsparcia programu w okresie ustalonym w zasadach pomocy państwa będzie stanowić naruszenie zasady trwałości – więcej zob. pkt 5.

4 Okres trwałości

Trwałość projektów musi być co do zasady utrzymana przez okres **5 lat od daty płatności końcowej** na rzecz beneficjenta. Odmienne uregulowania dotyczą następujących przypadków:

- projektów, dla których wsparcie udzielane jest na podstawie przepisów o pomocy państwa - wówczas okres trwałości ustala się zgodnie z tymi przepisami;
- projektów dotyczących utrzymania inwestycji lub miejsc pracy stworzonych przez MŚP - okres trwałości może zostać skrócony do 3 lat. Decyzję w tej sprawie podejmuje państwo członkowskie i ma ona zastosowanie do wszystkich projektów, dla których okres trwałości może potencjalnie zostać skrócony do 3 lat.
- projektów obejmujących inwestycje w infrastrukturę lub inwestycje produkcyjne – działalność produkcyjna nie może zostać przeniesiona poza obszar UE przez okres 10 lat, z wyjątkiem przypadków, gdy beneficjentem jest MŚP albo gdy wsparcie udzielane jest zgodnie z zasadami pomocy państwa.

Poprzez **datę płatności końcowej** na rzecz beneficjenta należy rozumieć:

- datę obciążenia rachunku płatniczego instytucji przekazującej środki beneficjentowi – w przypadku, gdy beneficjentowi w ramach rozliczenia wniosku o płatność końcową przekazywane są środki albo
- datę zatwierdzenia wniosku o płatność końcową - w pozostałych przypadkach.

Dla rozpoczęcia biegu okresu trwałości nie ma zatem znaczenia, czy w ramach ostatecznego rozliczenia projektu dokonywany jest przelew środków na rzecz beneficjenta, czy też nie.

5 Zaprzestanie działalności produkcyjnej lub przeniesienie jej poza obszar objęty programem

Bez względu na rodzaj prowadzonej przez beneficjenta działalności (produkcyjnej czy usługowej), zaprzestanie działalności w okresie trwałości albo jej przeniesienie poza obszar wsparcia objęty programem stanowi naruszenie zasady trwałości i wiąże się z koniecznością zwrotu wkładu z funduszy proporcjonalnie do okresu, w którym trwałość nie została zachowana. Jedynym wyjątkiem od konieczności zwrotu środków jest sytuacja, w której zaprzestanie działalności jest spowodowane upadłością niewynikającą z oszukańczego bankructwa.

Należy przy tym podkreślić, że zaprzestanie działalności dotyczy działań prowadzonych w ramach projektu, a nie ogólnej działalności gospodarczej beneficjenta. Oznacza to, że jeżeli beneficjent przerwał działalność w ramach projektu, a jednocześnie dalej prowadzi inną, nawet powiązaną z projektem działalność gospodarczą, stanowi to naruszenie zasady trwałości.

W odniesieniu do działalności produkcyjnej warto zauważyć, że obowiązek wynikający z art. 71 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1303/2013 dotyczy utrzymania działalności, a nie utrzymania produkcji wyrobu o określonym wzorze przemysłowym czy użytkowym. Zrozumiałym jest zatem, że w odniesieniu do produkcji sezonowej trudno utrzymać produkcję tego samego wzoru przez okres pięciu czy nawet trzech lat. Dlatego też, po zrealizowaniu celu projektu, jakim mogło być m. in. wprowadzenie danego wzoru do produkcji, dopuszczalna jest zmiana profilu produkcji w okresie trwałości projektu.

6 Zmiana własności

Poprzez „własność” rozumie się przysługujące podmiotom **prawo rzeczowe**, tj. prawo o charakterze cywilnoprawnym, które obejmuje pełny zakres uprawnień wobec rzeczy. Prawo własności obejmuje „pełnię władzy” właściciela nad jego rzeczą – uprawnienie do korzystania z rzeczy oraz do rozporządzania nią. Własność należy do praw majątkowych, zatem jego funkcja polega na bezpośredniej realizacji interesów ekonomicznych uprawnionego. Własność nie jest tożsama z posiadaniem, które należy postrzegać jako swoisty stan faktyczny, a nie prawo majątkowe. Instytucja **użytkowania wieczystego** z uwagi na swoją specyfikę oraz charakter stosowania na potrzeby kontroli zasady trwałości powinna być traktowana na równi z własnością.

