



Nr sprawy: EFS-III.433.10.2020

Kielce, dnia 04.08.2021 r.

DECYZJA

Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

Nr 108/21

z dnia 4 sierpnia 2021 roku

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej w składzie:

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

działając na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 i ust. 9 pkt 1 w zw. z art. 61 ust.1 pkt 2 lit. a oraz art. 67 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305), art. 104 i art. 107 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 735), art. 54 § 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1325 z późn. zm.), art. 41 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1668 z późn. zm.), art. 9 ust. 1 pkt 2 i art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 818 z późn. zm.) **z urzędu postanowił określić, że:**

Beneficjent: (...)

jest zobowiązany zwrócić dotację w kwocie (...), w tym środki Unii Europejskiej w kwocie (...) oraz środki budżetu krajowego w kwocie (...) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych:

- od kwoty (...) od dnia (...) do dnia (...), a następnie od dnia doręczenia niniejszej decyzji do dnia zwrotu środków,

- od kwoty (...) od dnia (...) do dnia (...), a następnie od dnia doręczenia niniejszej decyzji do dnia zwrotu środków,

- od kwoty (...) od dnia (...) do dnia (...), a następnie od dnia doręczenia niniejszej decyzji do dnia zwrotu środków,

- od kwoty (...) od dnia (...) do dnia (...), a następnie od dnia doręczenia niniejszej decyzji do dnia zwrotu środków,

którą otrzymał na podstawie umowy o dofinansowanie projektu pod nazwą (...) nr (...) z dnia (...), a która została wykorzystana z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy o finansach publicznych.

Wskazaną kwotę należy zwrócić na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego nr 95 1020 2629 0000 9502 0342 7440 prowadzony w banku PKO Bank Polski w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny:

W dniu (...) Departament Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego (dalej: DW EFS) ogłosił konkurs numer (...) (dalej: Konkurs) w ramach osi 8 – rozwój edukacji i aktywne społeczeństwo, Poddziałanie 8.5.1 Podniesienie jakości kształcenia zawodowego oraz wsparcie na rzecz tworzenia i rozwoju CKZiU.

(...) (dalej: Strona/Wnioskodawca/ Beneficjent/ ROT) złożyła wniosek o dofinansowanie projektu: „Świętokrzyscy hotelarze dla rynku pracy” (dalej: Wniosek).

Projekt uzyskał (...) punktów, został pozytywnie oceniony i wybrany do dofinansowania.

W konsekwencji powyższego, w dniu (...) Województwo Świętokrzyskie pełniące funkcję Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (dalej: IZ lub Organ) zawarło z (...) umowę o dofinansowanie projektu w ramach RPO WŚ na lata 2014-2020 nr (...) (dalej: Umowa).

Projekt realizowany był w okresie od (...) do (...).

Projekt był kierowany do grup docelowych z obszaru województwa świętokrzyskiego. Wsparciem mieli być objęci uczniowie z siedmiu szkół z terenu województwa:

- (...) kształcącego m. in. w zawodach: technik architektury krajobrazu, budownictwa, geodezji, hotelarstwa (liczba uczniów: 115 kobiet i 160 mężczyzn);

- (...) kształcącego m. in. w zawodach: technik technologii żywności, hotelarstwa, żywienia i usług gastronomicznych (liczba uczniów: 250 kobiet, 219 mężczyzn);

- (...) kształcącego m. in. w zawodach: technik hotelarstwa, logistyk, organizacja reklamy (liczba uczniów: 382 kobiet, 315 mężczyzn);

- (...), kształcącego m. in. w zawodach: technik hotelarstwa, żywienia i usług gastronomicznych, logistyk, ekonomista (liczba uczniów: 192 kobiet, 351 mężczyzn);

- (...) kształcącego w zawodach: technik hotelarstwa, obsługi turystycznej, ekonomista (liczba uczniów: 448 kobiet, 30 mężczyzn);

- (...) kształcącego m. in. w zawodach: technik hotelarstwa, informatyk, logistyk (liczba uczniów: 127 kobiet, 223 mężczyzn);

- (...) kształcącego m. in. w zawodach: technik hotelarstwa, żywienia, informatyk (liczba uczniów: 186 kobiet, 291 mężczyzn);

Projekt obejmował wsparciem (...) ((...) kobiet i (...) mężczyzn) z klas I-IV, co stanowiło 15% spośród 3 389 uczniów powyższych placówek oraz (...) uczących na kierunkach związanych z hotelarstwem, co stanowi łącznie (...) uczestników projektu.

Całkowita wartość projektu wyniosła: (...), w tym dofinansowanie w łącznej kwocie: (...) na które składają się:

- środki Unii Europejskiej w kwocie: (...) oraz

- środki budżetu krajowego w kwocie: (...),

oraz wkład własny Beneficjenta w (...).

W ramach projektu Wnioskodawca miał w planie wykonać 9 zadań, na które były przeznaczone następujące środki z kosztów bezpośrednich (o łącznej wartości (...)):

- zadanie 1. „(...)” – kwota: (...);

- zadanie 2. „(...)” – kwota: (...);

- zadanie 3. „(...)” – kwota: (...);

- zadanie 4. „(...)” – kwota: (...);

- zadanie 5. „(...)” – kwota: (...);

- zadanie 6. „(...)” – kwota: (...);

- zadanie 7. „(...)” – kwota: (...);
- zadanie 8. „(...)” – kwota: (...);
- zadanie 9. „(...)” – kwota: (...);

Na etapie składania wniosków o płatność Beneficjent dokonał przesunięcia kwoty (...) pomiędzy zadaniem 5 (zwiększając jego wartość do kwoty (...)) i zadaniem 8 (poprzez zmniejszenie całkowitej kwoty przeznaczonej na jego wykonanie do (...)), zgodnie z § 32 pkt. 2 Umowy o dofinansowanie. Beneficjent dokonał tej zmiany składając w dniu (...) (data wpływu do IZ: (...)) stosowny wniosek.

Koszty pośrednie stanowiły 15% kosztów bezpośrednich, czyli: (...).

Na wykonanie poszczególnych zadań Beneficjent otrzymał dofinansowanie wypłacone w pięciu transzach:

- I transza w kwocie: (...), wypłacona: (...);
- II transza w kwocie: (...), wypłacona: (...);
- III transza w kwocie: (...), wypłacona: (...);
- IV transza w kwocie: (...), wypłacona: (...);
- V transza w kwocie: (...), wypłacona (...).

Zgodnie z Umową, Beneficjent był zobowiązany składać wnioski o płatność (dalej: WNP) – pierwszy, w terminie 7 dni roboczych od dnia podpisania Umowy, drugi i kolejne zgodnie z harmonogramem płatności (załącznik nr 2 do Umowy). Pierwszy WNP Beneficjent złożył w dniu (...), za okres od (...) do (...) (wniosek zaliczkowy), na podstawie, którego wypłacono I transzę dofinansowania. Poza powyższym wnioskiem, przedłożono jeszcze 9 wniosków o płatność. Wydatki przedstawione w końcowym wniosku o płatność stanowiące nieprawidłowość będą przedmiotem odrębnego postępowania administracyjnego.

Ponadto w czasie realizacji projektu Beneficjent zwrócił w dniu (...), na konto IZ, kwotę niewykorzystanej dotacji, w wysokości: (...).

W dniu (...) wpłynęło do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego (oraz do wiadomości Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, dalej: MliR/ Ministerstwo) pismo (opatrzone datą: (...)), którego nadawcą był (...). Pismo zatytułowane – „*Wniosek o wszczęcie i przeprowadzenie kontroli doraźnej*” zawierało informację, że: „*w dniach (...) i (...) Zamawiający – (...) dokonał czynności niezgodnych z Wytycznymi Ministerstwa Rozwoju w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 (wersja z dnia 19 września 2016 r.) (dalej: Wytyczne kwalifikowalności) przy postępowaniach na zakup usług szkoleniowych, postępowanie – data publikacji zapytania: (...) oraz II postępowanie – data publikacji zapytania: (...) oraz przy postępowaniach na prowadzenie zajęć z doradztwa zawodowego (I postępowanie data publikacji zapytania: (...)) roku oraz II postępowanie data publikacji zapytania: (...) w ramach projektów*

edukacyjnych: „(...)” oraz „(...)” nr (...). Na potrzeby prowadzonego postępowania administracyjnego, w niniejszej decyzji **analizowane są jedynie informacje odnoszące się do projektu będącego przedmiotem postępowania oraz decyzji administracyjnej, tj. „(...)” nr (...).** Nie są uwzględniane informacje dotyczące projektu pn. „(...)” nr (...).

Zgodnie z pismem (...), uchybienia Beneficjenta miały polegać na:

1. niezastosowaniu się przez ROT do obowiązujących *Wytycznych* w zakresie *kwalifikowalności wydatków*, co do sumowania wartości przedmiotu zamówienia (zgodnie z podrozdziałem 6.5 „*Zamówienia udzielane w ramach projektów*” – pkt 11);

2. niezastosowaniu się do obowiązujących *Wytycznych* w zakresie *kwalifikowalności wydatków*, co do terminów składania ofert zgodnie z podrozdziałem 6.5.2 „*Zasada konkurencyjności*” – pkt 8, lit. a ppkt vi;

3. niezastosowaniu się do obowiązujących *Wytycznych* w zakresie *kwalifikowalności wydatków*, co do odpowiedniego upublicznienia zapytań ofertowych oraz nie zaproszenia do udziału w postępowaniu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania w całości przedmiotu zamówienia zgodnie z podrozdziałem 6.5.2 „*Zasada konkurencyjności*” – pkt 11;

4. udzieleniu zamówień na usługi szkoleniowe (dot. studiów podyplomowych) podmiotowi, który nie posiada stosownych uprawnień do prowadzenia studiów podyplomowych.

(...) wskazywał, że w postępowaniu na zakup usług szkoleniowych wyłoniono wykonawcę: (...) (z którymi zawarto umowę na kwotę: (...)), natomiast w drugim postępowaniu na prowadzenie zajęć z doradztwa zawodowego wyłoniono dwóch wykonawców będących jednocześnie współnikami wspomnianej wyżej spółki cywilnej, tj. dla I części – wykonawcę (...) dla II części – (...) – szacunkowa wartość tego zamówienia to ok. (...). Zdaniem (...) możliwość udzielenia zamówień opisanych powyżej tym samym wykonawcom powoduje, że wartość szacunkowa postępowań ulegała sumowaniu i przekroczyła wartość łączną 209 000,00 euro dla których termin składania ofert powinien wynosić minimum 30 dni. Wątpliwości (...) wzbudziła również okoliczność nieodnalezienia postępowań z dnia (...) w profesjonalnych wyszukiwarkach postępowań przetargowych i zapytań ofertowych, którymi dysponuje w/w podmiot. W ocenie wnioskującego o przeprowadzenie kontroli, powyższe może świadczyć o niewłaściwym upublicznieniu zapytań ofertowych.

(...) stanął na stanowisku, że udzielono zamówień na usługi szkoleniowe (dot. studiów podyplomowych) podmiotowi, który nie posiada uprawnień do prowadzenia studiów podyplomowych. (...) poddawał w wątpliwość, czy podmiot, który funkcjonuje na rynku od 6 miesięcy na dzień składania ofert posiadał wymagane zezwolenie. Z faktu, że wykonawca oświadczył, że posiada stosowne uprawnienia do wykonywania działalności

i czynności zamówienia, a w ofercie nie podał informacji o podwykonawcach, wnioskujący wywodził, że złożył on nieprawdziwe oświadczenie i istnieje podejrzenie wyłudzenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 297 kodeksu karnego.

Dodatkowo, wątpliwości (...), co do uczciwości i przejrzystości prowadzonego postępowania, wzbudził dobór przedsiębiorców, do których wysłano zapytania ofertowe w sprawie udzielenia zamówienia na usługi szkoleniowe. Przy zamówieniu, którego wartość oszacowano na kwotę niemal (...), zapytanie zostało wysłane m. in. do spółki cywilnej działającej na rynku od 6 miesięcy. Podmiot ten nie posiadał strony internetowej i nie było możliwości pozyskania o nim żadnych informacji. W toku postępowania pominięto podmioty mające doświadczenie na rynku usług szkoleniowych takie jak (...), który posiada 70-letnie doświadczenie na rynku usług szkoleniowych.

Reasumując, zdaniem (...) Beneficjent nie stosował zasad przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji przy wydatkowaniu środków publicznych, w tym środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej.

W reakcji na ww. pismo IZ RPO WŚ, tj. Oddział Kontroli DW EFS wszczęła kontrole doraźne projektów nr (...) pn. „(...)” oraz (...) pn. „(...)”.

(...) w piśmie z dnia (...) dotyczącym *Organizacji studiów podyplomowych w ramach realizacji projektu „(...)”, który współfinansowany jest z Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego Regionalnego Programu Operacyjnego* wyjaśniła, że organizacje studiów podyplomowych dla 29 nauczycieli na kierunku *Zarządzanie i organizacja w hotelarstwie, turystyce i gastronomii* lub na kierunku pokrewnym w wymiarze co najmniej 350 godzin należały do zadań wykonawcy wyłonionego w wyniku postępowania prowadzonego zgodnie z zasadą konkurencyjności. Wyłoniony wykonawca zorganizował studia w (...), który posiada stosowne uprawnienia zgodnie z postanowieniami ustawy Prawo o Szkolnictwie Wyższym.

Pismem z dnia (...) Organ poinformował (...) o wszczęciu kontroli doraźnych w zakresie weryfikacji informacji przekazanych przez w/w podmiot we wniosku z dnia (...).

Przed rozpoczęciem kontroli, DW EFS w piśmie (znak: (...)) z dnia (...) zwrócił się do MliR z prośbą o udzielenie wyjaśnienia czy w przypadku Beneficjenta niebędącego jednostką sektora finansów publicznych oraz niezobowiązanego do stosowania ustawy z dnia (...) Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa PZP), który przed podpisaniem umowy o dofinansowanie przeprowadził postępowanie zgodnie z zasadą konkurencyjności na zakup usług szkoleniowych o wartości szacunkowej większej niż 209 000 euro, możliwe było skrócenie terminu składania oferty z 30 do 7 dni. Organ wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami Beneficjenta niezachowanie terminów określonych w sekcji 6.5.2 *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności* wynikało z pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikającej z przyczyn

leżących po jego stronie. IZ RPO WŚ podała, że Beneficjent stoi na stanowisku, że specyfika realizowanego projektu wymagała przeprowadzenia szkoleń zawodowych w określonym terminie wynikającym z harmonogramu realizacji projektu zawartego we wniosku o dofinansowanie, tak aby w okresie wakacyjnym uczestnicy projektu mogli rozpocząć staże u hotelarzy i w biurach turystycznych. Skrócenie terminu miało wynikać z przesłanek zawartych w sekcji 6.5 pkt 8 d *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków*. Mając na uwadze powyższe, IZ RPO WŚ wystosował do Instytucji Koordynującej pytanie: „czy w związku z powyższym, w przypadku zamówienia dla którego ma zastosowanie zasada konkurencyjności zapisy wytycznych pozwalają w szczególnych przypadkach na niestosowanie procedur, w tym na niezachowanie terminów składania ofert określonych w sekcji 6.5.2 wszystkim Beneficjentom realizującym projekty zgodnie z w/w wytycznymi, czy tylko podmiotom zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy PZP.”

W odpowiedzi na powyższe, Ministerstwo w piśmie z dnia (...) odpowiedziało, że w podrozdziale *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* poświęconym zasadzie konkurencyjności wskazano odstępstwa od stosowania zasady konkurencyjności, które stanowią o sytuacjach szczególnych. W związku z powyższym należy w pierwszej kolejności ustalić czy w przedmiotowej sprawie zaistniała **pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie wnioskodawcy**. Ustalenie tego faktu pozwoli na dokonanie oceny prawidłowości działania wnioskodawcy i podjęcie właściwego rozstrzygnięcia w sprawie, co należy do wyłącznej kompetencji Instytucji będącej stroną umowy o dofinansowanie.

Ponadto, Organ zwrócił się o wydanie opinii prawnej do radcy prawnego obsługującego DW EFS UM WŚ (pismo z dnia (...) w zakresie:

- zasadności złożonych wyjaśnień przedstawionych przez Beneficjenta w opinii prawnej dotyczącej połączenia dwóch przedmiotów zamówienia objętych odmiennym kodem CPV w postępowaniu *Na zakup usług szkoleniowych* (kod CPV: 80530000-8) z dnia (...) roku przeprowadzonego przez Beneficjenta przed podpisaniem umowy o dofinansowanie zgodnie z zasadą konkurencyjności (opinia prawna z dnia (...));

- zasadności złożonych wyjaśnień przedstawionych przez Beneficjenta w notatce służbowej oraz w opinii prawnej dotyczącej skrócenia terminu na składanie ofert z wymaganych 30 dni do 7 dni ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia (...) (kod CPV: 80530000-8) z dnia (...);

Radca prawny obsługujący Organ, sporządził opinię prawną, stanowiącą odpowiedź na w/ w wnioszek, w której zaprezentował stanowisko:

- ad. 1 Opiniujący wskazał, że „dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku”. Powołał się przy tym na opinię Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP), zgodnie z którą, aby ustalić czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy wieloma odrębnymi zamówieniami należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo podmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. (cytowana opinia pochodzi ze strony UZP - „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielanie-zamowien,-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej>).