Na gruncie prawa cywilnego wyróżniamy także **ograniczone prawa rzeczowe**. Prawa te polegają na wykonywaniu niektórych uprawnień na cudzej rzeczy, przysługujących w zwykłych warunkach właścicielowi. W takim znaczeniu ograniczone prawa rzeczowe stanowią „obciążenia” prawa własności. Specyficzną instytucją prawa publicznego jest tzw. **trwały zarząd**, który reguluje zasady użytkowania nieruchomości Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego przez nieposiadające osobowości prawnej jednostki organizacyjnie tych podmiotów. Stosowanie tej formy prawnej nie prowadzi do zmiany własności.

„Zmianę własności elementu infrastruktury” należy rozumieć szeroko tj. jako zmianę własności elementu projektu, w tym również sprzętu czy urządzenia.

Zmiana własności jest równoznaczna ze zmianą właściciela albo zmianą podmiotu posiadającego prawo użytkowania wieczystego. Za zmianę własności uznaje się prawne jej przeniesienie na inny podmiot. Przeniesienie własności dokonuje się na mocy umowy sprzedaży, zamiany, darowizny, przekazania lub innej umowy służącej przeniesieniu własności rzeczy. Pojęcie to obejmuje również przekształcenia polegające na zmianach w strukturze własnościowej określonego podmiotu, w tym na zmianach struktury udziałów w spółce z o.o. i zmianie struktury akcjonariatu w spółce akcyjnej.

W kontekście potencjalnego naruszenia zasady trwałości nie ma znaczenia, czy przeniesienie własności następuje w obrębie tylko podmiotów prywatnych, tylko publicznych czy też z podmiotu publicznego na prywatny albo odwrotnie.

Należy podkreślić, że **sama zmiana własności nie przesądza automatycznie o naruszeniu zasady trwałości**. Z naruszeniem trwałości mamy do czynienia wówczas, gdy zmiana własności skutkuje uzyskaniem **nienależnej korzyści** przez podmiot publiczny albo prywatny.

7 Nienależne korzyści

Poprzez **korzyść** należy rozumieć:

- przysporzenie majątkowe, w tym uzyskanie przychodu, zwolnienie z długu lub uniknięcie straty, albo
- uzyskanie pozycji ekonomicznie lepszej niż możliwa do uzyskania przez inne podmioty w tych samych warunkach.

Korzyść nienależna (nieuzasadniona) to natomiast korzyść, która jest nie do pogodzenia z celami pomocy realizowanej ze środków funduszy UE lub z celami danego działania programu operacyjnego, np. wejście w posiadanie infrastruktury przez podmiot, który nie uzyskałby wsparcia w ramach danego działania, ponieważ nie spełniał kryteriów dostępu.

Przesłanka uzyskania nieuzasadnionej korzyści jest sformułowana w sposób na tyle ogólny, że nie pozwala ograniczyć jej zastosowania tylko do beneficjenta środków unijnych. Poprzez podmiot publiczny lub przedsiębiorstwo, o których mowa w przepisach rozporządzenia dotyczących trwałości, należy zatem rozumieć zarówno beneficjenta jak również jakikolwiek inny podmiot, np. taki, któremu beneficjent miałby nieodpłatnie przekazać infrastrukturę.

W przypadku beneficjentów, korzyścią może być w szczególności uzyskanie jakiegokolwiek przychodu w wyniku zmiany własności elementu infrastruktury, natomiast dla podmiotów innych niż beneficjenci, w tym dla kontrahentów, korzyścią może być np. zakup infrastruktury po cenie niższej niż rynkowa.

Jedną z często rozważanych sytuacji w kontekście potencjalnego naruszenia zasady trwałości jest zbycie udziałów przez podmiot publiczny na rzecz innego podmiotu publicznego. Korzyść zachowuje uzasadniony charakter tylko wówczas, gdy po zmianie właściciela infrastruktura dalej służy realizacji zadania publicznego, w związku z którym została dofinansowana ze środków UE.