Opiniujący wskazał, że mając na uwadze powyższe należy podnieść, że w przypadku, gdy zamawiane przez (...) usługi można było uzyskać od jednego wykonawcy, w tym samym czasie oraz miałyby jedno przeznaczenie przy szacowaniu wartości zamówienia można było wszystkie je zsumować ich w jedno zamówienie. W celu znalezienia odpowiedzi na zadane pytanie należy zatem ustalić czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z wieloma odrębnymi zamówieniami, których nie trzeba było sumować. Choć prawodawca nie

zdefiniował pojęcia odrębnego przedmiotu zamówienia, to dokonując takich ustaleń należy brać pod uwagę przede wszystkim:

- tożsamość przedmiotową zamówienia tzn. zamówienia tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu;
- tożsamość czasową zamówienia – możliwe udzielenia zamówienia w tym samym czasie;
- tożsamość podmiotową zamówienia – możliwość realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę (...).

Opiniujący wskazał, że aby ocenić czy w zaistniałej sytuacji występuje jedno zamówienie, czy kilka należy ustalić, co mieści się pod pojęciem „*organizacja studiów podyplomowych*”. W dalszej części Sporządzający podkreślił, że jeśli celem postępowania był wybór podmiotu do przeprowadzenia zajęć dla studentów na studiach podyplomowych to jego zdaniem tego typu usługi można zakwalifikować do jednej grupy usług – usług szkoleniowych (kod CPV: 80500000-6), jeżeli natomiast zamawiający rozumiał pod tym pojęciem wybór i zorganizowanie dla uczestników zajęć na uczelni wyższej, która na zlecenie wykonawcy przeprowadzi dla uczestników projektu zajęcia, to takie usługi nie mogą być zakwalifikowane do jednej grupy usług. W ocenie Opiniującego usługi „organizacji studiów podyplomowych” nie łączy tożsamość przedmiotowa z usługami bezpośredniego przeprowadzenia kursów, szkoleń, warsztatów oraz zajęć dla nauczycieli.

Opiniujący wskazał, że chociaż każda z zamawianych przez Beneficjenta usług, stanowi według Wspólnego Słownika Zamówień oddzielną klasę, to powyższe może mieć znaczenie pomocnicze, a nie decydujące przy ustaleniu, czy mamy do czynienia z tożsamością przedmiotową zamówienia.

Odnosząc się do drugiego punktu wniosku o opinię, radca prawny wskazał, że zgodnie z *Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków* udzielenie w ramach projektu, przez beneficjenta niebędącego zamawiającym w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych udzielenie zamówień przekraczających wartość 50 tysięcy zł netto, następuje zgodnie z zasadą konkurencyjności szczegółowo opisaną w ww. *Wytycznych*. Wskazał, że jednym z podstawowych wymogów zastosowania zasady konkurencyjności jest zachowanie przez zamawiającego minimalnych terminów przewidzianych przez wykonawców na składanie ofert. Zgodnie z regułami opisanymi w przedmiotowych wytycznych termin na złożenie oferty dla wykonawcy powinien wynosić co najmniej 7 dni w przypadku dostaw oraz usług i co najmniej 14 dni w przypadku robót budowlanych oraz w przypadku zamówień sektorowych o wartości niższej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ponadto w przypadku zamówień o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej 5 225 000 euro w przypadku zamówień na roboty budowlane oraz 209 000 euro w przypadku zamówień na dostawy i usługi, termin ten powinien wynosić co najmniej 30 dni. Dalej wskazał, że „jeśli ROT

oszacował wartość swojego zamówienia na kwotę przekraczającą równowartość 209 000 euro, przewidziany w opublikowanym zapytaniu ofertowym termin dla potencjalnych wykonawców na składanie ofert powinien wynosić co najmniej 30 dni. Niemniej jednak, wskazał, że z uwagi na fakt, iż w wytycznych w zakresie kwalifikowalności przewidziano szereg wyjątków, co do konieczności stosowania opisanych tam reguł dokonywania zamówień, w tym także i tych dot. zasady konkurencyjności należy rozważyć zasadność powołania się przez ROT na pilną potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia, determinującą konieczność skrócenia przez zamawiającego terminu składania ofert z 30 do 7 dni.

Jednym w wyjątków od powyższej zasady jest sytuacja w której z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie jest możliwe zachowanie ustalonych terminów do składania ofert. **Przez pilną potrzebę udzielenia zamówienia należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywanych okoliczności, a których interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego.** W takiej sytuacji, to po stronie Zamawiającego istnieje obowiązek wykazania, że istnieje konieczność, którą określa się jako pilną. Nie może ona wynikać z winy Zamawiającego, a on sam musi udowodnić, że nie udało się jej przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności. Niezbędnym warunkiem umożliwiającym skorzystanie z odstępstwa od zachowania terminów przewidzianych prawem jest konieczność wykazania, że brak jest obiektywnej możliwości zachowania terminów przewidzianych dla przeprowadzenia postępowania.

Sporządzający przypomniał, że jak wynika z treści notatki służbowej kierownika projektu „(...)”, (...) w dniu (...) zdiagnozował problem, który polegał na tym, że termin ogłoszenia wyników konkursu nr (...) został zmieniony przez IZ w ten sposób, że zamiast pierwotnego terminu ustalonego na dzień (...), został przesunięty na dzień (...). W ocenie Beneficjenta zmiana daty rozstrzygnięcia konkursu spowodowała automatyczne opóźnienie w podpisaniu umowy o dofinansowanie, a w konsekwencji brak możliwości przeprowadzenia przez Beneficjenta zaplanowanych w projekcie działań zgodnie z harmonogramem realizacji projektu.

Zdaniem Beneficjenta powyższa zmiana terminu zakończenia oceny spowodowała, że w dniu (...) (czyli niezwłocznie, dzień po ogłoszeniu wyników konkursu) zostało opublikowane zapytanie ofertowe na zakup usług: kursów zawodowych warsztatów, szkoleń, usług szkoleniowych, zajęć oraz organizację studiów podyplomowych. W celu przyspieszenia wyboru oferty Beneficjent skrócił termin ich nadsyłania z minimum 30 do minimum 7 dni. Uzasadniając swoje stanowisko Beneficjent wskazał, że gdyby ustalił dla oferentów 30-dniowy

termin do składania ofert, postępowanie zakończyłoby się w dniu (...), czyli w sobotę, a w związku z tym, że w poniedziałek ((...)) przypadła dzień ustawowo wolny od pracy, postępowanie zakończyć mogłoby się dopiero w dniu (...). Zdaniem Beneficjenta podpisanie umowy miałyby miejsce (...), a rozpoczęcie zajęć dopiero (...). W efekcie, przy zaplanowanym w harmonogramie realizacji projektu termin zakończenia zajęć (wyznaczony na koniec (...), oznaczałby, że czas pozostały na realizację zajęć byłby zbyt krótki. W efekcie ich przeprowadzenie spowodowałoby obciążenie uczestników projektu nadmierną liczbą godzin. Opiniujący podkreślił, iż w ocenie (...) brak było możliwości przesunięcia terminu zakończenia zajęć/kursów na okres wakacyjny z uwagi na fakt, iż podczas okresu promocyjnego informowano potencjalnych uczestników o niemożności odbywania zajęć w tym okresie. Dodatkowo wskazano także na brak możliwości przeniesienia części zajęć na miesiące powakacyjne argumentując to zbyt dużą ilością innych zajęć w tym okresie przez uczestników projektu.

W ocenie Opiniującego należało rozważyć czy wskazane przez Beneficjenta okoliczności przy ustalonym w sprawie stanie faktycznym i prawnym dawały podstawę do pilnego udzielenia zamówienia, uzasadniającego skrócenie przewidzianego w wytycznych terminu dla składania ofert w postępowaniu. Jeśli taka potrzeba (pilna) zaistniała należało rozważyć czy wynikała ona z przyczyn leżących po stronie Beneficjenta.

(...) założył, że rozpocznie realizację projektu od (...) roku poprzez rekrutację uczestników, natomiast, w okresie od (...) do (...), a następnie od (...) do ostatniego dnia realizacji projektu przeprowadzi zajęcia/kursy dla uczestników projektu.

Harmonogram etapów oceny dla konkursu IZ zobowiązana była opublikować do 14 dni roboczych od dnia zakończenia naboru wniosków. Harmonogram został opublikowany w dniu (...), zgodnie z jego treścią zakończenie oceny merytorycznej złożonych projektów na która składają się: ocena merytoryczna wniosków o dofinansowanie oraz negocjacje , miało zostać zakończone w dniu (...). Dzień przed upływem ww. terminu tj. (...) dokonano aktualizacji harmonogramu, a taki sposób, że przesunięto ww. termin o miesiąc (do dnia (...)). Ostatecznie, w dniu (...), na stronie internetowej IZ opublikowano zatwierdzoną przez Organ listę projektów pozytywnie ocenionych i wybranych do dofinansowania w ramach konkursu.

Radca prawny wskazał, że biorąc pod uwagę powyższe należy rozważyć czy (...) składając wniosek do konkursu mógł lub, czy powinien był przewidzieć możliwość opóźnień w procedurze konkursowej przy wyborze wniosków do dofinansowania i czy w związku z tym powinien lub mógł ewentualnie poczynić takie założenia przy ustalaniu harmonogramu realizacji zadań w swoim projekcie. Zdaniem opiniującego, podmiot działający zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego i podchodzący do realizacji projektu zdroworozsądkowo, a tym bardziej beneficjent znający realia przeprowadzania procedury

konkursowej mógł przewidzieć możliwość opóźnień w rozstrzygnięciu procedury konkursowej, tym bardziej gdy przy dokonywaniu założeń harmonogramu projektu nie miał wiedzy dotyczącej przewidywanego terminu ogłoszenia listy projektów wybranych do dofinansowania. Beneficjent powinien na etapie planowania działań w projekcie na tyle elastycznie skonstruować harmonogram, aby różnego rodzaju opóźnienia, które mogą się przydarzyć przy realizacji projektu nie musiały skutkować działaniami nagłymi i niestandardowymi.

Przy dokonaniu oceny zasadności przeprowadzenia procedury skrócenia terminu koniecznym jest ustalenie czy w dniu (...), tj. w dniu, w którym IZ poinformowała o zmianie harmonogramu przeprowadzania poszczególnych etapów oceny projektów lub w terminie do niego zbliżonym, (...) przy założeniach swojego projektu powinien już dojść do wniosku, że nie jest możliwa realizacja jego projektu w założonym terminie i czy nie powinien już w tym czasie przystąpić do wcześniejszej realizacji projektu w zakresie nie generującym nadmiernych kosztów np. poprzez przeprowadzenie postępowania dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym zamówieniu. Zdaniem opiniującego: *„rozsądnie i asekuracyjnie postępujący, śledzący przebieg dotyczących go wydarzeń, mający wiedzę na temat czasokresu realizacji zadań wynikających z projektu mógł już w tym czasie podjąć niezbędne kroki minimalizujące ewentualne ryzyko nieosiągnięcia przyjętych założeń projektu, chociażby poprzez wcześniejsze opublikowanie zapytania ofertowego z 30 dniowym terminem na składanie ofert, tak aby np. dzień rozstrzygnięcia przypadł na okres już po dokonaniu wyboru projektów do dofinansowania, z ewentualnym zastrzeżeniem możliwości unieważnienia prowadzonego postępowania”*.

Zdaniem Opiniującego możliwe było również zachowanie 30-dniowego terminu do składania ofert na zapytanie opublikowane w dniu (...), przy założeniu, że niezwłocznie po wyborze oferty, tj. na początku (...) rozpoczęłyby się zajęcia, a (...) nie zwlekałby z ich rozpoczęciem dopiero po dniu (...). Opiniujący wskazał ponadto, że należałoby rozważyć, czy faktycznie, jak wskazał to w swojej notatce kierownik projektu (...) niemożliwe byłoby ewentualne przeniesienie części zaplanowanych zajęć/kursów na miesiące wakacyjne ((...)) lub na czas powakacyjny, tj. (...) do końca projektu.

W dniach (...) roku, w biurze projektu oraz w miejscu realizacji form wsparcia była prowadzona przez IZ kontrola planowa. Do chwili jej rozpoczęcia wartość wydatków zatwierdzonych w wyniku weryfikacji rachunkowej dotychczas przedstawionych przez Beneficjenta WNP wyniosła (...), z tym, że *„kontrola zweryfikowanych wydatków kwalifikowalnych ujętych w zweryfikowanych dokumentach finansowych wynosiła (...) ((...)) w stosunku do wszystkich zatwierdzonych wydatków.”*

W Informacji pokontrolnej zaznaczono, że (...) nie była podmiotem zobligowanym do stosowania ustawy PZP, wobec powyższego, wszelkie postępowania zmierzające do wyłonienia wykonawców dla dostaw i usług o wartości powyżej 50 000,00 zł powinny odbywać się w oparciu o zasadę konkurencyjności. Do czasu przeprowadzenia kontroli Beneficjent przeprowadził cztery postępowania o wartości powyżej 50 000,00 złotych, w niniejszej kontroli, weryfikacji poddano jedno z nich, dotyczące *dostawy i montażu sprzętu komputerowego i elektronicznego*, o wartości (...) (brutto). W wyniku przeprowadzonych działań przez zespół kontrolujący nie stwierdzono uchybień, postępowanie przeprowadzono zgodnie z podrozdziałem 6.5.2 *Wytycznych kwalifikowalności*. Wobec powyższych ustaleń kontroli, w informacji pokontrolnej z dnia (...) nr (...), zespół kontrolujący **nie stwierdził nieprawidłowości w weryfikowanych obszarach**, w tym stanie rzeczy, nie zaistniała konieczność wydawania zaleceń pokontrolnych.

Zamówienie, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie nie było przedmiotem w/w kontroli.

Po przedstawieniu wyników kontroli oraz zapoznaniu się z opinią prawną nr (...) (sporządzoną przez radcę prawnego IZ), Organ wystosował do MliR pismo z (...) znak: (...) z prośbą o wyjaśnienie problemu prawnego, wynikającego z treści *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków*, czyli sytuacji w której udzielający zamówienia na usługi społeczne niezobligowany do stosowania ustawy PZP występuje w nierównej, tj. bardziej sformalizowanej pozycji w stosunku do podmiotów wymienionych w art. 3 tej ustawy. Beneficjenci, którzy nie są zamawiającym w rozumieniu PZP ogłaszając zamówienie na tego typu usługi o wartości szacunkowej nieprzekraczającej równowartości 750 000 euro, a przekraczającej kwotę 209 000 euro, zgodnie z postanowieniami Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w sekcji 6.5.2, pkt 10, upubliczniając ogłoszenie muszą wyznaczyć termin 30 dni na składanie ofert, gdy tymczasem podmiot zobligowany do stosowania ustawy w takim samym zamówieniu wykorzystując minimalne wymogi stawiane przez ustawodawcę i korzystając z zasad wskazanych w art. 138o ust. 2-4 tej ustawy, mogą określić termin krótszy, tj. uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. IZ RPO WŚ podkreśliła, że usługi społeczne stanowią odrębną, szczególnie uregulowaną kategorię zamówień i wybór łagodniejszej procedury nie budzi żadnych wątpliwości praktycznych i prawnych. Jednakże obowiązujące w tym zakresie Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków nie rozstrzygają problemu w sposób jednoznaczny, tj. nie wyodrębniają tychże usług społecznych w sposób wyraźny od innych dostaw i usług. Zgodnie zatem z obowiązującymi Wytycznymi podmioty nie będące zamawiającymi w rozumieniu przepisów ustawy PZP mają większe obowiązki niż podmioty, które tych przepisów nie stosują, co może być sprzeczne z zasadą równego traktowania beneficjentów realizujących projekty.

Konkludując, Organ zadał Instytucji Koordynującej pytanie czy w przypadku podmiotu nie będącego zamawiającym w rozumieniu PZP, a dokonującego zamówienia na usługi społeczne przekraczające kwotę 209 tys. euro, możliwe będzie wyznaczenie dla oferentów przez ten podmiot terminu krótszego niż 30 dni na składanie ofert. IZ RPO WŚ stanęła na stanowisku, że tego typu rozwiązanie, choć nieprzewidziane w Wytycznych, spowodowałoby wyrównanie dysproporcji pomiędzy zamawiającymi, jak również pozwoliłoby na szybszy wybór wykonawcy usług społecznych, do czego dążył ustawodawca wyodrębniając w ustawie o PZP oddzielne zasady realizowania zamówień na tego typu usługi.

W odpowiedzi na w/w pismo, Departament Koordynacji Wdrażania Funduszy Unii Europejskiej w MliR wskazał, że twierdzenie o nierównym traktowaniu na gruncie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków podmiotów będących zamawiającymi w rozumieniu PZP i nie podlegających jej przepisom jest nieuzasadnione. Ponadto wyjaśnił, że w przypadku udzielania zamówień na tzw. usługi społeczne (...) w odniesieniu do zamówień o wysokich wartościach zastosowanie będzie miał art. 138q, a nie wskazany w piśmie Organu art. 138o PZP. Niezależnie od tego, Instytucja Koordynująca stwierdziła, że żaden z tych przepisów nie mówi o możliwości wskazywania terminów krótszych niż określone w innych przepisach Ustawy PZP. Oba artykuły natomiast wskazują na konieczność uwzględnienia przy określaniu terminu czasu, jaki potencjalny wykonawca będzie musiał poświęcić na sporządzenie oferty. Wobec czego, nie w każdym przypadku będzie to termin krótszy niż wskazywany w Wytycznych termin 30 dniowy. IK wyraziła opinię, że pozostawienie w przypadku zamówień o wysokich wartościach, niezależnie od przedmiotu zamówienia stałego 30-dniowego terminu jest zasadne i daje beneficjentowi gwarancję, że w przypadku jego zachowania uniknie kwestionowania prawidłowości określenia terminu przez organy kontrolujące, a w wielu przypadkach konieczności korygowania wydatków.