W przypadku, w którym podmiot publiczny zbywa udziały po cenie powiększonej o wzrost wartości wynikający z dofinansowania z UE, przejmuje tym samym tę korzyść, a nie kontynuując zadań publicznych, na realizację których przeznaczono dofinansowanie, powoduje, że uzyskana przez niego korzyść staje się nienależna. (Do naruszenia trwałości dojdzie zatem niezależnie do tego czy nabywca będzie kontynuował realizację zadań, czy też nie.) W przypadku, gdy beneficjent w cenie udziałów uwzględni korzyść, jaką uzyskał w związku ze wsparciem ze środków UE, nabywca przejmie udziały po cenie niższej niż rynkowa i tym samym przejmie korzyść wynikającą ze wsparcia funduszy UE. W sytuacji, w której nabywca infrastruktury będzie kontynuował realizację zadania publicznego

zgodnie z pierwotnymi założeniami projektu, można uznać, że korzyść zachowała swój uzasadniony charakter. Nie dojdzie zatem do naruszenia trwałości projektu pomimo zmiany właściciela infrastruktury.

Natomiast w odniesieniu do relacji pomiędzy podmiotami gospodarczymi (prywatnymi) należy przyjąć, że dalsze przekazywanie korzyści, np. poprzez zbycie udziałów/akcji na zasadach obowiązujących na danym rynku (bez przetargu, w drodze przetargu, w obrocie giełdowym) kolejnym podmiotom, które kontynuują działalność beneficjenta w sposób zgodny z wymaganiami wynikającymi z umowy o dofinansowanie, nie powinno być, co do zasady, uznane za nieuzasadnione.

W kontekście przepisów dotyczących pomocy publicznej (w zakresie świadczenia usług publicznych czy udzielania pomocy sektorowej) przyznanie pomocy beneficjentowi zgodnie z tymi przepisami legalizuje przyznane dofinansowanie i tym samym powoduje, że jest ono „uzasadnione”. Dalsze przekazywanie takiej korzyści (pomiędzy przedsiębiorcami), która już raz (tj. w chwili przyznania pomocy beneficjentowi) została uznana za legalną i proporcjonalną (uzasadnioną), poprzez transakcje handlowe, nie powinno być uznane za korzyść nienależną, o ile przejęcie korzyści nie powoduje naruszenia zasad udzielania pomocy publicznej (np. pośrednio poprzez przyznanie dużemu przedsiębiorcy dofinansowania w wyższej wysokości dopuszczalnej tylko dla MŚP, czy też poprzez przekazanie majątku przeznaczonego dla podmiotu realizującego usługi publiczne na podstawie umowy o świadczeniu usług publicznych, podmiotowi który nie jest stroną takiej umowy). Należy jednak pamiętać, że w każdym przypadku działalność objęta projektem powinna być kontynuowana.

7.1 Zmiana własności a nienależne korzyści

Badanie potencjalnego naruszenia przesłanki zawartej w art. 71 ust. 1 lit. b rozporządzenia 1303/2013 należy przeprowadzić według następującego schematu:

- 1) Najpierw należy potwierdzić, że doszło do zmiany własności elementu infrastruktury współfinansowanej w ramach realizowanego projektu. (Przypadki stanowiące zmianę własności zostały omówione w pkt 6.).
- 2) Następnie należy dokonać oceny, czy w wyniku zmiany własności infrastruktury beneficjent lub inny podmiot publiczny albo prywatny, uzyskał jakkolwiek korzyść (zob. pkt 7).
- 3) W ostatnim kroku należy zbadać, czy uzyskana przez dany podmiot korzyść była korzyścią nienależną /nieuzasadnioną (zob. pkt 7).

Należy podkreślić, że aby doszło do naruszenia przesłanki wskazanej w lit. b art. 71, trzeba uzyskać odpowiedź twierdzącą na wszystkie wyszczególnione powyżej pytania. Do naruszenia zasady

trwałości niewystarczająca jest sama zmiana własności infrastruktury. Musi ona wiązać się z uzyskaniem nieuzasadnionej korzyści przez beneficjenta lub inny podmiot prywatny albo publiczny.