W toku kontroli doraźnej, Beneficjent przedłożył kolejne wyjaśnienia (pismo z dnia (...)) dotyczące zasadności skrócenia terminu składania ofert w prowadzonym w ramach w/w projektu postępowaniu na realizację usług szkoleniowych. Wyjaśnienia zostały przekazane w formie opinii prawnej z (...). W przedmiotowej opinii zaprezentowano stanowisko, że to przez opóźnienie Instytucji Zarządzającej przy ocenie projektów i podpisywaniu umów, w stosunku do pierwotnych założeń konieczne było rozpoczęcie działań projektowych w trybie natychmiastowym, w chwili powzięcia informacji, iż finansowe działania projektowe muszą rozpocząć się na ryzyko Beneficjenta przed podpisaniem umowy o dofinansowanie. W przedłożonym dokumencie skupiono się na szczegółowym przedstawieniu czasu i ilości zajęć lekcyjnych, którymi obciążeni są uczniowie przystępujący do projektu oraz godzinach zajęć przewidzianych w projekcie, wynikających z harmonogramu szkoleń oraz ewentualności obciążenia uczestników projektu ponad normę. Jak już wspomniano wyżej, zdaniem Beneficjenta w sytuacji zastosowania 30-dniowego terminu na składanie ofert sama część

dotycząca przesyłania odpowiedzi na zapytanie od potencjalnych oferentów zakończyłaby się (...), a w związku z tym, że wg. kalendarza była to niedziela poprzedzająca dzień ustawowo wolny od pracy (czyli (...)), ta część postępowania zakończyłaby się najwcześniej w dniu (...). Wybór najkorzystniejszej oferty i podpisanie umowy z wybranym Wykonawcą zakończyłoby się do dnia (...) a zajęcia rozpoczęłyby się nie wcześniej niż w dniu (...). W konsekwencji oznaczałoby to, że na realizację zajęć pozostawałby okres 4 tygodni ((...)). Po przeliczeniu tego czasu na ilość godzin Beneficjent dowodził, że każdy uczeń miał mieć 10 godzin zajęć kursowych w tygodniu i doradztwo zawodowe, realizowane zgodnie z planem po 1 godzinie w tygodniu. Przy takich wyliczeniach obciążenie uczniów byłoby na poziomie 46 godzin tygodniowo, a w niektórych przypadkach nawet 50 godzin w tygodniu. W związku z tym przekroczone miałyby zostać normy oraz zaistniałoby ryzyko rezygnacji uczestników projektu z powodu zbyt dużej ilości zajęć, czego skutkiem byłoby nieosiągnięcie wskaźników i niezrealizowanie projektu. Opiniujący powołał się na rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 7 lutego 2012 r. w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych (Dz. U. z 2012 poz. 204 z późn. zm), z którego wynikają maksymalne normy realizacji godzin dydaktycznych - klasa I – 33 godz./tyg, klasa II – 35 godz./tyg., klasa III – 34 godz./tyg., klasa IV – 31 godz./tyg. Ponadto wskazał, że pracownicy i praktykanci zgodnie z obowiązującym prawem mają ustalony wymiar godzin wynoszący 40 w tygodniu, a ich zaangażowanie w działania projektowe nie powinno przekroczyć 5 godzin. Przez wcześniejsze rozpoczęcie zajęć Beneficjent wyliczył, że średnia liczba godzin w tygodniu dla ucznia wyniosła 6,34, natomiast przy zastosowaniu 30-dniowego terminu składania ofert średnia na uczestnika wyniosłaby dodatkowe 8,71 godz./tyg., a w jednej z placówek nawet 11 godz./tyg.

Opinia Beneficjenta zawierała również stwierdzenie, że tak długotrwałe opóźnienie ((...)) przy podpisaniu umowy jest niespotykane przy przeciętnym opóźnieniu wynoszącym od 1 do 2 miesięcy (strona 5. niniejszej opinii).

Przesunięcie zajęć na okres powakacyjny miało być, zgodnie z opinią przedłożoną przez Beneficjenta niemożliwe z uwagi na wcześniej zaplanowane zajęcia w wymiarze 80-100 godzin. Nauczyciele mieli mieć w okresie przedwakacyjnym zajęcia z wdrożenia się do pracy z platformą e-learningową przed rozpoczęciem roku 2017/2018, a zgodnie z przepisami Karty Nauczyciela zajęcia takie nie mogą odbywać się w okresie wakacyjnym.

Ze sporządzonej na zlecenie Beneficjenta opinii wynikało, że w przedstawionym wyżej stanie faktycznym był on uprawniony do skorzystania z przesłanki skrócenia terminu o której mowa w treści rozdziału 6.5. pkt 8 lit. d *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków*, która stanowi, że możliwe jest niestosowanie procedur przy udzielaniu zamówień do których zastosowanie ma zasada konkurencyjności w przypadku, gdy występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie

zamawiającego, których nie mógł on przewidzieć. Jednocześnie w przypisie nr 32 wskazano, iż określone w podrozdziale 6.5. pkt 8 i 9 *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* przesłanki umożliwiające niestosowanie procedur należy interpretować biorąc pod uwagę wykładnię odpowiednich przepisów ustawy PZP, czyli artykułów 62 i 67, które umożliwiają zastosowanie trybu niekonkurencyjnego pod pewnymi warunkami. Powołano się na szereg orzeczeń, m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej: WSA). Z orzeczeń tych wynikało, że: *„pilna potrzeba udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 52 ust. 4 PZP, musi mieć charakter zobiektywizowany w tym sensie, że potrzeba skrócenia terminu służącego wykonawcom za przygotowanie i złożenie oferty nie może wynikać wyłącznie z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przyczyny uzasadniające konieczność udzielenia zamówienia muszą być zobiektywizowane, czyli mieć taki charakter, by istniała możliwość stwierdzenia ich zaistnienia i weryfikacji w danych okolicznościach.”* (wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2013 rok, sygn. akt KIO 2770/13) Zdaniem Opiniującego nie było możliwe, nawet przy posiadaniu stosownego doświadczenia w realizacji projektów finansowanych ze źródeł europejskich, przewidzenie, iż zawarcie umowy i rozpoczęcie realizacji projektu może się w tak znacznym stopniu opóźnić. Z kolei przywołany wyrok WSA w Łodzi z dnia 25 października 2017 roku (sygn. akt III SA/Łd 482/17) zawiera twierdzenie, iż: *„należy podzielić pogląd, że wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia to sytuacja, gdy zastosowanie terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym określonych w art. 2 mogłoby prowadzić do powstania niekorzystnych dla zamawiającego skutków finansowych”*. Według Strony, gdyby ROT nie skrócił terminu składania ofert nie mógłby realizować projektu zgodnie z harmonogramem oraz zatwierdzonym wnioskiem o dofinansowanie.

W kolejnej opinii prawnej sporządzonej przez radcę prawnego obsługującego Organ, z dnia (...) (opinia nr (...)) Opiniujący w treści dokumentu podtrzymał wnioski i twierdzenia zawarte w opinii prawnej nr (...) z dnia (...).

Opiniujący zwrócił uwagę, że z analizy stanu faktycznego sprawy wynika, iż w regulaminie konkursu nr (...) znajdował się zapis odnoszący się do możliwości zmiany terminu rozstrzygnięcia naboru: *„Termin zakończenia oceny wniosków planowany jest na koniec lutego 2017 r. przy założeniu, że ocenie będzie podlegało nie więcej niż 200 wniosków. W sytuacji, gdy ocenie będzie podlegało więcej niż 200 a mniej niż 400 wniosków – orientacyjny termin zakończenia oceny będzie przypadał na koniec marca 2017 r. Powyżej 400 wniosków poddanych ocenie merytorycznej spowoduje przesunięcie jej zakończenia nie później niż na koniec kwietnia 2017 roku.”* (Regulamin konkursu rozdział III, podrozdział 3.3, pkt 6, str. 122). Sporządzający postawił tezę, że Beneficjent powinien z ostrożności założyć późniejszy termin zakończenia oceny wniosków, a tym samym późniejszą datę podpisania umowy. Zdaniem Opiniującego planowanie przez Beneficjenta rozpoczęcia projektu

na początek (...), przy w/w zapisach regulaminu konkursu było posunięciem bardzo ryzykownym.

Opiniujący przeprowadził również rozważania, czy przy zachowaniu 30-dniowego terminu na składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, możliwe byłoby rozpoczęcie realizacji projektu zgodnie z harmonogramem przygotowanym przez Beneficjenta. Warunkiem powodzenia miało być rozpoczęcie szkoleń i kursów niezwłocznie po wyborze oferty, tj. w najpóźniej w dniu (...).

Opiniujący zakwestionował również podniesioną przez Beneficjenta argumentację dotyczącą zwiększonej liczny godzin przypadających na jednego ucznia, jako niezgodną z rozporządzeniem Ministra Edukacji Narodowej z dnia 7 lutego 2012 roku w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych (dalej: rozporządzenie MEN). Uznał, że zajęcia wynikające z projektu są zajęciami dodatkowymi, nieobowiązkowymi, a jako takie nie są brane pod uwagę w rozporządzeniu MEN. Podsumowując, Opiniujący stanął na stanowisku, że ROT nie wykazał aby w opisanym przez niego stanie faktycznym zaistniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia na zakup usług: kursów zawodowych, warsztatów, szkoleń, usług szkoleniowych, zajęć oraz organizację studiów podyplomowych.

W dniu (...) do DW EFS wpłynęło pismo od Beneficjenta, w którym po raz kolejny uzupełniał argumenty zawarte w opinii prawnej przesłanej wraz z pismem z dnia (...). Strona zapewniła w nim, że skrócenie terminu spowodowane było niespodziewanymi okolicznościami, czyli przesunięciem terminu zakończenia oceny wniosków o dofinansowanie. (...) dowodził, że zastosowanie 30-dniowego terminu na złożenie ofert spowodowałoby opóźnienie w podpisaniu umowy z wykonawcą i w efekcie późne rozpoczęcie szkoleń i kursów, czego konsekwencją miałyby być nadmierne obciążenie uczniów, możliwa ich rezygnacja z udziału w projekcie, a tym samym nieosiągnięcie założonych wskaźników projektowych.

Tymczasem w związku z trwającą w projekcie kontrolą doraźną, do Oddziału Rozliczeń i Płatności DW EFS wpłynęło pismo z Oddziału Kontroli znak (...) (opatrzone datą (...)), w którym poinformowano, że wątpliwości w projekcie budzą wydatki związane z wyłonionym w dniu (...), w drodze postępowania dotyczącego zamówienia publicznego na „(...)” wykonawcą, czyli (...), które wskazano we wniosku o płatność nr (...) w ramach kosztów bezpośrednich na kwotę (...). W związku z powyższym w sprostowaniu do informacji o pozytywnym wyniku z weryfikacji rachunkowej, z przedstawionych wydatków w kwocie (...) za niekwalifikowalne uznano (...) ((... w ramach kosztów bezpośrednich i (...) w ramach kosztów pośrednich).

W dniu (...) do Organu wpłynęło pismo z MliR, będące odpowiedzią na pismo IZ RPO WŚ z dnia (...), w którym poproszono Instytucję Koordynującą m. in. o zajęcie stanowiska w zakresie problemu prawnego wynikającego z *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności*

wydatków dotyczącego postępowań o wartości powyżej 209 000,00 euro na tzw. usługi społeczne, które w wytycznych nie są jednoznacznie wyodrębnione od pozostałych zamówień, a dla których ustawa PZP przewiduje znacznie łagodniejszą procedurę opisaną w art. 138o dającą Zamawiającemu możliwość ustalenia terminu składania ofert zgodnego z art. 138q, jednak bliżej nieokreślonego. Beneficjenci niebędący zamawiającymi w rozumieniu ustawy PZP przy zamówieniach na usługi społeczne przekraczające 209 000 euro muszą zastosować się do *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* i wyznaczyć dla oferentów termin nie krótszy niż 30 dni na składanie ofert. Podmioty będące zamawiającymi w rozumieniu przepisów ustawy PZP mają więc większe obowiązki niż podmioty, które tych przepisów nie stosują, co może być sprzeczne z zasadą równego traktowania beneficjentów realizujących projekty. IZ stanęła na stanowisku, że powyższy problem prawny w sposób istotny wpływa na prawidłową, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ocenę prawidłowości udzielenia zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Organ zadał IK pytanie, czy podmiot niebędący zamawiającym w rozumieniu ustawy PZP upubliczniając ogłoszenie i wyznaczając 7 dniowy termin na składanie ofert wydatkuje środki niezgodnie z art. 184 Ustawy o finansach publicznych i podlega nałożeniu korekty finansowej

We wskazanym powyżej piśmie z dnia (...) Ministerstwo wyjaśniło, że zasada konkurencyjności nie wyodrębnia oddzielnej procedury dla zamówień na tzw. usługi społeczne, co czyni ustawa PZP. Z uwagi na to, że Beneficjent nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania PZP jest zobowiązany stosować *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków*, które nakładają obowiązek wyznaczenia terminu składania ofert nie krótszego niż 30 dni, gdy zamówienie jest na kwotę wyższą niż 209 000,000 euro. Ministerstwo zwróciło uwagę, że termin ten, w porównaniu do terminów z PZP, jest inaczej określony, jednak, procedury te różnią się od siebie także w innych aspektach. MliR przypomniało, że zasada konkurencyjności nie jest tak rygorystyczna jak przepisy wynikające z ustawy PZP. To oznacza, że tam gdzie PZP wprowadza jakieś odstępstwa, można przyjąć, że zasada konkurencyjności też wprowadza takie odstępstwa. Jednakże przyjęcie takiej ścieżki interpretacji ma określone konsekwencje. Jeśli bowiem PZP nie określa wyrażonego w dniach terminu składania ofert na zamówienia społeczne, to jednak nie pozostawia zamawiającemu zupełnej swobody w wyznaczaniu tego terminu. Ustawa PZP określa termin w sposób opisowy jako termin niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a także taki, który uwzględnia złożoność przedmiotu zamówienia. Zatem ustawa wyodrębnia elementy: złożoność zamówienia (zbudowanie koncepcji oferty), przygotowanie oferty (spisanie, wyliczenie ceny), złożenie oferty (np. jeśli zamawiający dopuszcza składanie ofert drogą pocztową, to czas złożenia oferty wydłuża się, „zabierając” czas wyznaczonego w dniach terminu). Dopiero biorąc pod uwagę te wszystkie kwestie należy ocenić czy

wystarczającym w świetle art. 138o PZP oraz art. 138 q PZP jest wyznaczenie 7-dniowego terminu. Ministerstwo zwróciło uwagę, że w jego ocenie brak ustawowego terminu określonego w dniach nie jest, jak twierdzi IZ RPO WŚ znacznie łagodniejszą procedurą. Opisowe ujęcie w ustawie terminu składania ofert – jest procedurą znacznie trudniejszą dla zamawiającego, gdyż wymaga od niego każdorazowo rozeznania, jaki termin będzie właściwy, tj. niezbędny i uwzględniający ustawowe przesłanki. IK podkreśliła, że, termin składania oferty liczony jest w dniach kalendarzowych, a więc praktycznie pozostaje 5 dni roboczych dla wykonawców. W tych 5 dniach zawarty jest także czas dotarcia potencjalnych oferentów do ogłoszenia. W świetle tych faktów IK postawiła pytanie: czy zamawiający rzeczywiście otworzył zamówienie na uczciwą konkurencję. Podsumowując, IK stanęła na stanowisku, że w jej ocenie skrócenie terminu na składanie ofert było nieprawidłowością, która powinna zostać poddana korekcie finansowej. W oparciu o *Rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych (...)*, istnieje możliwość obniżenia wartości korekty finansowej do poziomu 25% (pkt 14 taryfikatora).

Przed weryfikacją rachunkową siódmego wniosku o płatność nr (...) złożonego dnia (...) z Oddziału Kontroli do Oddziału Rozliczeń i Płatności DW EFS wpłynęło pismo znak (...) z dnia (...), w którym poinformowano, o wątpliwościach dotyczących wydatków związanych z wykonawcą (...) wyłonionym w dniu (...) w drodze postępowania o zamówienia publiczne na „(...)”, które wskazano we wniosku o płatność nr (...) w ramach kosztów bezpośrednich na kwotę (...). W związku z powyższym w sprostowaniu do informacji o pozytywnym wyniku z weryfikacji rachunkowej do przedstawionych wydatków w kwocie (...) za niekwalifikowalne uznano (...) ((...) w ramach kosztów bezpośrednich i (...) w ramach kosztów pośrednich). Co zostało zatwierdzone w Informacji o pozytywnej weryfikacji wniosku o płatność z dnia (...).

W dniu (...) (...) złożył do DW EFS pismo, w którym jeszcze raz podjął się wyjaśnień dotyczących kwestii skrócenia terminu przy przeprowadzonej procedurze w oparciu o zasadę konkurencyjności dla zamówień na usługi, których wartość przekracza 209 000,00 euro. W pierwszej kolejności podniósł, że jego zdaniem niezasadne było przedłużenie terminu oceny wniosków o dofinansowanie. W regulaminie było zastrzeżenie uzasadniające czas oceny od ilości złożonych wniosków. Zdaniem Beneficjenta w konkursie złożono znacznie mniej niż 200 wniosków o dofinansowanie, przez co nieuzasadnione jest wydłużenie końcowego terminu oceny do końca (...). Poza tym Beneficjent, powołując się na swoje długie doświadczenie w realizacji projektów współfinansowanych ze środków unijnych zapewnił, że nigdy nie spotkał się z sytuacją, w której IZ tak znacznie przekroczyła termin oceny wniosków oraz popadła w zwłokę w zakresie podpisywania umów. Beneficjent wskazał, że powodem przerwy pomiędzy podpisaniem umowy z wyłonionym

w postępowaniu wykonawcą a rozpoczęciem pierwszych kursów i szkoleń był czas (minimum 14 dni) na opracowanie harmonogramów realizacji zajęć. Jednocześnie Strona zastrzegła, że od początku realizacji projektu brała to pod uwagę, wyliczając czas jaki jest potrzebny na działania poprzedzające pierwsze kursy i szkolenia.

(...) po raz kolejny zapewnił, że przed decyzją o skróceniu terminu na składanie ofert przeanalizował wszystkie aspekty zamówienia, w tym czas potrzebny na przygotowanie i złożenie oferty. Z przeprowadzonej analizy wynikało, że okres 7 dni roboczych (w efekcie 10 dni kalendarzowych) jest wystarczający dla potencjalnych oferentów. Potwierdzeniem prawidłowości postępowania Beneficjenta miał być fakt, że w omawianym postępowaniu wpłynęły dwie oferty (nie jedna), a nikt z oferentów lub potencjalnych oferentów nie zgłaszał prośby o wydłużenie terminu składania ofert.

W dniu (...) została sporządzona Informacja pokontrolna do projektu prowadzonego przez Beneficjenta (nr (...)). Zakresem kontroli objęte zostały dwa postępowania przeprowadzone w oparciu o zasadę konkurencyjności w projekcie tj. (...) (kod CPV: 80530000-8) oraz (...) (kod CPV: 85312320-8). W przeprowadzonej kontroli skupiono się na zarzutach zawartych we wniosku (...) z dnia (...) (znak: (...)) tj.:

1. niezastosowaniu się Beneficjenta do obowiązujących *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności* wydatków, co do sumowania wartości przedmiotu zamówienia zgodnie z podrozdziałem 6.5 *Zamówienia udzielane w ramach projektów* – pkt 11.

2. niezastosowaniu się Beneficjenta do obowiązujących *Wytycznych kwalifikowalności* w zakresie składania ofert zgodnie z podrozdziałem 6.5.2 *Zasada konkurencyjności* – pkt 8 lit a ppkt vi.

3. niezastosowaniu się Beneficjenta do obowiązujących *Wytycznych kwalifikowalności* w zakresie odpowiedniego upublicznienia zapytań ofertowych oraz niezaprośzenia do udziału w postępowaniu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania w całości przedmiotu zamówienia zgodnie z podrozdziałem 6.5.2. *Zasada konkurencyjności* – pkt 11.

4. udzieleniu zamówienia *na usługi szkoleniowe* (dot. studiów podyplomowych) podmiotowi, który nie posiada stosownych uprawnień do prowadzenia studiów podyplomowych.

Na podstawie okazanych przez Beneficjenta dokumentów Zespół kontrolujący stwierdził, że:

Ad. 1 postępowanie na (...) **projektu „(...)”** w ramach działania 8.5.1. RPO, którego wartość szacunkowa wyniosła: (...) podzielono na dwie części:

- część I: (...) o szacunkowej wartości: (...);
- część II: (...) o szacunkowej wartości: (...);

- Beneficjent prawidłowo określił szacunkową wartość zamówienia, dokonał zsumowania zakupu towarów i usług w ramach danego projektu przy uwzględnieniu tożsamości przedmiotowej, podmiotowej i czasowej zamówienia. Zdaniem kontrolujących zapytanie ofertowe zawierało prawidłowy opis przedmiotu zamówienia, a z uwagi na fakt, że wartość szacunkowa zamówienia była niższa niż kwota 209 000 euro Beneficjent prawidłowo określił termin na składanie ofert ((...)) – co jest zgodne z terminem zakreślonym w Rozdziale VI, podrozdział 6.5.2. pkt 8 ppkt a) *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności*, który stanowi o minimalnym terminie nie krótszym niż 7 dni. Beneficjent przeprowadził postępowanie dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z zasadą konkurencyjności oraz prawidłowo upublicznił informację dotyczącą wyboru wykonawcy. Zespół kontrolujący uznał za niezasadne zakładanie tożsamości przedmiotowej z drugim weryfikowanym zamówieniem.

Ad. 2 postępowanie na (...) „(...)” (**kod CPV: 80530000-8**) w ramach działania 8.5.1. RPO o wartości szacunkowej: (...).

Zespół kontrolujący uznał, że: *„Beneficjent prawidłowo określił wartość zamówienia poprzez zsumowanie zakupu towarów i usług. Z uwagi na opóźnienie w procesie oceny projektu i podpisania umowy o dofinansowanie termin składania ofert w postępowaniu zamówieniowym został skrócony z minimum 30 dni przewidzianych dla zamówień o wartości powyżej 209 000 euro do (...) dni. Zdaniem IZ zamówienie będące przedmiotem kontroli nie było skomplikowane, a formularz oferty cenowej był czytelny i szczegółowy, ponadto Zamawiający w toku prowadzonego postępowania „nie żądał dodatkowych dokumentów, mogących wydłużyć proces przygotowania oferty.” (strona 8. Informacji) Stąd, jak wynika z treści Informacji pokontrolnej nr (...),(...) termin był wystarczający, a zamawiający prowadził postępowanie zapewniające zachowanie zasady uczciwej konkurencji.,,*

Zespół kontrolujący odniósł się również do zarzutu dotyczącego udzielenia zamówienia na usługi szkoleniowe podmiotowi, który nie posiadał stosownych uprawnień do prowadzenia studiów podyplomowych. Warunkiem Zamawiającego było prowadzenie powyższych zajęć przez uczelnię wyższą posiadającą uprawnienia do prowadzenia studiów podyplomowych (w przypadku miasta Kielce, np. Uniwersytet Jana Kochanowskiego). Zespół kontrolujący stwierdził, że prawo nie zabrania żeby wygrany w przetargu podmiot mógł zlecić realizację zadania: „prowadzenie studiów podyplomowych” np. uczelni wyższej mającej do tego uprawnienia. W tym stanie rzeczy, kontrolujący uznali, że postępowanie na zakup usług szkoleniowych zostało przeprowadzone prawidłowo, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz w sposób zapewniający realizację zasady uczciwej konkurencji na zasadach określonych w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* oraz przy uwzględnieniu możliwości określenia terminu składania ofert w procedurze przewidzianej dla zamówienia na usługi społeczne.

Pismem z dnia (...) (znak: (...),(...)) IZ RPO WŚ udzieliła odpowiedzi na (...) znak: (...) z dnia (...) (które zainicjowało szereg działań poprzedzających niniejsze postępowanie administracyjne). Organ wyjaśnił, że tak długi czas oczekiwania na odpowiedź spowodowany był koniecznością sprawdzenia informacji zawartych w treści pisma wnioskodawcy, poprzez przeprowadzenie kontroli własnej instytucji (dwukrotnie, na miejscu realizacji projektu), uzyskanie odpowiednich wyjaśnień ze strony Beneficjenta, opinii (w tym kilku interpretacji z Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju) oraz oceny zebranych materiałów. W wyniku ww. procesu nie zostały potwierdzone wątpliwości (...), „*by w trakcie realizacji zamówień, (...) doprowadziła do niezgodności sugerowanych w ww. piśmie z dnia (...)*” (strona 1.)

W odpowiedzi na korespondencję (...) wystosował w dniu (...) pismo, w którym nie zgodził się z wynikami przeprowadzonej kontroli zarzucając IZ błędną opinię o braku konieczności sumowania usługi doradztwa zawodowego z usługami szkoleniowymi jako niezgodne z obowiązującymi opiniami Urzędu Zamówień Publicznych. Ponadto (...) zarzucił Organowi, że w swoim piśmie nie odniósł się do potencjału wykonawców zaproszonych do składania ofert w postępowaniu, a wybrany wykonawca nigdy nie realizował kursów i studiów podyplomowych będących rodzajowo zbieżnymi z przedmiotem zamówienia. Wreszcie odnosząc się do stwierdzenia Zespołu kontrolującego o poprawności upublicznienia zapytań ofertowych (...) wskazał na wątpliwości czy były one upublicznione na stronie (...). Ponadto (...) domagał się wyjaśnienia wątpliwości dotyczących:

- sposobu ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia;
- zaniechania podziału zamówienia na części;
- podejrzenia zaistnienia możliwości zmywu przetargowej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą;
- sposobu realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby nie posiadające właściwie udokumentowanych kompetencji.

W (...) roku do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego wpłynęło „*Sprawozdanie z audytu systemu zarządzania i kontroli w zakresie kluczowych wymogów kontrolnych 1-5, 7 oraz 9-12 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020*” (dalej: Sprawozdanie), w którym stwierdzono (ustalenie (...) (...) i nast.) nieprawidłowość związaną z naruszeniem *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w projekcie realizowanym przez (...). Instytucja Audytowa uznała, że zamawiający ((...)) w sposób nieuprawniony dokonał skrócenia terminu składania ofert o (...), co stanowi naruszenie zasad określonych w rozdziale 6.5.2 pkt 8 lit a ppkt vi w/w Wytycznych. Wskazała, że „w związku z powyższym należy zastosować pkt 3 dokumentu Komisji Europejskiej „Wytyczne dotyczące korekt finansowych dla wydatków finansowanych przez Unię w ramach zarządzania dzielonego w przypadku nieprzestrzegania przepisów*

dotyczących zamówień publicznych” – Decyzja Komisji C (2013) 9527 z 19 grudnia 2013 roku, uznając za kwalifikowalne w odniesieniu do badanej próby z wniosku o płatność nr (...) wydatki w kwocie (...). Do wyliczenia wydatków niekwalifikowalnych został przyjęty wskaźnik 25%. Dodatkowo z tytułu powyższego uchybienia wyliczono kwotę (...). Konkludując IA wskazała, że należy pomniejszyć roczne zestawienie wydatków za rok 2017-2018 o kwotę (...) oraz dokonać całościowej analizy wniosków o płatność złożonych w ramach projektu nr (...) w aspekcie ustalonych nieprawidłowości i odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.”

W związku z powyższym, w dniu (...), IZ RPO WŚ wystosowała do Beneficjenta pismo, w którym poinformowała o ustaleniach poczynionych przez Instytucję Audytową w „Sprawozdaniu z audytu systemu zarządzania i kontroli w zakresie kluczowych wymogów kontrolnych 1-5,7 oraz 9-12 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020” (znak: (...)), tj., że:

- zamawiający – (...) w wyniku postępowania prowadzonego w oparciu o zasadę konkurencyjności, zawarł w dniu (...) umowę nr (...) na prowadzenie kursów zawodowych na kwotę (...);

- postępowanie prowadzone w oparciu o zasadę konkurencyjności miało miejsce przed zawarciem umowy o dofinansowanie projektu nr (...) pomiędzy Beneficjentem a IZ;

- w zaproszeniu do składania ofert opublikowanym w dniu (...) na własnej stronie internetowej i przekazanym do trzech potencjalnych oferentów, zamawiający wyznaczył termin składania ofert do dnia (...) ((...) od daty opublikowania ogłoszenia);

- wartość udzielonego zamówienia to kwota: (...), po przeliczeniu na podstawie kursu określonego w § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 roku w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę do przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2264) wynoszącego 4, 1749 zł/1 EUR – to równowartość (...);

Jak stanowią *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków* (podrozdział 6.5.2 pkt. 8 lit. a ppkt vi) dla zamówień których łączna wartość przekracza równowartość 209 000,00 EUR termin składania ofert wynosi nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego;

- zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał skrócenia terminu składania ofert o (...) co stanowi naruszenie ww. przepisów.

IZ RPO WŚ wskazała, że w związku z w/w naruszeniem zastosować należy pkt 3 dokumentu KE „*Wytyczne dotyczące korekt finansowych dla wydatków finansowanych przez Unię w ramach zarządzania dzielonego w przypadku nieprzestrzegania przepisów*

dotyczących zamówień publicznych” Decyzja (...) z (...), który uznaje za niekwalifikowalne w odniesieniu do badanej próby z WNP nr (...) wydatki w kwocie (...) / (...)

- do wyliczenia wydatków niekwalifikowalnych zastosowano wskaźnik 25 %

- kwota wydatków ryczałtowych (koszty pośrednie wyniosła 15%), stąd wyliczenie: 15%: (...)

Razem kwota wydatków niekwalifikowalnych to suma (...) i (...) = (...)

Organ wskazał, że Beneficjent został wezwany do zwrotu ww. środków wraz z odsetkami od kwoty nieprawidłowości w kontrolowanym wniosku o płatność. IZ zobowiązała też Beneficjenta do wyjaśnienia, czy wydatki, które zostały objęte błędnie przeprowadzoną procedurą występują w już zatwierdzonych wnioskach o płatność.

W odpowiedzi na w/w pismo, Beneficjent niezwłocznie poprosił o wyjaśnienia w jakim trybie oraz na jakiej podstawie prawnej zostało wystosowane do zamawiającego pismo z dnia (...). W piśmie z dnia (...) (data wpływu do IZ: (...)) Strona wniosła o uwzględnienie wyników informacji pokontrolnej znak (...) oraz odstąpienie od wyrażonego w piśmie z dnia (...) stanowiska informującego o stwierdzeniu nieprawidłowości oraz od żądania zwrotu środków stanowiących równowartość nieprawidłowości.

W dniu (...) roku IZ pozytywnie zweryfikowała WNP nr (...) złożony w dniu (...) za okres od (...) do (...). W wyniku weryfikacji rachunkowej za kwalifikowalne uznano wszystkie wydatki przedstawione do rozliczenia, tj. kwotę (...) (w tym: (...) środków z budżetu Unii Europejskiej). Beneficjent w dotychczas złożonych wnioskach rozliczył łącznie kwotę (...), czyli (...) % przyznanego dofinansowania.

Po rozliczeniu dziewiątego WNP w dniu (...) Organ wystosował do (...) pismo, do którego został załączony stosowny fragment *Sprawozdania* w części dotyczącej Beneficjenta.

Jednocześnie, w tym samym dniu DW EFS zwrócił się do Departamentu Kontroli i Certyfikacji RPO z prośbą o przeprowadzenie kontroli doraźnej na projekcie nr (...) w związku z zakwestionowaniem przez Beneficjenta ustaleń *Sprawozdania* instytucji audytowej (KAS). Przedmiotem kontroli miało być sprawdzenie zasadności uwag zawartych w „Sprawozdaniu z audytu systemu zarządzania i kontroli w zakresie kluczowych wymogów kontrolnych 1-5,7 oraz 9-12 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020”

W dniu (...) Oddział Wdrażania Projektów w DW EFS poinformował, również Departament Kontroli i Certyfikacji RPO, że w dniu (...) został złożony przez Beneficjenta końcowy wniosek o płatność, w związku z powyższym koniecznym było pozyskanie informacji, czy projekt nr (...) podlega lub będzie podlegał kontroli. W odpowiedzi datowanej na dzień (...) Departament Kontroli i Certyfikacji RPO poinformował, że w projekcie prowadzona jest

kontrola doraźna. W związku z powyższym zasadnym jest wstrzymanie zatwierdzenia końcowego wniosku o płatność.

W reakcji na ww. pismo Organ wysłał do Beneficjenta pismo, w którym poinformował o wstrzymaniu weryfikacji WNP nr (...) w związku z trwającą kontrolą doraźną.

O zakończeniu kontroli Beneficjent został poinformowany pismem z dnia (...) (data doręczenia: (...)) wraz z którym Organ przesłał Informację Pokontrolną (...) z kontroli doraźnej projektu.

Z treści informacji pokontrolnej nr (...) wynikało, że:

- kontrolę doraźną prowadzono na miejscu w biurze projektu oraz w siedzibie IZ, objęła ona swoim zakresem kontrolę dokumentacji merytorycznej (po rekomendacjach Krajowej Administracji Skarbowej)

- kontrola prowadzona była w okresie w dniach (...) w siedzibie Beneficjenta oraz od (...) do (...) na dokumentach w Instytucji Zarządzającej;

- zespół kontrolujący jeszcze raz zbadał prawidłowość przeprowadzenia postępowania na zakup usług szkoleniowych o łącznej wartości (...) (co stanowiło (...)) – kwota wyższa niż 209 000,00 EUR, uwzględniając wskazówki Instytucji Audytowej, uznał, że wymagany na podstawie *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności* termin na składanie ofert w postępowaniu wynosi **minimum 30 dni**.

Z uwagi na okoliczność, że Beneficjent w sposób nieuprawniony skrócił termin składania ofert o (...) % co stanowi naruszenie zasad określonych w rozdziale 6.5.2 pkt 8, lit. a, ppkt vi *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków*, zespół kontrolujący stwierdził nieprawidłowość, konsekwencją czego było uznanie za niekwalifikowalne 25% wartości wydatków wykazanych we wnioskach o płatność nr (...), (...), (...),(...) i (...) dotyczących niewłaściwie przeprowadzonego zamówienia w łącznej kwocie (...).

Kwota nieprawidłowości została wyliczona w następujący sposób:

- wartość wydatków dotyczących tego zamówienia (koszty bezpośrednie) wykazanych łącznie w ww. WNP: (...)

- koszty pośrednie (15 %): (...)

- razem: (...)

- wkład własny: (...)

Kwota nieprawidłowości po odjęciu wkładu własnego: (...)

Wyliczenie nieprawidłowości po zastosowaniu 25% korekty: (...) x 25% = (...)