8 Istotna zmiana w projekcie a naruszenie celów projektu

Zgodnie z przepisem zawartym w art. 71 ust. 1 lit. c rozporządzenia 1303/2013, z naruszeniem zasady trwałości mamy do czynienia również w sytuacji, gdy w projekcie zaszła istotna zmiana wpływająca na jego charakter, cele lub warunki wdrażania, która to zmiana mogłaby doprowadzić do naruszenia pierwotnych celów projektu.

Warto zauważyć, że przesłanka zmiany charakteru projektu była uwzględniana w przepisach dotyczących trwałości we wszystkich perspektywach finansowych. Pomimo to, podobnie jak pojęcie nienależnej korzyści, nie została zdefiniowana w przepisach unijnych.

Poprzez **charakter projektu** można rozumieć taki zespół jego cech, które odróżniają go od innych projektów tego samego rodzaju. Do określenia charakteru inwestycji w infrastrukturę, należy stosować obiektywne kryteria, np. parametry techniczne proponowanych rozwiązań czy dane statystyczne. Ponadto, charakter projektu determinują również najważniejsze działania podejmowane w ramach danego przedsięwzięcia.

O ile precyzyjne zdefiniowanie charakteru projektu implikuje pewne trudności, o tyle pozostałe pojęcia występujące w lit. c art. 71, tj. cele projektu oraz warunki wdrażania projektu, w zasadzie nie wymagają wyjaśnień. Zarówno cele, jak i warunki wdrażania projektu wynikają z umowy o dofinansowanie projektu. Realizację **celów projektu** ocenia się zazwyczaj przez pryzmat osiągnięcia wskaźników produktu, rezultatu lub oddziaływania. **Warunki wdrażania** dotyczą zaś okoliczności, w których projekt jest realizowany, a także tego, jakimi kompetencjami dysponuje podmiot prowadzący przedsięwzięcie lub świadczący usługi w ramach projektu.

Warto zwrócić uwagę na pojawiające się w tym przepisie określenie „**pierwotne cele**” projektu. Wydaje się, że chodzi o to, by realizację celów projektu rozpatrywać w szerszym kontekście i dokonać oceny efektów projektu przez pryzmat celów działania, w ramach którego projekt uzyskał wsparcie. Należy pamiętać, że każdy projekt otrzymujący wsparcie ze środków UE powinien przyczyniać się do realizacji celów danego programu operacyjnego i konkretnego działania, w ramach którego jest realizowany.

Należy przy tym podkreślić, że aby doszło do naruszenia zasady trwałości nie jest wystarczające samo zaistnienie zmiany, która w jakikolwiek sposób wpłynie na charakter, cele lub warunki wdrażania projektu. Zmiana ta musi doprowadzić do naruszenia pierwotnych (podstawowych) celów projektu.

9 Zagadnienia problemowe – doświadczenia z wdrażania

9.1 Zatrzymanie kwoty spornej przez IZ przy końcowym rozliczeniu projektu a okres trwałości

Dotychczasowe doświadczenia we wdrażaniu funduszy UE wskazują, że coraz częściej pojawiającym się problemem na etapie końcowego rozliczenia projektu jest występowanie sporu sądowego pomiędzy beneficjentem a IZ. W sytuacji, gdy kwota będąca przedmiotem sporu sądowego nie zostaje beneficjentowi wypłacona przez IZ, pojawia się wątpliwość co do określenia początkowej daty okresu trwałości. Mając na uwadze czas trwania procesów sądowych zaleca się, aby w sytuacji, gdy realizacja projektu została ukończona, uznać datę obciążenia rachunku płatniczego instytucji przekazującej beneficjentowi kwotę bezsporną albo datę zatwierdzenia wniosku o płatność końcową (w kształcie kwestionowanym przez beneficjenta) za początek okresu trwałości. W przypadku, gdy beneficjent zrealizował projekt zgodnie z umową o dofinansowanie projektu, z wyłączeniem sporu dotyczącego refundacji określonych wydatków, należy projekt uznać za zakończony i rozliczony z punktu widzenia instytucji. Fakt wniesienia przez beneficjenta sprawy do sądu nie powinien skutkować przesunięciem początkowej daty okresu trwałości do czasu rozstrzygnięcia sprawy, które może nastąpić nawet po kilku latach.

9.2 Dzielenie projektu na etapy a okres trwałości

Niemożliwe jest rozwiązanie polegające na podzieleniu projektu na etapy i określenie dla każdego etapu odrębnie innego okresu trwałości. Okres trwałości dotyczy projektu jako całości, tj. przedsięwzięcia precyzyjnie opisanego w umowie o dofinansowanie projektu, i dopóki wszystkie działania wynikające z umowy nie zostaną zrealizowane, a projekt jako całość nie zostanie rozliczony, bieg terminu trwałości nie może rozpocząć się ani w odniesieniu do całego projektu, ani względem jego części, nawet w sytuacji, gdy część ta stanowi odrębną całość.

9.3 Wymiana sprzętu - zasady

Zachowanie trwałości to z jednej strony obowiązek wykorzystywania dofinansowanego sprzętu w okresie trwałości, a z drugiej konieczność zapewnienia funkcjonowania projektu przez cały okres trwałości. Wymiana sprzętu w uzasadnionych przypadkach jest możliwa. Należy pamiętać o konieczności spełnienia następujących warunków:

- 1) wymiana sprzętu musi być uzasadniona koniecznością zapewnienia funkcjonowania projektu (tj. utrzymania działalności prowadzonej w ramach projektu, również na odpowiednim poziomie jakościowym),
- 2) beneficjent powinien poinformować instytucję, z którą podpisał umowę o dofinansowanie projektu, o konieczności wymiany sprzętu, przedstawić uzasadnienie (np. sprzęt stał się przestarzały, zepsuł się i nie można go naprawić, został skradziony) i uzyskać zgodę instytucji,
- 3) powinien zostać zachowany odpowiedni ślad audytowy tak, aby w razie kontroli można było stwierdzić:
 - kiedy i dlaczego doszło do wymiany sprzętu,
 - co stało się ze starym sprzętem oraz
 - z jakich środków został pozyskany nowy sprzęt.
- 4) beneficjent, dokonując zakupu nowego sprzętu nie może sfinansować go, nawet w części, z wykorzystaniem środków UE, gdyż oznaczałoby to naruszenie zasady zakazującej podwójnego finansowania wydatków (z wyjątkiem sytuacji gdy kilkakrotny zakup został przewidziany w ramach budżetu projektu i jest uzasadniony jego specyfiką).

Podobnie w innych sytuacjach, beneficjent jest zobowiązany ponosić niezbędne nakłady finansowe w celu zapewnienia funkcjonowania projektu przez cały okres trwałości.

9.3.1 Wymiana przestarzałego sprzętu

W uzasadnionych przypadkach, gdy sprzęt przestał spełniać swoje funkcje, jego wymiana na nowy jest dopuszczalna, a w niektórych przypadkach może być konieczna dla zachowania trwałości projektu.

Wymiana sprzętu może być konieczna np. w projektach badawczo-rozwojowych, w szczególności stanowiących eksperymentalne prace rozwojowe (w rozumieniu rozporządzenia KE nr 651/2014, art. 2 pkt 86) i wymagających od beneficjenta zastosowania najnowszych, innowacyjnych technologii. Takie sytuacje przewidziano np. w POIR i dlatego IZ POIR we wzorach umów o dofinansowanie zawarła stosowne postanowienia w tym zakresie. Zgodnie z nimi beneficjent może zwrócić się do IZ z wnioskiem o wyrażenie zgody na wymianę środka trwałego. Zgoda taka może zostać udzielona pod warunkiem wykazania przez beneficjenta, że pierwotnie planowany przez niego środek trwały (o którym mowa we wniosku o dofinansowanie lub w agendzie badawczej) stał się przestarzały w związku z postępem technologicznym, a tym samym w celu zapewnienia dalszej realizacji projektu

niezbędna jest jego wymiana na środek trwały o nie gorszych właściwościach i parametrach niż pierwotnie planowano.