Zespół kontrolujący w Informacji pokontrolnej zawarł zastrzeżenie, że w przypadku, gdy w końcowym wniosku o płatność zostanie wykazany wydatek związany z postępowaniem będącym przedmiotem kontroli tj.: (...) : „(...)” (kod CPV: 80530000-8) w ramach działania 8.5.1

RPO wydatki należy uznać w części za niekwalifikowalne i zastosować korektę finansową w wysokości 25%.

W dniu (...) do Urzędu Marszałkowskiego wpłynęło pismo (...) (datowane na: (...)) odnośnie trzeciej kontroli doraźnej na projekcie nr (...) 16, w którym Beneficjent odmówił podpisania Informacji pokontrolnej nr (...). Wniósł zastrzeżenia do ustaleń kontroli doraźnej w odniesieniu do informacji o zakwalifikowaniu działania Beneficjenta jako nieprawidłowości skutkujących wydatkami niekwalifikowalnymi. (...) przypominała, że przedmiotowe postępowanie było już poddane kontroli przeprowadzonej przez IZ w dniach (...),(...) oraz (...), a w informacji pokontrolnej nr (...), IZ wskazała, że skrócenie terminu było uzasadnione okolicznościami i nie stanowi naruszenia zasady konkurencyjności. Ponadto Beneficjent podał, że w przedmiotowej sprawie wydane zostało również stanowisko Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, które w całości potwierdzało prawidłowość podjętych działań przez Beneficjenta, a przez to brak podstaw do stwierdzenia nieprawidłowości.

W odpowiedzi datowanej na (...) Organ poinformował Beneficjenta, że jeszcze raz dokonał analizy dokumentacji dotyczącej kontrolowanego projektu, w kontekście argumentów przedstawionych w piśmie z dnia (...) i nie znalazł podstaw do zmiany Informacji pokontrolnej w zakresie ustalonej nieprawidłowości.

W dniu (...) Strona przesłała pismo, w którym odmówiła podpisania informacji pokontrolnej z uwagi na błędne ustalenia, które doprowadziły do konkluzji nakładającej na (...) korektę finansową. Beneficjent szczegółowo opisał w piśmie procedurę „stwierdzenia nieprawidłowości” przedstawioną w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 roku o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t. j. Dz. U. 2020 poz. 818 z późn. zm.) (dalej: ustawa wdrożeniowa) oraz art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (dalej: Rozporządzenie nr 1303/2013), a także powołał się na orzecznictwo sądów administracyjnych i KIO. Stanął na stanowisku, że postąpił zgodnie z *Wytocznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków*, które uprawniły go do skrócenia terminu na składanie ofert, wyznaczył termin składania ofert w ten sposób, aby otrzymać ich jak najwięcej, utrzymał konkurencyjność w postępowaniu, swoim zachowaniem doprowadził

do efektywnego wydatkowania środków publicznych, nie uszczuplił (choćby hipotetycznie) budżetu Unii Europejskiej. Konkludując Strona ponownie zawnioskowała o uwzględnienie wyników Informacji Pokontrolnej nr (...) oraz o odstąpienie od wyrażonego w Informacji pokontrolnej nr (...) stanowiska informującego o stwierdzeniu nieprawidłowości oraz zwrotu środków stanowiących równowartość nieprawidłowości.

W dniu (...) Departament Kontroli i Certyfikacji RPO przekazał do IZ kserokopię ostatecznej informacji pokontrolnej wraz z pismem przewodnim, w którym Beneficjent odmówił podpisania powyższej informacji.

W dniu (...) DW EFS wezwał Beneficjenta *do zwrotu dofinansowania* w kwocie (...), **wraz z odsetkami od dnia przekazania, tj.:**

- od kwoty (...) (w tym dofinansowanie ze środków EU: (...)) od dnia (...);
 - od kwoty (...) (w tym dofinansowanie ze środków EU: (...)) od dnia (...);
 - od kwoty (...) (w tym dofinansowanie ze środków EU: (...)) od dnia (...);
 - od kwoty (...) (w tym dofinansowanie ze środków EU: (...)) od dnia (...)
- do dnia zwrotu.

w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Organ poinformował, że w/w kwota została wykorzystana z naruszeniem procedur, a w przypadku braku zwrotu powyższych środków zostanie wszczęta procedura na podstawie art. 207 ust. 9 UFP. W odpowiedzi na wezwanie do zapłaty w piśmie datowanym na: (...) (data wpływu do IZ: (...)), Strona odpowiedziała, że nie zgadza się z treścią pisma i nie zwróci dofinansowania. Ponadto zamierza szukać ochrony prawnej, a samo wezwanie traktuje jako wadliwe. W odpowiedzi Organ podtrzymał swoje stanowisko odnośnie ustaleń zawartych w Informacji pokontrolnej nr (...) (pismo z dnia: (...)). W piśmie z dnia (...) (data doręczenia: (...)) Organ zapowiedział wszczęcie postępowania administracyjnego mającego na celu wydanie decyzji określającej środki dofinansowania przypadające do zwrotu,.

W dniu (...) IZ wysłała do Beneficjenta zawiadomienie o wszczęciu postępowania administracyjnego. Z uwagi na zmianę adresu Beneficjenta, o której Organ nie został poinformowany po dwukrotnym awizowaniu przesyłka została zwrócona do IZ.

Ponownie pismo informujące o wszczęciu postępowania administracyjnego zostało wysłane na właściwy adres Beneficjenta w dniu (...) (data doręczenia: (...)).

W dniu (...) w siedzibie DW EFS stawiły się dwie pracownice (...), które po okazaniu pełnomocnictwa zapoznały się z aktami sprawy oraz sporządziły fotokopie znajdujących się w nich dokumentów.

Obok trwającego postępowania administracyjnego dotyczącego zwrotu kwoty wynikającej z nałożenia korekty, w dniu (...) Organ dokonał weryfikacji końcowego WNP nr (...) złożonego przez Beneficjenta w dniu (...), za okres od (...) do (...). Jego weryfikacja

z uwagi na trwającą kontrolę była wstrzymana. Powyższy wniosek został zweryfikowany negatywnie z uwagi na błędy (brak oznaczenia faktura korygująca w dwóch pozycjach zestawienia dokumentów, błędna kategoria kosztów wydatku w jednej z pozycji, błędna data zapłaty, błędny NIP wystawcy faktury oraz błędy w numerach księgowych w kilku pozycjach). Kolejna wersja końcowego WNP wpłynęła do IZ w dniu (...). A jego ostateczna weryfikacja zakończyła się w dniu (...) (data przesłania do Beneficjenta w systemie SL2014: (...)). Wniosek został zweryfikowany pozytywnie. W *Informacji o pozytywnej weryfikacji wniosku o płatność* nr (...), Organ poinformował o następujących ustaleniach:

- kwota wydatków przedstawionych do rozliczenia: (...);
- kwota wydatków uznanych za kwalifikowalne: (...);
- kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne: (...) – niekwalifikowalność stwierdzona zgodnie z informacją pokontrolną znak: (...) z dnia (...), gdzie uznano za niekwalifikowalne 25% wydatków dotyczących postępowania (...) w ramach projektu „(...)” – (...)
- koszty bezpośrednie, (...) - koszty pośrednie, (...) - wkład własny. Ponadto we wniosku o płatność skorygowano wskaźnik rezultatu: (...). W *Informacji* Organ przypomniał, że w dniu (...) Beneficjent został wezwany do zwrotu kwoty (...).

Kwota wydatków niekwalifikowalnych wykazana we wniosku o płatność końcową, czyli (...) w przypadku braku jej dobrowolnego zwrotu będzie przedmiotem odrębnego postępowania administracyjnego.

W dniu (...) IZ poinformowała Beneficjenta o przedłużeniu postępowania administracyjnego do dnia (...), natomiast w kolejnym piśmie wysłanym w dniu (...) przedmiotowe postępowanie administracyjne zostało przedłużone do (...). W piśmie datowanym na dzień (...) postępowanie przedłużono do dnia (...), następnie postępowanie administracyjne zostało przedłużone do dnia (...). Kolejne przedłużenie postępowania administracyjnego (pismo datowane na dzień (...)) nastąpiło do dnia (...), następnie IZ określiła ostateczny termin zakończenia postępowania na dzień (...). Ponadto, w dniu (...) (data doręczenia: (...)) skierowano do Strony pismo zawiadamiające o zebraniu materiału dowodowego, informując o możliwości odniesienia się do zgromadzonego dotychczas materiału w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma. Strona nie skorzystała z przysługującego jej uprawnienia. W dniu (...) (data doręczenia Stronie: (...)) IZ przedłużyła postępowanie administracyjne, podając wyznaczając ostateczną datę zakończenia na dzień (...).

Stan prawny:

Celem prowadzonego przez IZ RPO WŚ postępowania administracyjnego była analiza sprawy co do istoty, a zatem weryfikacja:

1. czy w przedmiotowej sprawie Beneficjent poprawnie przeprowadził procedurę wyłonienia wykonawcy w postępowaniu „(...)” (kod CPV: 80530000-8) w ramach projektu pn.: „(...)” w oparciu o zasadę konkurencyjności, w szczególności:

czy Beneficjent miał prawo skrócić termin składania ofert w ww. postępowaniu *z nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego do (...)* oraz czy zaistniała podnoszona przez Beneficjenta w wyjaśnieniach tzw. *pilna potrzeba udzielenia zamówienia?*

2. czy w niniejszej sprawie doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (dalej: Rozporządzenie nr 1303/2013);

3. w przypadku zaistnienia nieprawidłowości, ustalenie przez czyje działanie lub zaniechanie została ona wywołana, w szczególności, czy zachodzą przesłanki wskazane w art. 24 ust. 11 Ustawy z dnia 11 lipca 2014 roku o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (dalej: Ustawa wdrożeniowa).

Ad. 1. czy w przedmiotowej sprawie Beneficjent poprawnie przeprowadził procedurę wyłonienia wykonawcy w postępowaniu „(...)” (kod CPV: 80530000-8) w ramach projektu pn.: „(...)” w oparciu o zasadę konkurencyjności, w szczególności czy Beneficjent miał prawo skrócić termin składania ofert w ww. postępowaniu *z nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego do (...)* oraz czy zaistniała podnoszona przez Beneficjenta w wyjaśnieniach tzw. *pilna potrzeba udzielenia zamówienia?*

Regionalna Organizacja Turystyczna Województwa Świętokrzyskiego złożyła wniosek o dofinansowanie w konkursie nr (...) realizowanym w ramach osi 8 – *Rozwój edukacji i aktywne społeczeństwo*, Poddziałanie 8.5.1. *Podniesienie jakości kształcenia zawodowego*

oraz wsparcie na rzecz tworzenia i rozwój CKZiU. Nabór wniosków w przedmiotowym konkursie zakończył się (...). Następnie IZ RPO WŚ dokonała:

1. oceny formalnej wniosków o dofinansowanie, która miała zakończyć się w dniu (...) oraz
2. oceny merytorycznej na którą składały się dwie części:
 - a) ocena merytoryczna wniosków o dofinansowanie,
 - b) negocjacje.
3. rozstrzygnięcia konkursu – wybór projektów do dofinansowania.

Zgodnie z harmonogramem opublikowanym na stronie internetowej w dniu (...) cały proces miał zakończyć się do dnia (...).

W dniu (...) na stronie internetowej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 pojawiła się informacja, że termin zakończenia II etapu oceny wniosków o dofinansowanie w konkursie, czyli merytorycznej oceny WND został przedłużony i miał się zakończyć do dnia (...). Ostatecznie w dniu (...) została opublikowana *Lista pozytywnie ocenionych projektów wybranych do dofinansowania w ramach Poddziałania 8.5.1.*

Celem głównym projektu było **podniesienie jakości i atrakcyjności kształcenia zawodowego w kontekście przyszłego zatrudnienia uczniów szkół zawodowych województwa świętokrzyskiego oraz zdobycie wiedzy, umiejętności i pierwszego doświadczenia zawodowego przez 510 uczniów.** W projekcie miały również zostać wyposażone szkoły kształcące w zawodzie technik hotelarstwa w województwie świętokrzyskim (nowoczesne pracownie hotelarskie i gastronomiczne). Ponadto przewidziano także uzupełnienie wykształcenia i wiedzy w zakresie inteligentnych specjalizacji województwa u 42 nauczycieli hotelarstwa. (WND, część III, pkt 3.1 *Zgodność projektu z właściwym celem szczegółowym priorytetu inwestycyjnego*, ppkt 3.1.2 *Cel główny*). W tym celu Beneficjent zapisał we wniosku o dofinansowanie zobowiązanie m. in. przeprowadzenia szkoleń zawodowych w zawodach: barman, kelner, barista, sommelier, carving, obsługa gości turystyki prozdrowotnej i targowo-kongresowej celem poszerzenia kompetencji zawodowych niezbędnych w branży hotelarskiej. (WND, część III, pkt 3.4 *Opis projektu*). Z uwagi na to, że Beneficjent nie przewidział samodzielnego realizowania powyższych szkoleń, gdyż nie dysponował w tym zakresie odpowiednią kadrami i potencjałem w pierwszej kolejności musiał dokonać wyboru podmiotu, który zrealizuje w/w szkolenia zawodowe. Regionalna Organizacja Turystyczna, jako podmiot starający się o dofinansowanie realizowanego przez siebie projektu z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego związany był postanowieniami *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020* (Rozdział 6, pkt. 6. 5. 2. *Zasada konkurencyjności*).

A zatem był zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający w szczególności zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Z uwagi na fakt, iż w momencie wszczęcia postępowania (...) (tj. w dniu (...)) Beneficjent nie zawarł z IZ Umowy o dofinansowanie projektu, nie mógł zamieścić ogłoszenia o zamówieniu w Bazie Konkurencyjności. W tej sytuacji rozpoczął realizację projektu na własne ryzyko. A zatem zastosowanie miał podrozdział 6.5.2. pkt 11 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (wersja obowiązująca od 14 października 2016 roku do 22 sierpnia 2017 roku), zgodnie z którym: „*W przypadku gdy ze względu na specyfikę projektu podmiot rozpoczyna realizację projektu na własne ryzyko przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, w celu upublicznienia zapytania ofertowego powinien wysłać zapytanie ofertowe do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, o ile na rynku istnieje co najmniej trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia oraz upublicznić to zapytanie co najmniej na swojej stronie internetowej, o ile posiada taką stronę lub innej stronie internetowej wskazanej przez właściwą instytucję.*”

Organ zwraca uwagę, że Wnioskodawca ((...)) nie był podmiotem spełniającym warunki wynikające z art. 3 ust. 1 pkt 1-5 ustawy prawo zamówień publicznych, toteż nie był zobowiązany do stosowania ustawy PZP. Mając na uwadze powyższe, **w przypadku zamówień, których wartość jest wyższa niż 50 000,00 zł (netto)** (...) winien był udzielić ich zgodnie z zasadą konkurencyjności, której procedura opisana została w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* (w podrozdziale 6.5.2).

Jak wskazano powyżej, w przedmiotowej sprawie Beneficjent zorganizował postępowanie w oparciu o zasadę konkurencyjności jeszcze przed zawarciem umowy o dofinansowanie projektu. Przed zamieszczeniem zapytania ofertowego na swojej stronie internetowej (...) przeprowadził rozmowy i konsultacje z dyrektorami szkół w województwie świętokrzyskim. Celem rozmów było ustalenie maksymalnego, tygodniowego wymiaru godzin nauki, jakim mogą być obciążeni w tygodniu zajęć szkolonych uczniowie, którzy wezmą udział w projekcie (szkolenia, kursy i doradztwo zawodowe) oraz **optymalnego terminu rozpoczęcia ww. zajęć**. Zgodnie z deklaracją ROT, po analizie i wyliczeniu tygodniowego czasu zajęć obowiązkowych dla uczniów w każdej z siedmiu szkół ustalony został optymalny termin rozpoczęcia zajęć projektowych zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem realizacji projektu oraz ustalone zostały kolejne etapy działań projektowych. Wzięto przy tym pod uwagę, iż nie było możliwości prowadzenia takich zajęć w okresie wakacyjnym, okres ten przeznaczono na odbywanie staży u pracodawców.