W przypadku niektórych projektów objętych pomocą publiczną przepisy pomocowe wprost wskazują na możliwość wymiany sprzętu, np. art. 14 ust. 5 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu z dnia 17 czerwca 2014 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 187, str. 1). Zgodnie przepisem zawartym w tym artykule „Inwestycja jest utrzymywana w obszarze otrzymującym pomoc przez co najmniej pięć lat lub, w przypadku MŚP, przez co najmniej trzy lata, od daty jej ukończenia. Powyższa zasada nie wyklucza wymiany w tym okresie przestarzałych lub zepsutych instalacji lub sprzętu, pod warunkiem że działalność gospodarcza zostanie utrzymana na danym obszarze przez stosowny minimalny okres”. Zgodnie z interpretacją KE⁷, w przypadku, gdy wsparcie udzielane jest w ramach regionalnej pomocy inwestycyjnej, wymiana starej albo zepsutej instalacji lub sprzętu na nowy jest możliwa w okresie trwałości projektu pod warunkiem przechowywania sprzętu w regionie, w którym otrzymano wsparcie albo sprzedaży sprzętu po cenie rynkowej w celu uniknięcia nienależnej korzyści.

9.3.2 Okres amortyzacji sprzętu krótszy niż okres trwałości

Okres amortyzacji sprzętu może być krótszy niż okres trwałości. Taka sytuacja może dotyczyć w szczególności sprzętu komputerowego. Nie oznacza to jednak automatycznie, że zamortyzowany sprzęt należy wymienić. Wymiana może być wprawdzie wskazana, o czym mowa w pkt 9.3.1, jednak należy przyjąć, że co do zasady sprzęt powinien być użytkowany w projekcie tak długo, jak długo będzie spełniał swoją rolę. Często sprzęt, już po okresie amortyzacji, jest w pełni sprawny. W takiej sytuacji, mając na względzie zasady efektywności ekonomicznej i gospodarności, sprzęt nie powinien podlegać wymianie przed zakończeniem okresu trwałości.

9.4 Zmiana własności w trakcie realizacji projektu

Sytuacja, w której beneficjent występuje o zgodę instytucji na zbycie 100% udziałów spółce realizującej projekt, nie dotyczy zachowania zasady trwałości projektu. Okres trwałości rozpoczyna się dopiero po zakończeniu i rozliczeniu projektu. W związku z tym, dopuszczalność zmian w strukturze właścicielskiej w trakcie realizacji projektu powinna być rozpatrywana przede wszystkim

⁷ Interpretacja KE dotyczy art. 14 ust. 5 rozporządzenia 615/2014 i została zamieszczona na portalu State Aid Wiki.

w kontekście postanowień umowy o dofinansowanie projektu oraz, w szczególności, przepisów o pomocy publicznej.

Co do zasady, sytuację, w której przejęcie spółki wynika z naturalnego rozwoju przedsiębiorstwa i nie powoduje złamania zasad udzielania pomocy publicznej ani innych przepisów związanych z wdrażaniem funduszy UE, uznaje się za dopuszczalną. Należy jednak zwrócić uwagę, czy proponowana przez beneficjenta zmiana w strukturze własności nie ma na celu obejścia warunków uzyskania wsparcia w ramach konkursu.

Ponadto, istotne znaczenie ma fakt, że w sytuacji, w której podmiot zewnętrzny przejmuje 100% udziałów w spółce, pojawia się istotne ryzyko utraty kontroli nad realizacją projektu przez beneficjenta.

9.5 Zmiana własności po zakończeniu projektu – przykład 1

Beneficjent zrealizował projekt polegający na termomodernizacji mieszkań komunalnych. Po zakończeniu inwestycji postanowił sprzedać mieszkania najemcom z przysługującą im 90% bonifikatą. W związku z powyższym należy rozważyć ewentualne spełnienie przesłanek określonych w art. 71 rozporządzenia 1303/2013:

- 1) Przesłanka zawarta w art. 71 ust. 1 lit. a rozporządzenia 1303/2013 nie dotyczy tego projektu.
- 2) Sama zmiana właściciela mieszkania komunalnego w okresie trwałości projektu nie stanowi naruszenia trwałości. Mając na uwadze, że najemca ma ustawowo zagwarantowane prawo pierwokupu z 90% bonifikatą oraz to, że cena zakupu mieszkania wzrasta proporcjonalnie w związku z przeprowadzoną termomodernizacją, należy uznać, że korzyść, jaką uzyskuje nabywca, jest należna. Wystąpienie nieuzasadnionej korzyści należałoby natomiast rozważyć w przypadku, w którym dotychczasowy najemca nie wykazałby zainteresowania wykupem i gmina sprzedałaby mieszkanie podmiotowi trzeciemu po cenie rynkowej. W takiej sytuacji gmina uzyskałaby korzyść nieadekwatną do poniesionych nakładów, a wynikającą bezpośrednio z uzyskanego dofinansowania. Wówczas nienależną korzyść stanowiłaby kwota, o jaką wzrosła wartość mieszkania po wykonaniu termomodernizacji.
- 3) Przesłanka zawarta w art. 71 ust. 1 lit. c rozporządzenia 1303/2013 również nie jest spełniona, ponieważ nie zmienia się sposób wykorzystania nieruchomości.

9.6 Zmiana własności po zakończeniu projektu – przykład 2

Przedmiotem projektu (realizowanego w ramach działania ukierunkowanego na wzrost konkurencyjności MŚP) jest unowocześnienie i dostosowanie laboratoriów badawczych w celu umożliwienia prowadzenia badań przemysłowych. Beneficjent po dwóch latach od zakończeniu inwestycji postanowił sprzedać laboratoria większej firmie.

W kontekście potencjalnego naruszenia zasady trwałości należy rozważyć następujące kwestie:

- 1) Czy pomimo zmiany właściciela działalność badawcza będzie kontynuowana (lit. a art. 71)?
- 2) Czy zmiana właściciela spowodowała, że beneficjent albo nabywca uzyskali nieuzasadnioną korzyść? (lit. b art. 71)

Korzyść mogłaby być nieuzasadniona m. in. w następujących przypadkach:

- gdyby cena zakupu odbiegała od ceny rynkowej,
- gdyby nabywca był dużym przedsiębiorcą niekwalifikującym się do uzyskania wsparcia w ramach danego działania.

- 3) Czy zmiana właściciela stanowiła istotną zmianę wpływającą na charakter projektu, cele lub warunki wdrażania skutkując naruszeniem pierwotnych celów projektu (lit. c art. 71)?

Pierwotnym celem projektu było przyczynienie się do wzrostu konkurencyjności polskich firm poprzez wsparcie ukierunkowane na rozwój innowacyjnych produktów. W tym kontekście należy zatem rozważyć, czy nowy właściciel będzie dysponował pracownikami o niegorszych kompetencjach i będzie w stanie zapewnić taką samą jakość prowadzonych badań, co zapewni przyczynienie się do realizacji celu działania w ramach programu operacyjnego.

10 Siła wyższa a zasada trwałości projektu

W obrocie gospodarczym powszechne jest zawieranie w umowach klauzuli siły wyższej (*vis maior*, *act of God*, *force majeure*), zgodnie z którą, jeżeli wystąpią określonego rodzaju zjawiska i przeszkodzą jednej ze stron w wykonaniu jej zobowiązań, to strona ta nie ponosi konsekwencji niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy. Pojęcie siły wyższej, choć występuje również w aktach prawnych, np. w art. 121, 433, 435 i 846 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740), nie ma swojej legalnej definicji. Niemniej, zgodnie z doktryną prawa i ugruntowanym już orzecznictwem należy uznać, że siła wyższa to zdarzenie:

- zewnętrzne (wobec podmiotu, który chce się powołać na klauzulę siły wyższej),
- niemożliwe do przewidzenia (tj. o bardzo niskim prawdopodobieństwie wystąpienia w danej sytuacji),
- niemożliwe do zapobieżenia (przy czym chodzi o niemożność zapobieżenia nie tyle samemu zjawisku, co jego następstwom, przy zastosowaniu normalnych środków ostrożności i dostępnych rozwiązań technicznych).

Należy podkreślić, że aby daną okoliczność można było uznać za siłę wyższą, wszystkie wymienione powyżej warunki muszą być spełnione. Podkreśla to również KE w swoich wyjaśnieniach przygotowanych w ramach CRII Plus.