Sugestią Dyrektorów szkół było, aby rozpoczęcie pierwszych szkoleń i kursów odbyło się na początku (...). Beneficjent powoływał się na treść Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 7 lutego 2012 roku *w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach*

publicznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 2014 z późn. zm.), zgodnie z którym uczniowie poszczególnych klas mają określoną maksymalną liczbę zajęć w tygodniu (klasa I – 33 godz./tyg., klasa II – 35 godz./tyg., klasa III – 34 godz./tyg., klasa IV 31 godz./tyg.). Z uwagi na fakt, że obowiązkowy wymiar godzin dla dorosłej osoby pracującej i praktykanta wynosi 40 godz./tyg., zaangażowanie w działania projektowe uczniów nie powinno w przedmiotowej sprawie przekraczać 5 godz./tyg. Beneficjent wskazał, że, odnosząc się do przedmiotowej sprawy należało również pamiętać, że klasy IV kończą naukę szkolną w kwietniu, a z powodu braku statusu ucznia uczestnicy projektu nie mogli odbywać staży w ramach nauki szkolnej. Na marginesie, Organ wskazuje, że twierdzenie Strony jest w tym zakresie nieprawidłowe, ponieważ w przedstawionym stanie faktycznym i obowiązującym w tamtym okresie stanie prawnym, zgodnie z art. 63 ustawy z dnia 7 września 1991 roku o systemie oświaty (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1943 z późn. zm.): „*Rok szkolny we wszystkich szkołach i placówkach rozpoczyna się z dniem 1 września każdego roku, a kończy - z dniem 31 sierpnia następnego roku*”, co oznaczało, że status ucznia absolwent zachowywał do dnia 31 sierpnia niezależnie od daty zakończenia roku szkolnego. Mówiąc o ilości dodatkowych zajęć liczonych w godzinach należy przez to rozumieć różnicę pomiędzy sumą godzin z tygodniowych minimalnych wymiarów godzin w całym roku szkolnym a sumą minimalnego wymiaru godzin dla poszczególnych przedmiotów określoną w pkt 14 załącznika nr 8 do rozporządzenia MEN: *Ramowy plan nauczania dla technikum, w tym technikum specjalnego dla uczniów w normie intelektualnej, niepełnosprawnych, niedostosowanych społecznie oraz zagrożonych niedostosowaniem społecznym* (dalej: (...)). Według wyliczeń dyrektorów szkół oznaczało to, że w przypadku rozpoczęcia zajęć z uwzględnieniem 30-dniowego terminu składania ofert średnia liczba godzin zajęć dla ucznia wynosiłaby 8,71 godz./tyg., co znacząco przekraczało przyjęte normy wynikające z przepisów prawa oraz narażałoby szkoły na kary i mandaty. Rozpoczęcie zajęć we wcześniejszym terminie spowodowało dużo niższe obciążenie uczniów dodatkowymi zajęciami czyli: 6,34 godz./tyg., a w większości szkół liczba godzin nie przekroczyła 6 godz./tyg.

W związku z powyższym, Beneficjent oświadczył, że sporządził symulację, w której analizie poddał dwa warianty planu zajęć szkolnych wraz z dodatkowymi godzinami zajęć wynikającymi z projektu pn. „(...)”. Pierwszy wariant obejmował symulację planu zajęć, gdyby zajęcia projektowe rozpoczęły się na początku (...), drugi wariant zakładał rozpoczęcie zajęć w (...). W ocenie Beneficjenta, obciążenie uczniów zajęciami dodatkowymi według wariantu nr 2 przekraczałoby dopuszczalne normy. Z tabeli symulacji załączonej do akt sprawy wynikało, że obciążenie uczniów wyniosłoby w przypadku rozpoczęcia zajęć od (...) od 8 do 12 godzin/tyg. ROT wskazywał, że rozważał również ewentualność rozpoczęcia zajęć od (...), ale ustalono, że taki wariant byłby dopuszczalny, jeśli projekt zakończyłby się w (...), to znaczy trwałby

ponad 24 miesiące (jak przewidywały zapisy w Regulaminie konkursu nr (...) odnoszące się do kryteriów dostępu, Rozdział III, podrozdział 3.1, pkt 3.1.5/ str. 106: „*Maksymalny okres realizacji projektu wynosi 24 miesiące.*”). W wariantcie, w którym zajęcia projektowe miały się rozpocząć na początku maja 2017 roku dodatkowe obciążenie uczniów uczestnictwem w projekcie miało wynosić 4-7 godzin/tygodniowo i mieściło się w jego ocenie w dopuszczalnej normie. Stąd, po przeprowadzeniu konsultacji Beneficjent uznał, działając na własne ryzyko, że najoptymalniejszy termin rozpoczęcia zajęć, szkoleń i doradztwa to początek (...).

W dniu (...) (...) przeprowadził badanie rynku celem ustalenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia na realizację usług szkoleniowych w ramach projektu pn. „(...)”, który współfinansowany jest z Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego. Po przeprowadzeniu rozmów (w formie telefonicznej) z trzema potencjalnymi oferentami ustalono, że średnie rynkowe wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia kształtuje się na poziomie: (...).

Następnie, w dniu (...) Beneficjent zamieścił zapytanie ofertowe **na swojej stronie internetowej** oraz **przesłał je do trzech potencjalnych wykonawców:**

- (...);
- (...);
- (...).

Przedmiotem postępowania była **realizacja kursów zawodowych dla uczniów o nauczycieli, zajęć z kompetencji kluczowych, organizacja studiów podyplomowych oraz stworzenie i prowadzenie sieci współpracy i samokształcenia** w zakresie i na zasadach określonych w zapytaniu ofertowym.

Zamawiający w treści zapytania ofertowego wyznaczył termin składania ofert na dzień (...), **do godziny** (...). Otwarcie ofert miało miejsce tego samego dnia **o godzinie** (...). W *Protokole wyboru wykonawcy* zamieszczono informację, że w odpowiedzi na ogłoszenie i wysłane zaproszenie do składania ofert wpłynęły dwie odpowiedzi, złożone przez:

- (...) (data wpływu: (...)) z zaoferowaną ceną brutto: (...),
- (...) (data wpływu: (...)) z zaoferowaną ceną brutto: (...).

Kryterium wyboru oferty była cena (100%), a każdy z oferentów spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta: (...) (dalej: Wykonawca). Beneficjent zawarł w dniu (...) z wybranym Wykonawcą umowę o numerze (...).

Postępowanie powinno zostać przeprowadzone zgodnie z wymogami opisanymi w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności* wydatków. Zgodnie ze standardami zamieszczonymi w podrozdziale 6.5.2. pkt 11, Beneficjent był zobowiązany spełnić wymagania dotyczące wyznaczenia prawidłowego terminu do składania ofert w odpowiedzi na zamieszczone zapytanie ofertowe. Ten, zgodnie z zasadami określonymi

w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków wskazany jest sztywno w sekcji 6.5.2 Wytycznych pkt 8 lit. a ppkt vi. Zgodnie z w/w normą prawną „w celu spełnienia zasady konkurencyjności należy upublicznić zapytanie ofertowe, zgodnie z warunkami, o których mowa w pkt 10 i pkt 11, które zawiera co najmniej (...) termin składania ofert, przy czym termin na złożenie oferty wynosi nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego (w przypadku zamówień na dostawy i usługi o wartości co najmniej 209 000 euro). Termin 7, 14 albo 30 dni liczy się od dnia następnego po dniu upublicznienia zapytania ofertowego, a kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli koniec terminu przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”. Beneficjent nie zachował w/w terminu (skrócił go do 10 dni), a zatem procedura nie została poprawnie przeprowadzona. W tym miejscu należy wyjaśnić kwestię dotyczącą określenia terminu, jaki w przedmiotowym postępowaniu ustalił Beneficjent do składania ofert. Zdaniem Organu wynosił on (...) dni, a nie (...), jak wskazała IA i Zespół Kontrolujący. Beneficjent upublicznił zapytanie ofertowe w dniu (...) oraz wyznaczył termin do składania ofert na dzień (...), godzina (...). Nie licząc dnia umieszczenia ogłoszenia, potencjalni wykonawcy mieli (...) na składanie ofert, a zatem pełnych (...) kalendarzowych.

Należy wspomnieć, że *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków* w swojej treści nie przewidują odstępstw dotyczących terminu wymaganego do składania ofert, chyba, że zachodzi przesłanka **pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków podrozdział 6.5 pkt 8 lit. d)**. Właśnie na „pilną potrzebę udzielenia zamówienia” powołuje się Strona, argumentując ten sposób zasadność skrócenia terminu do nadsyłania ofert z minimalnego terminu 30 dni na 10 dni.

Mając na uwadze powyższe w przedmiotowym postępowaniu, Organ przeprowadził ocenę, czy decydując o skróceniu terminu na składanie ofert, Beneficjent postąpił właściwie, w szczególności, czy mając na uwadze charakter, złożoność i wartość zamówienia zasadnym było skrócenie terminu z 30 dni na 10 dni (7 dni roboczych), czyli o (...) %. Jak wskazano powyżej w toku przedmiotowego postępowania administracyjnego, Organ doszedł do przekonania (wbrew ustaleniom poczynionym przez IA i zespół kontrolujący IZ), że Beneficjent skrócił termin na składanie ofert z nie mniej niż 30 dni na (...), a nie (...) jak wskazano w informacji pokontrolnej i sprawozdaniu z audytu operacji. Powyższe ustalenie, nie wpływa jednak w żadnym razie na wysokość korekty, zarówno w przypadku, gdy ROT zastosowała termin (...) na składanie ofert, jak również, gdyby wynosił on (...), doszło do skrócenia terminu o ponad 50%, a zatem korekta na zamówieniu w każdym z w/w przypadków wynosi 25%.

Zdaniem Strony skrócenie terminu na składanie ofert z 30 dni do (...) kalendarzowych (7 dni roboczych), było spowodowane opieszałością Organu, tj. przesunięciem rozstrzygnięcia konkursu (zmiana terminu zakończenia oceny z (...) na (...)), maksymalnym okresem trwania projektu (kryterium dopuszczające), który wnosił zgodnie z Regulaminem konkursu 24 miesiące, a także konsultacjami z dyrektorami szkół, którzy z uwagi na obciążenie uczniów zajęciami obowiązkowymi wskazywali, że optymalna liczba dodatkowych godzin zajęć uczniów w projekcie to, 5-7 tygodniowo. Z uwagi na powyższe, (...) wskazywał, że zasadnym było rozpoczęcie wsparcia w projekcie w (...). Stał na stanowisku, że mając na uwadze potrzebę szybkiego rozpoczęcia zajęć w projekcie nie miał możliwości zachowania terminu, o którym mowa w podrozdziale 6.5.2 pkt 8 lit. a ppkt vi. Uznał za zasadne niestosowanie procedur wymaganych przy zamówieniu na usługi powyżej 209 000,00 euro, powołując się na podrozdział 6.5 pkt 8 lit d Wytycznych w zakresie kwalifikowalności która stanowi, że: *„Możliwe jest niestosowanie procedur określonych w niniejszym podrozdziale przy udzielaniu zamówień w przypadku zamówień, do których zastosowanie ma zasada konkurencyjności, ze względu na **pilną potrzebę udzielenia zamówienia** niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych w podrozdziale 6.5.2”*. W Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (wersja od 14 października 2016 roku do 22 sierpnia 2017 roku) w przypisie 32 wskazano, że *„Określone w podrozdziale 6.5 pkt 8 i 9 przesłanki umożliwiające niestosowanie procedur należy interpretować biorąc pod uwagę wykładnię odpowiednich przepisów Pzp, tj. art. 62 i art. 67, umożliwiających zastosowanie trybu niekonkurencyjnego po spełnieniu określonych warunków.”*

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 62 ust. 1 pkt 4 PZP *„zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem”*. Z uwagi na to, że ustawodawca nie stworzył definicji legalnej pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, należy ją wyprowadzić z orzecznictwa sądów administracyjnych i KIO, posiłkując się przy tym stanowiskami komentatorów.

Zgodnie z orzecznictwem, udzielenie zamówienia na podstawie tej przesłanki, co do zasady powinno ograniczyć się tylko do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. Aby możliwe było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4 PZP, musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku

zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska (G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz str.362). **Zamawiający (w tym wypadku (...)), powinien więc wykazać, że okoliczności skutkujące koniecznością zastosowania tego trybu nie wynikają z jego winy, co więcej powinien wykazać, że są one takiej natury, iż nie dało się ich przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności.** Takie stanowisko można wyprowadzić z licznych orzeczeń KIO i sądów administracyjnych, tak m.in. wyrok KIO z 27 stycznia 2011 roku, sygn. akt: KIO 88/11, zgodnie z którym: *„Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a to oznacza, iż ma to być zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. Przewidywalność ta powinna być jednak postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniała sytuacja nie może więc wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a tym samym nie może być spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia. Przewidywalne będą więc tylko te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego i na których wystąpienie powinien on być przygotowany. Niewątpliwie powinien być on przygotowany na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro bowiem w literaturze dopuszcza się jako okoliczność, którą można było przewidzieć okoliczność, iż wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej, powodując tym samym przedłużenie postępowania, to taką sytuacją tym bardziej może być przedłużająca się procedura przetargowa. Jest to bowiem okoliczność (przedłużające się postępowanie), która rzeczywiście występuje. Tak więc można ją przewidzieć”.* Niezbędnym warunkiem umożliwiającym skorzystanie z tego odstępstwa jest konieczność wykazania, że brak jest obiektywnej możliwości zachowania terminów przewidzianych do przeprowadzenia postępowania w trybach podstawowych lub w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Ponadto, należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP *„zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.”* Przepis ten wskazuje, że tryb z wolnej ręki może być zastosowany w przypadku, gdy ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówień. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- 1) wyjątkowa sytuacja,
- 2) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- 3) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;
- 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi wyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo- skutkowy oraz związek czasowy (tak m.in. KIO w uchwale z 17 lipca 2017 roku, sygn. akt: KIO/KD/ 29/17). *„Skorzystanie więc z tego trybu wymaga powołania się na wystąpienie sytuacji o charakterze wyjątkowym i obiektywnie nieprzewidywalnym. Chodzi tu o taką sytuację, której zaistnienie jest na tyle mało prawdopodobne, że zamawiający dochowując należytej staranności nie mógł jej przewidzieć. Zdarzenia, których nie można było wcześniej przewidzieć to zjawiska losowe, niezależne od zamawiającego to wszelkiego rodzaju katastrofy, powódzie, awarie, klęski, sezonowe, pożary, niespodziewane wypadki bądź też ich zagrożenie, wymagające podjęcia przez zamawiającego natychmiastowych działań. Natychmiastowe wykonanie zamówienia ze względu na wyjątkową sytuację oznacza konieczność ochrony określonego interesu (ochrona zdrowia, życia lub mienia, a także zapobieganie wystąpieniu straty w majątku), którego naruszenie jest zagrożone wystąpieniem wyjątkowej sytuacji. Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Za wyjątkową sytuację, której zamawiający nie mógł przewidzieć, nie można uznać np. wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w styczniu, w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują”* (tak WSA w Warszawie w wyroku z dnia 13 stycznia 2016 roku o sygn. akt: V SA/Wa 2391/15).

Okolicznością zastosowania odstępstwa od podstawowych terminów i trybów udzielenia zamówień nie jest także konieczność wydatkowania środków z dofinansowania lub złożenie wniosku o takie dofinansowanie. W jednym z orzeczeń Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że możliwość złożenia wniosku o dofinansowanie jest jedynie uprawnieniem, nie ma charakteru obligatoryjnego. Dlatego też chęć skorzystania z takiej możliwości nie może powodować ominięcia wyrażonej w art. 7 PZP zasady uczciwej konkurencji poprzez odejście od podstawowych trybów udzielenia zamówienia. Wskazana w przepisie natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. „Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia

i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę środowiska.” Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2009 roku (KIO/KD 21/09) istotną cechą charakteryzującą zamówienie udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia” (Uchw. KIO z 6 stycznia 2015 roku, KIO/KD 115/14).

Przechodząc od rozważań teoretycznoprawnych na grunt przedmiotowej sprawy, Organ przeprowadził analizę, czy argumentacja przedstawiona przez Stronę świadczy o zaistnieniu w ustalonym w sprawie stanie faktycznym i prawnym **pilnej potrzeby udzielenia zamówienia** uprawniającej ją do skrócenia terminu składania ofert z co najmniej 30 dni na (...). Ponadto w przypadku uznania, że zaistniała taka potrzeba należy rozważyć czy wynikała ona z przyczyn nieleżących po stronie Beneficjenta.

(...) założył, że rozpocznie realizację projektu „Świętokrzyscy hotelarze na rynku pracy” od 1 marca 2017 roku poprzez rekrutację uczestników, natomiast w okresie od kwietnia do czerwca, a następnie od września do ostatniego dnia projektu przeprowadzi realizację zajęć/kursów dla uczestników. Organ zwraca uwagę, że Regulamin konkursu stanowił, iż: *„termin zakończenia oceny wniosków planowany jest na koniec (...) roku przy założeniu, że ocenie będzie podlegało nie więcej niż 200 wniosków. W sytuacji, gdy ocenie będzie podlegało więcej niż 200, a mniej niż 400 wniosków – orientacyjny termin zakończenia oceny przypadając będzie na koniec (...). Powyżej 400 wniosków – poddanych ocenie merytorycznej spowoduje przesunięcie jej zakończenia nie później jednak niż na koniec (...).”* (3.3.10 pkt 6 Regulaminu konkursu, str. 122). Zgodnie zaś z 1.6.7 Regulaminu konkursu *„planowany harmonogram przeprowadzania poszczególnych etapów oceny zostanie opublikowany na stronie internetowej IOK w terminie do 14 dni roboczych od zakończenia naboru wniosków.”* Z całą pewnością zatem składając wniosek o dofinansowanie (...) nie miał pewności, że nabór zakończy się do 28 lutego 2017 roku. Organ nie uznał za trafne argumentów przedstawianych przez Beneficjenta, że na rynku nie było tyle podmiotów, które mogłyby złożyć wnioski o dofinansowanie i tym samym spowodować, że w konkursie wpłynęłoby ponad 200 aplikacji i dlatego założył realizację projektu od (...). Należy bowiem zwrócić uwagę, że „planowany” termin zakończenia oceny, zawsze może ulec zmianie, chociażby z uwagi na absencje pracowników Organu, wątpliwości, co do oceny projektów, konieczność powołania ekspertów, przedłużające się negocjacje z Wnioskodawcami itp. „planowany” termin rozstrzygnięcia naboru jest zatem terminem orientacyjnym, a nie ostatecznym - wiążącym. IZ zwraca uwagę, że także podczas oceny projektu (...) pojawiły się okoliczności, które mogły rzutować na ostateczny (przesunięty) termin rozstrzygnięcia naboru. Jak wynika z protokołu prac Komisji Oceny Projektów dot. konkursu nr (...), w pracach KOP uczestniczyli również eksperci, którzy w trybie niestacjonarnym dokonali oceny merytorycznej wniosku nr (...), tj. Pani (...),

Pani (...), Pan (...) (III osoba oceniająca). Zgodnie z informacjami znajdującymi się w w/w protokole, w dniu (...), w związku z rozbieżnymi ocenami dwóch oceniających, do oceny został zaangażowany kolejny ekspert – Pani (...), która ostatecznie zrezygnowała z oceny wniosku w dniu (...). W związku z powyższym do oceny został zaangażowany kolejny ekspert – Pan (...). Powyższe zdarzenia z całą pewnością wpłynęły na termin rozstrzygnięcia naboru. Ponadto należy zwrócić uwagę, że nawet, gdyby planowany pierwotnie termin ogłoszenia listy projektów wybranych do dofinansowania nie uległ przesunięciu, to i tak założony przez Beneficjenta termin rozpoczęcia realizacji projektu przypadłby przed podpisaniem umowy o dofinansowanie. Oczywistym jest, że od daty ogłoszenia listy projektów wybranych do dofinansowania do zawarcia umów musi upłynąć określony czas (najczęściej kilka tygodni) podczas którego należy przygotować umowę o dofinansowanie, zgromadzić i dostarczyć wszystkie załączniki (w tym zaświadczenia z ZUS i US). Mając na uwadze powyższe, zakładając racjonalne działanie Wnioskodawcy, uwzględniając jego doświadczenie w realizacji projektów współfinansowanych ze środków europejskich (na które wielokrotnie się powoływał), Beneficjent musiał przewidzieć rozpoczęcie realizacji projektu na własne ryzyko, przed podpisaniem umowy o dofinansowanie nawet w sytuacji planowego rozstrzygnięcia konkursu. Organ, w toku niniejszego postępowania zweryfikował terminy rozstrzygnięcia naborów przeprowadzonych przez Departament Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego, w szczególności, czy zakończyły się one w pierwotnie planowanym terminie oraz jaki czas upłynął od zakończenia naboru wniosków do rozstrzygnięcia konkursów. Powyższa analiza wykazała, że na 19 ogłoszonych naborów w roku 2016 (czyli w roku, w którym swój wniosek o dofinansowanie złożył (...)) jedynie w 4 lista projektów wybranych do dofinansowania została opublikowana w planowanym pierwotnie terminie (lub przed jego upływem). W pozostałych naborach (15 spośród 19), terminy zakończenia oceny projektów zostały przesunięte od kilku dni do ok. 2 miesięcy. Wobec powyższego, nie budzi wątpliwości, że racjonalny Beneficjent, a takim wzorcem należy się posługiwać, powinien przewidzieć możliwość przesunięcia terminu rozstrzygnięcia konkursu, tym bardziej analizując terminy zakończenia wcześniejszych naborów organizowanych przez IZ RPO WŚ. Niezależnie od powyższego, nie polegają na prawdzie twierdzenia Strony (pismo (...) z dnia (...)), że „*nie mogła przewidzieć, biorąc pod uwagę wszelkie przewidywalne przesłanki tak znacznego, czyli czteromiesięcznego przesunięcia terminu podpisania umowy*”. Organ zwraca uwagę, że umowa o dofinansowanie została zawarta (...). Nie sposób zatem uznać, że doszło do 4 miesięcznego opóźnienia w jej podpisaniu. Jak wskazano powyżej, zawarcie umowy następuje najczęściej kilka, a nawet kilkanaście tygodni od ogłoszenia listy projektów wybranych do dofinansowania, a to z uwagi na konieczność jej skonstruowania oraz

zgromadzenia i dostarczenia przez Wnioskodawcę szeregu dokumentów stanowiących jej załączniki. W tej sytuacji, nawet gdyby lista projektów wybranych do dofinansowania została opublikowana w pierwotnie założonym terminie to i tak umowa nie mogła zostać zawarta przed dniem (...), tj. dniem, kiedy Beneficjent przewidział początek realizacji projektu. Organ doszedł do przekonania, że (...) składając wniosek o dofinansowanie w konkursie powinien był przewidzieć możliwość opóźnień w procedurze konkursowej przy wyborze wniosków do dofinansowania. Podmiot działający zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego i podchodzący do realizacji projektu zdroworozsądkowo, a tym bardziej Beneficjent znający realia przeprowadzania procedury konkursowej mógł i powinien przewidzieć możliwość opóźnień w rozpatrzeniu procedury konkursowej, tym bardziej, gdy przy dokonywaniu założeń harmonogramu projektu nie miał wiedzy na temat okresu jej zakończenia. Beneficjent powinien na etapie planowania działań w projekcie na tyle elastycznie skonstruować harmonogram, aby różnego rodzaju opóźnienia, które mogą się przydarzyć przy realizacji projektu nie musiały skutkować działaniami nagłymi i niestandardowymi po jego stronie. Organ stoi na stanowisku, że rozsądnie i asekuracyjnie postępujący Beneficjent, śledzący przebieg dotyczących go wydarzeń, mający wiedzę na temat czasookresu realizacji swojego projektu powinien już w dniu (...), tj. kiedy IZ RPO WŚ opublikowała zaktualizowany harmonogram oceny wniosków w konkursie podjąć niezbędne kroki minimalizujące ewentualne ryzyko nieosiągnięcia przyjętych założeń projektu, chociażby poprzez wcześniejsze opublikowanie zapytania ofertowego z 30 dniowym terminem na składanie ofert, tak aby np. dzień rozstrzygnięcia przypadł na okres już po dokonaniu wyboru projektów do dofinansowania, z ewentualnym zastrzeżeniem możliwości unieważnienia prowadzonego postępowania. Takiego zachowania od Beneficjenta należało oczekiwać tym bardziej, że założył on realizację projektu od (...), mimo, że już w dniu składania wniosku o dofinansowanie musiał mieć pełną świadomość, że w tym dniu umowa o dofinansowanie nie będzie jeszcze zawarta. W ocenie Organu, uzasadnionym było oczekiwanie podjęcia działań związanych z wszczęciem postępowania w zakresie zamówienia właśnie w tym czasie, tj. w pierwszych dniach (...).

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że spośród 10 projektów wybranych do dofinansowania w przedmiotowym konkursie, jedynie (...) przewidział początek jego realizacji na (...), jeden z Beneficjentów założył rozpoczęcie swojego projektu od (...) ((...)), a wszyscy pozostali jeszcze później, najczęściej od początku roku szkolnego (...), czyli od (...). A zatem pozostali Wnioskodawcy uwzględnili w swoich harmonogramach realizacji projektów zarówno przewidziany w Regulaminie konkursu czas oceny wniosków (w przypadku, gdyby wpłynęło ich ponad 400) oraz czas niezbędny do zgromadzenia dokumentów potrzebnych do zawarcia umowy i samego jej zredagowania. Powyższe świadczy także o tym, co jest zgodne z brzmieniem postanowień Regulaminu konkursu, że nie zakreślał on sztywnych ram czasowych trwania projektu, tj. od (...) do (...),

tak jak to przewidział Beneficjent. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie wynikającym z Regulaminu konkursu był maksymalny okres trwania projektu, tj. 24 miesiące (kryterium dostępu nr 1, str. 106 Regulaminu Konkursu). Wbrew zatem twierdzeniom Beneficjenta nie było przeszkód, żeby zajęcia w projekcie rozpoczęły się w (...), a nawet we wrześniu 2017 roku (jak to założyła większość Wnioskodawców, którzy otrzymali dofinansowanie w ramach przedmiotowego naboru) i taka zmiana harmonogramu wsparcia nie musiałaby się wiązać, (jak wielokrotnie twierdził Beneficjent, próbując usprawiedliwić niezasadne skrócenie terminu na składanie ofert w postępowaniu) z nadmiernym obciążeniem uczestników projektu. W zaistniałej sytuacji Strona mogła zwrócić się do Instytucji z prośbą o zmianę okresu realizacji projektu, w ten sposób, że jego początek miałby miejsce w (...) lub (...), a koniec po upływie 24 miesięcy od w/w dat. W takiej sytuacji nie byłoby żadnej potrzeby zwiększenia intensywności wsparcia, które wiązałoby się z większą ilością godzin dla uczniów. W ocenie Organu, trudno doszukać się argumentacji uzasadniającej brak próby przesunięcia zarówno rozpoczęcia jak i zakończenia realizacji projektu np. o jeden czy dwa miesiące naprzód. (...) nie podjęła takiej próby i nie wyjaśniła w żaden sposób przyczyn tego postępowania.

Niezależnie od w/w uwag, Organ stoi na stanowisku, że nawet bez zmiany terminu realizacji projektu, w dniu (...) możliwe byłoby przeprowadzenie postępowania ofertowego z 30 dniowym terminem na składanie ofert. Mogłoby to mieć miejsce pod warunkiem założenia, że realizacja kursów oraz szkoleń rozpocznie się niezwłocznie po wyborze oferty, tj. w dniach (...), najpóźniej w dniu (...), a nie jak wskazywał to w przedłożonej notatce kierownik projektu (...) dopiero po dniu (...). Nadto, w ocenie IZ RPO WŚ możliwe było przeniesienie części zaplanowanych kursów oraz szkoleń na miesiące powakacyjne, tj. od (...) do końca projektu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że ilość zajęć w projekcie nie została rozłożona proporcjonalnie na poszczególne lata jego trwania. Przykładowo w szkole w (...) na rok 2017 zaplanowano 416 godzin (czas na realizację – 6 miesięcy), przy planowanych jedynie 440 godzinach kursów oraz szkoleń w roku 2018 (czas na realizację – 10 miesięcy). Różnica w ilości planowanych do przeprowadzenia godzin wynosi jedynie 24 h przy planowanym okresie realizacji dłuższym aż o 4 miesiące. (...) poczynił porównywalne założenia przy wszystkich pozostałych szkołach.

Na marginesie należy wskazać, że powoływane przez (...) rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 7 lutego 2012 roku w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych dotyczy minimalnego tygodniowego wymiaru godzin obowiązkowych zajęć edukacyjnych dla uczniów poszczególnych klas. Nie określa ono minimalnej ani maksymalnej ilości godzin zajęć dodatkowych, niewynikających z obowiązującej podstawy programowej. Rozporządzenie daje, co prawda możliwość dyrektorowi szkoły zwiększenia ilości godzin poprzez przeznaczenie godzin do dyspozycji dyrektora na dodatkowe zajęcia, jednak mówi ono o zajęciach zwiększających liczbę godzin

zajęć obowiązkowych lub o zajęciach realizujących potrzeby i zainteresowania uczniów, prowadzonych przez nauczycieli zatrudnionych w danej szkole w ramach czasu pracy danego nauczyciela w szkole. Nie ma zatem możliwości przeznaczenia tych godzin na zajęcia pozaszkolne realizowane w ramach projektu i prowadzone przez osoby zatrudnione przez Beneficjenta. Ponadto żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie określa maksymalnej tygodniowej czy dziennej ilości godzin zajęć dodatkowych dla ucznia. Podkreślenia wymaga, że kursy oraz szkolenia w ramach projektu ROT nie są zajęciami obowiązkowymi wynikającymi z podstawy programowej i są realizowane przez zewnętrznego, wybranego przez ROT wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Organu, Beneficjent nie wykazał aby w opisanym przez niego stanie faktycznym zaistniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia na zakup usług: kursów zawodowych, warsztatów, szkoleń, usług szkoleniowych, zajęć oraz organizację studiów podyplomowych.

Dodatkowo analizując prawidłowość postępowania Strony przy przeprowadzaniu spornego zamówienia na usługi edukacyjne, Organ brał pod uwagę także zgłaszaną przez Beneficjenta argumentację o możliwości skorzystania przez niego z postanowień art. 138o i art. 138 q PZP. Beneficjent stał na stanowisku, że skoro zamawiającego, o którym mowa w art. 3 PZP nie obejmuje obowiązek stosowania żadnych terminów ustawowych w zakresie terminów składania ofert, a już w szczególności terminu 30 dni, pomimo, że wartość szacunkowa obiektywnie przekracza kwotę 209 000 euro, to taką samą interpretację należy stosować do beneficjentów nie będących zamawiającymi w rozumieniu PZP, którzy realizują zamówienia na usługi społeczne, o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty 750 000 euro. (stanowisko prawne r. pr. M. Polit przedstawione przez Beneficjenta, str. 2). W w/w stanowisku opiniujący podniósł, że *„przeciwna interpretacja doprowadzi do wniosku, że bezspornie ten sam typ zamówienia (usługi społeczne) jest inaczej regulowany dla beneficjentów zobowiązanych do stosowania PZP, a inaczej dla podmiotów nie będących zamawiającymi w rozumieniu PZP. Co więcej oznaczałoby to, że podmioty nie zobowiązane do stosowania PZP mają w tym zakresie obowiązki daleko większe niż np. jednostki sektora finansów publicznych – musi zachować termin 30 dniowy, podczas gdy na gruncie PZP wystarczy 7 dni. Taki wniosek jest niemożliwy do przyjęcia na gruncie wykładni systemowej (...). Nie ma również żadnego uzasadnienia celowościowego, dla tak istotnego zróżnicowania obowiązków dwóch grup beneficjentów.”*

Po dokonaniu weryfikacji przedmiotowego stanowiska, Organ doszedł do przekonania, że jest ono niewłaściwe, a **przede wszystkim nie znajduje podstaw w przepisach prawa obowiązujących na dzień ogłoszenia o zamówieniu**. Jak wskazano powyżej, zasada konkurencyjności, uregulowana została w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, które nie wyodrębniają oddzielnej procedury dla zamówień na usługi społeczne.

Natomiast ustawa PZP czyni takie rozróżnienie. Nie zmienia to faktu, że beneficjenci należący do sektora finansów publicznych, jak i ci spoza tego sektora, stosują procedury obowiązujące przy wydatkowaniu środków publicznych. Generalnie tymi procedurami są zasada konkurencyjności stosowana przez zamawiających spoza sektora finansów publicznych oraz PZP przez pozostałych beneficjentów. Niewątpliwie te dwie procedury są różne, jednak nie ma podstaw, aby twierdzić, że ten fakt przesądza o tym, że beneficjenci są nierówno traktowani. Z uwagi na to, że ROT, nie jest zamawiającym w rozumieniu PZP, zobowiązany był do stosowania jedynie zasady konkurencyjności, która jednoznacznie określa, że w przypadku zamówień powyżej tzw. progów dyrektyw (bez rozróżnienia np. usług społecznych), termin składania ofert nie może być krótszy niż 30 dni. Termin ten w porównaniu do terminów z PZP, jest inaczej określony, jednak procedury te różnią się od siebie także i w innych aspektach. Co prawda, przywołując idee zasady konkurencyjności, należy wskazać, że oparta jest ona o przetarg nieograniczony według PZP, jednocześnie nie jest tak rygorystyczna jak PZP. To oznacza, że tam, gdzie PZP wprowadza jakieś odstępstwa, można przyjąć, że zasada konkurencyjności również wprowadza takie odstępstwa. Jednakże przyjęcie takiej ścieżki interpretacji ma określone konsekwencje. Jeśli bowiem PZP nie określa wyrażonego w dniach (tak jak to jest w zasadzie konkurencyjności) terminu składania ofert na zamówienia społeczne, to jednak nie pozostawia zamawiającemu zupełnej swobody w wyznaczeniu tego terminu. Ustawa PZP określa termin w sposób opisowy, jako termin niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a także taki, który uwzględnia złożoność przedmiotu zamówienia. Zatem ustawa wyodrębnia elementy 1) złożoność zamówienia – zbudowanie koncepcji oferty, 2) przygotowanie oferty – spisanie, wyliczenie ceny itp., 3) złożenie oferty – np. jeśli zamawiający dopuszcza składanie ofert drogą pocztową to czas złożenia oferty wydłuża się „zabierając” czas z wyznaczonego w dniach terminu. Dopiero biorąc pod uwagę te wszystkie trzy kwestie można ocenić, czy wystarczające, w świetle art. 138 o PZP oraz 138q PZP, jest wyznaczanie terminu (...) (7 dni roboczych) – tak jak to zrobił (...) w przypadku kwestionowanego zamówienia. Organ stoi na stanowisku, wbrew ocenie przedstawianej przez Stronę, że brak ustawowego określenia terminu w dniach nie jest znacznie łagodniejszą procedurą. Oba wskazane powyżej artykuły wskazują zatem na konieczność uwzględniania przy określaniu terminu, czasu, jaki potencjalny wykonawca będzie musiał poświęcić na sporządzenie oferty. Wobec czego, nie w każdym przypadku będzie to termin krótszy niż wskazany w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków termin 30 dniowy. **Opisowe ujęcie w ustawie terminu składania ofert jest procedurą znacznie trudniejszą dla zamawiającego, gdyż wymaga od niego każdorazowo rozeznania, jaki termin będzie właściwy, tj. niezbędny i uwzględniający ustawowe przesłanki.** Należy podkreślić, że termin składania ofert liczony jest w dniach kalendarzowych, a więc praktycznie wykonawcom

pozostawało 7 dni roboczych. W tych 7 dniach zawarty był także czas dotarcia potencjalnych oferentów do ogłoszenia.