Zdarzenia będące siłą wyższą można podzielić na trzy kategorie:

- katastrofalne działania przyrody (np. niezwykle mrozy, powódź),
- akty władzy ustawodawczej i wykonawczej (np. wyłączenie) oraz
- niektóre zaburzenia życia zbiorowego (np. zamieszki uliczne, wojna).

Za siłę wyższą **może zostać** uznana na przykład pandemia COVID-19. Poszczególni przedsiębiorcy i niektóre branże są dotknięci gwałtownym spadkiem obrotów, spowodowanym nie tylko przez brak nowych zamówień, lecz również przez rezygnację z zamówień już istniejących. Dotyczy to zarówno towarów, jak i usług. Może to powodować konieczność czasowego zaprzestania działalności, jej ograniczenia bądź konieczność zmiany profilu działalności. Takie działanie beneficjenta w normalnych okolicznościach zostałoby potraktowane jako naruszenie zasady trwałości. Sytuacja związana z pandemią COVID-19 może jednak zostać uznana za siłę wyższą, która stanowi podstawę do odstąpienia od nałożenia na beneficjenta sankcji za niezachowanie trwałości projektu.

Należy mieć na uwadze fakt, że beneficjent, który będzie chciał usprawiedliwić niezachowanie trwałości projektu przez wymagany okres, musi wykazać, że:

- a) określone zjawisko czy zdarzenie (np. pandemia COVID-19) stanowi w jego przypadku siłę wyższą (tj. nie mógł go przewidzieć w momencie zawierania umowy o dofinansowanie **oraz nie mógł zapobiec jego skutkom w trakcie realizacji projektu ani po jego zakończeniu**),
- b) utrzymanie trwałości stało się niemożliwe oraz
- c) wystąpił związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy tymi czynnikami, tj. dane zjawisko czy zdarzenie spowodowało niemożność utrzymania trwałości projektu.

W każdym przypadku konieczne jest ustalenie, czy beneficjent dołożył należytej staranności przy wykonaniu umowy i czy faktycznie to siła wyższa była jedyną przyczyną niewywiązania się ze zobowiązań (zob. wyrok SN z dnia 11 stycznia 2001 r. sygn. akt IV CKN 150/00). Konieczność uwzględnienia tych czynników i szczegółowej, indywidualnej analizy każdego przypadku zaleca również KE⁸.

Ciężar wykazania niemożności zachowania trwałości projektu na skutek siły wyższej ciąży na beneficjencie. Zatem jeżeli beneficjent identyfikuje jakiegokolwiek ryzyko nieutrzymania trwałości projektu w związku z działaniem siły wyższej, powinien zabezpieczyć dowody na tę okoliczność np. dokumentację zdjęciową, protokoły służb ratunkowych, korespondencję handlową, oficjalne zarządzenia i komunikaty władz, dokumentację kadrową potwierdzającą kwarantannę lub zachorowanie personelu (w przypadku pandemii).

Warto zauważyć, że w normalnym obrocie gospodarczym, w przypadku zaistnienia okoliczności uniemożliwiających wywiązanie się z zobowiązań umownych, w pierwszej kolejności podejmuje się próbę takiej modyfikacji warunków umowy, aby jej realizacja mogła być kontynuowana. W przypadku projektów współfinansowanych ze środków UE, podjęcie działań naprawczych również jest wskazane, niemniej należy podkreślić, że wydłużenie okresu trwałości projektu jest niemożliwe. Możliwości takiej nie przewidziano w przepisach unijnych ani krajowych. Początkowa data okresu trwałości została określona w art. 71 rozporządzenia 1303/2013 i w sytuacji, w której bieg okresu trwałości rozpocznie się, nie ma możliwości jego zmiany.

W związku z tym, w przypadku potwierdzenia siły wyższej jako jedynej przyczyny naruszenia trwałości projektu i przy założeniu, że umowa o dofinansowanie nie zawiera postanowień wyłączających daną

⁸ Wyjaśnienia KE przygotowane w ramach CRII Plus.

okoliczność (np. epidemię COVID-19) jako siłę wyższą, beneficjent jest zwolniony z odpowiedzialności za nieutrzymanie trwałości projektu.