W ocenie Organu, skracając wymaganą zasadą konkurencyjności minimalny termin do składania ofert, Beneficjent naruszył podstawowe zasady przeprowadzania zamówienia, tj. w rzeczywistości nie otworzył zamówienia na konkurencję. IZ RPO WŚ zwraca uwagę, że choć Strona twierdziła, że na ogłoszenie wpłynęły dwie oferty, a nie jedna, to w żadnym razie nie potwierdza, że wyznaczony termin był wystarczający na przygotowanie i złożenie oferty, biorąc pod uwagę wartość i skomplikowanie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że owe dwie oferty pochodzą od podmiotów do których Beneficjent skierował zapytanie cenowe w dniu (...) (zapytanie w formie rozmowy telefonicznej), a następnie zapytanie ofertowe. Wykonawcy Ci mieli zatem wiedzę, że Strona zamierza takie zamówienie przeprowadzić, już kilka dni przed jego ogłoszeniem i mogli przygotowywać się do złożenia oferty, ponadto otrzymali bezpośrednio zapytania ofertowe, w dniu umieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej, dlatego mogli od razu przystąpić do gromadzenia niezbędnych dokumentów. **Mając na uwadze powyższe, złożenie ofert jedynie przez podmioty do których wysłano zapytania ofertowe świadczy o tym, że inne podmioty albo nie dotarły do zamówienia w odpowiednim czasie albo nie były w stanie skonstruować swojej oferty wraz z załącznikami w skróconym o (...) % terminie składania ofert.** Ponadto, w tej sytuacji szczególnemu uwypukleniu ulega okoliczność, że w zasadzie skrócenie terminu na składanie ofert doprowadziło de facto do ograniczenia konkurencyjności, a szczególnie preferowane były wybrane przez Beneficjenta podmioty do których skierowano zapytania ofertowe. Co prawda, według obowiązujących w dniu ogłoszenia zamówienia postanowień Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, taka sytuacja miała miejsce za każdym razem, kiedy zamówienie było udzielane przed zawarciem umowy o dofinansowanie. Niemniej jednak, kiedy zostaje przeprowadzone postępowanie w którym zachowane zostają terminy do składania ofert nie możemy mówić o ograniczeniu konkurencji, z uwagi na to, że uznaje się, iż przyjęte dla poszczególnych zamówień terminy są wystarczające dla odszukania oferty, jej przygotowania i dostarczenia jej zamawiającemu. W niniejszej sytuacji termin został w sposób nieuprawniony skrócony, a zatem uzasadnione jest twierdzenie, że naruszono w ten sposób podstawowe zasady związane z równym traktowaniem Wykonawców i otwarciem się na równą konkurencję. Mając na uwadze powyższe, w przypadku zamówień o wysokich wartościach, niezależnie od przedmiotu zamówienia stosowanie stałego, co najmniej 30 dniowego terminu jest zasadne i daje Beneficjentowi gwarancję, że w przypadku jego dotrzymania uniknie kwestionowania prawidłowości określenia terminu przez organy kontrolujące, a w wielu przypadkach konieczności korygowania wydatków.

W ocenie Organu kwestionowane zamówienie publiczne było złożone, a przygotowanie oferty wymagało zebrania szeregu specjalistów z różnych dziedzin, którzy będą dysponować

wykształceniem wyższym z zakresu hotelarstwa lub/i gastronomii, marketingu, turystyki, matematyki, fizyki i chemii, będą posiadali uprawnienia do nauki języka angielskiego, informatyki, ekonomii, zarządzania, przedsiębiorczości, a przy tym dysponujących uprawnieniami pedagogicznymi. Ponadto niezbędnym było posiadanie/pozyskanie przez podmioty zgłaszające swoje oferty kadry osób uprawnionych do przeprowadzania szeregu kursów i szkoleń w tym sommeliera, managera hotelu, konesera sztuki kulinarnej, barmana – kelnera, designu i organizacji przyjęć, warsztatów dekoracji stołu i florystyki itd. Należy zwrócić uwagę, że zajęcia w ramach projektu miały się odbywać w siedmiu szkołach, z których każda mieści się w innej miejscowości – (...). Potencjalny Wykonawca chcąc złożyć ofertę musiał zatem pozyskać specjalistów w w/w dziedzinach i z wymaganym w zamówieniu wykształceniem, doświadczeniem i kwalifikacjami, dysponujących czasem wystarczającym do podjęcia w krótkim czasie działań w projekcie w przeciągu 7 dni roboczych i to zakładając, że dotrze do ogłoszenia pierwszego dnia, kiedy zostało ono opublikowane na stronie internetowej Beneficjenta. Do oferty miały zostać dołączone CV każdego z trenerów oraz dokumenty potwierdzające wykształcenie i doświadczenie trenerów, co oznaczało, że Wykonawca musiał dysponować rozległą kadrą, w różnych dziedzinach, bądź kadrę tę zrekrutować w ciągu maksymalnie 7 dni roboczych. Ponadto, wykonawca miał obowiązek zorganizować studia podyplomowe dla nauczycieli. Co generować musiało dodatkowe czynności, w szczególności, w sytuacji, gdyby Wykonawca nie miał sam uprawnień do organizacji studiów. Abstrahując od tego, że *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków* przewidywały odrębny termin na zamówienia dot. usług ponad 209 000 euro, wynoszący, co najmniej 30 dni, to biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności, że zajęcia miały dotyczyć różnej tematyki, wymagającej zaangażowania kilkudziesięciu specjalistów z odmiennych dziedzin, miały się odbywać w 7 lokalizacjach, dla ponad 300 grup uczestników, przygotowanie ofert w odpowiedzi na zapytanie należy uznać za skomplikowane, a wyznaczony przez Beneficjenta termin (...) (7 dni roboczych) za niewystarczający.

Ad. 2. Czy w niniejszej sprawie doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (dalej: Rozporządzenie nr 1303/2013).

Zgodnie z art. 24 ust. 1 Ustawy wdrożeniowej w przypadku wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej albo systemowej, zwanych dalej „nieprawidłowościami”, powstaje po stronie IZ obowiązek podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań o których mowa w ust. 9 lub 11 tej ustawy. Ustęp 9 tego przepisu stanowi, że gdy zachodzi nieprawidłowość indywidualna w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność – właściwa instytucja nakłada korektę finansową oraz wszczyna procedurę odzyskiwania od beneficjenta kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 UFP. Kolejnym zagadnieniem wymagającym rozważenia w przedmiotowej sprawie jest zatem ocena, czy naruszenie, o którym mowa powyżej stanowi **nieprawidłowość** w rozumieniu **art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013**. Stosownie do w/w przepisu „nieprawidłowość” oznacza **każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem**. W świetle art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013, aby można było mówić o zaistnieniu nieprawidłowości, muszą zatem łącznie zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) naruszenie przepisów prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- 2) działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego,
- 3) wywarcie lub potencjalna możliwość wywarcia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

W przedmiotowej sprawie Organ uznał, że doszło do powstania nieprawidłowości, która ma szkodliwy wpływ na budżet Unii, poprzez wydatkowanie środków finansowych pochodzących z UE niezgodnie z procedurami wskazanymi w art. 184 UFP.

Po pierwsze, Beneficjent **naruszył przepisy prawa unijnego i prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego**. Wydatkował on środki przeznaczone na (...) *w ramach projektu „(...)”* (kod: CPV: 80530000-8) w ramach działania 8.5.1 Regionalnego Programu Operacyjnego o wartości 1 868 460,00 zł z naruszeniem przepisów dotyczących zasady konkurencyjności, opisaney w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* w podrozdziale 6.5.2 w związku z nieuzasadnionym skróceniem terminu do składania ofert w ww. postępowaniu.

Z uwagi na to, że (...) nie jest zobowiązany do stosowania ustawy PZP powinien kierować się treścią *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków*, w których została unormowana zasada konkurencyjności.

Zgodnie z treścią podrozdziału 6.5.2 pkt 8 lit a ppkt vi *Wytycznych „w przypadku zamówień o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej (...) 209 000 euro w przypadku*

zamówień na dostawy i usługi, termin wynosi nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego.” Wskazać należy, że dla uznania, iż doszło do naruszenia procedur, o których mowa w art. 184 UFP, wystarczające jest także naruszenie postanowień zawartych w umowie o dofinansowanie lub *Wytycznych* w zakresie *kwalikowalności wydatków*, nie zawsze musi nastąpić naruszenie prawa powszechnie obowiązującego, krajowego lub unijnego. Wskazane powyżej stanowisko jest utrwalone w orzecznictwie i nie jest obecnie kwestionowane. W prezentowaną linię orzecniczą wpisuje się stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego zawarte w wyroku z dnia 17 października 2019 r. (sygn. I GSK 1384/18): „*Pod pojęciem inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków, o których mowa w art. 184 ust. 1 u.f.p. należy rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystaniu środków pomocowych zarówno w umowie jak i w wytycznych, wydanych m.in. na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 6 u.z.p.p.r., do których stosowania zobowiązała się skarżąca podpisując umowę.*” Postanowienia dotyczące terminów stosowanych przy postępowaniach przetargowych prowadzonych zgodnie z zasadą konkurencyjności, występujące w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* są właśnie takimi procedurami, których złamanie jest naruszeniem, o którym mowa w art. 184 UFP.

Po drugie konieczne jest **działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego**. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 podmiotem gospodarczym jest każda osoba fizyczna, prawna lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z Funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego podczas wykonywania uprawnień władzy publicznej. Przesłanka działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zostanie zatem spełniona wówczas, gdy tak definiowany podmiot gospodarczy podejmie działanie niezgodne z przepisami prawa lub, gdy wbrew obowiązkowi wynikającemu z prawa nie dokona określonej czynności. Przekładając powyższe rozważanie na grunt przedmiotowej sprawy, Beneficjent jako podmiot gospodarczy dopuścił się działania naruszającego postanowień *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* (podrozdział 6.5.2. pkt 8 lit. a ppkt vi). Mimo obowiązku przeprowadzenia procedury wyłonienia wykonawcy usług o wartości powyżej 209 000,00 euro w oparciu o zasadę konkurencyjności, w której właściwym terminem do składania ofert jest co najmniej 30 dni, Beneficjent zastosował termin (...). Podkreślić należy, że na (...) ciążył obowiązek starannego realizowania projektu, zgodnie z postanowieniami zawartymi we Wniosku i Umowie oraz *Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków*. Organ stoi na stanowisku, że Beneficjent temu obowiązkowi nie sprostał.

Spełnienie dwóch wyżej wymienionych przesłanek jest niewystarczające do ustalenia, iż mamy do czynienia z nieprawidłowością. Trzecia z przesłanek wskazuje na **konieczność wystąpienia lub uprawdopodobnienia wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet Unii**

poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem w związku z niezgodnym z prawem działaniem lub zaniechaniem podmiotu gospodarczego (beneficjenta). Powyższe oznacza, że o zaistnieniu nieprawidłowości decyduje nie tylko faktyczne wywarcie szkodliwego wpływu na budżet, ale nawet już prawdopodobieństwo wystąpienia takiej szkody. W przypadku przesłanki wywarcia lub potencjalnej możliwości wywarcia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie tego budżetu nieuzasadnionym wydatkiem należy przyjąć, że szkoda dla budżetu nie musi być konkretną stratą finansową, może być ona wyliczona m.in. metodą wskaźnikową. Przechodząc od rozważań doktrynalnych na grunt niniejszej sprawy, skrócenie terminu na składanie ofert o (...), tj. (...) % spowodowało brak możliwości udziału w postępowaniu innych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a tym samym złożenia korzystniejszych cenowo ofert, co z kolei mogłoby spowodować oszczędności w budżecie Unii Europejskiej. Organ określając wysokość korekty wziął pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe możliwe do poniesienia przez fundusze polityki spójności. W trakcie tej analizy Organ uznał, że skrócenie terminu na składanie ofert z co najmniej 30 dni na (...) w sposób znaczny naruszyło zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. Z uwagi na to, że Organ nie jest w stanie stwierdzić, jakie oferty i na jakie kwoty wpłynęłyby na zapytanie dot. zamówienia, gdyby Beneficjent zachował chociażby minimalny termin przewidziany w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków*, niemożliwym jest wyliczenie rzeczywistej straty finansowej powstałej w wyniku nieprawidłowości indywidualnej. Biorąc pod uwagę powyższe, Organ uznał, że charakter i waga nieprawidłowości była znaczna (skrócenie terminu o 66,66%), a spowodowanie tym działaniem skutki finansowe, które mogły powstać w budżecie Unii Europejskiej są trudne do oszacowania. Niezależnie od powyższego, określając wysokość korekty finansowej Organ jest zobowiązany rozważyć, czy w zaistniałym stanie faktycznym naruszenie procedur mogło uzasadnić obniżenie ustalonej korekty. Przystępując do tej analizy skorzystano z dokumentów, o których mowa w art. 24 ust. 6 i 24 ust. 13 Ustawy wdrożeniowej (Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 roku w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień oraz załącznika do Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 19 grudnia 2013 roku w sprawie określenia i zatwierdzenia wytycznych dotyczących określania korekt finansowych dokonywanych przez Komisję w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w ramach zarządzania dzielonego, w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych pn. „*Wytyczne dotyczące korekt finansowych dla wydatków finansowanych przez Unię w ramach zarządzania dzielonego w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych*” - (Decyzja Komisji C (2013)9527 z 19.12.2013 r.). Z treści załącznika do Decyzji

Komisji wynika, że w przypadku skrócenia terminu o 50% lub więcej należy zastosować wynikającą z pkt. 4 tego dokumentu 25% korektę finansową.

Ponadto zgodnie z § 5 ust. 1 w/w rozporządzenia w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych (wersja obowiązująca od 4 marca 2016 roku do 5 kwietnia 2017 roku, tj. w dniu ogłoszenia postępowania), w przypadku, gdy skutki finansowe nieprawidłowości indywidualnej są trudne do oszacowania, to do obniżania wartości korekty stosuje się stawki pomniejszenia określone w załączniku do rozporządzenia. Zauważyć należy, że pkt 15 tegoż załącznika wskazuje, że w przypadku nieprawidłowości polegającej na „ustaleniu terminów składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia krótszych niż przewidziane we właściwych procedurach jako minimalne albo zastosowanie procedury przyspieszonej bez wystąpienia ustawowych przesłanek jej stosowania”, w przypadku, gdy ustalony termin został skrócony o więcej niż 50% terminu wymaganego lub stanowi 50% terminu wymaganego, stawka procentowa korekty wynosi 25%. **Zgodnie z wyżej wymienionymi regulacjami IZ miała obowiązek zastosować 25% korektę bez pomniejszenia.**

Powagę nieprawidłowości związanej z nieprzebrzeganiem przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz związane z tym skutki finansowe dla budżetu Unii, ocenia się biorąc pod uwagę następujące czynniki: poziom konkurencji, przejrzystość i równe traktowanie. Obniżenie korekty powinno być zaś każdorazowo rozpatrywane indywidualnie w odniesieniu do konkretnego zamówienia, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na naruszenie zasad konkurencyjności, przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji. Wobec powyższego, zaistnienie ww. nieprawidłowości w sposób jednoznaczny i bezsprzeczny zobowiązywało IZ do nałożenia stosownej korekty finansowej, której stawka została w sposób indywidualny i adekwatny określona przy zastosowaniu ww. przepisów i wytycznych, ujętych w dokumentach krajowych i wspólnotowych.

Zasada równego traktowania Wykonawców dla podmiotów niestosujących PZP została uregulowana w *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków* – podrozdział 6.5 pkt 1., wspólnie z zasadami przejrzystości i uczciwej konkurencji. Powyższe zasady mają za zadanie zobowiązać Zamawiającego do jednakowego traktowania wszystkich wykonawców biorących lub mogących wziąć udział w postępowaniu i otworzenie się na konkurencyjność postępowania, czyli umożliwienie potencjalnym wykonawcom, dysponującym potencjałem do złożenia oferty, pozyskania informacji o prowadzonym zamówieniu publicznym. Złamanie zasady równości następuje wówczas, gdy zamawiający traktuje w sposób preferencyjny jednego lub kilku Wykonawców, utrudniając tym samym udział postępowaniu innym. Zamawiający ma obowiązek zagwarantować wszystkim Wykonawcom równe szanse otrzymania zamówienia. W ocenie Organu, Beneficjent nie zapewnił jednakowego traktowania potencjalnych Wykonawców, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyboru ofert

przy zachowaniu minimalnych wymagalnych terminów oraz preferencyjne traktowanie Wykonawców, wśród których nastąpiło ustalenie ceny rynkowej usługi, a następnie rozesłano im zapytania ofertowe. Organ stoi na stanowisku, że skrócenie terminu składania ofert mogło mieć wpływ na liczbę złożonych ofert. Nie można bowiem wykluczyć, że w przypadku, gdyby termin na składanie ofert wynosił nie mniej niż 30 dni, liczba złożonych ofert byłaby większa, a oferty wpłynęłyby również od innych podmiotów. (tak m.in. WSA w Poznaniu – wyrok z 17 października 2019 roku, sygn. akt: III SA/Po 463/19 oraz wyrok WSA w Lublinie – wyrok z dnia 7 stycznia 2021 roku, sygn.. akt. III SA/Lu 536/20). Z uwagi na brak możliwości wyliczenia szkody metodą dyferencyjną została ona wyliczona metodą wskaźnikową, w następujący sposób

- kwota nieprawidłowości we wnioskach nr (...) ((...)),(...) ((...)), (...) ((...)),(...) ((...)),(...) ((...)), co daje łączną kwotę: (...) kosztów bezpośrednich,

- po dodaniu do ww. kwoty wartości kosztów pośrednich, stanowiących 15% kosztów bezpośrednich – kwota: (...)

- co razem dało kwotę: (...), następnie kwota ta została pomniejszona o wkład własny Beneficjenta, którego równowartość wyniosła (...),

- różnica, w kwocie: (...) stanowiła nieprawidłowość kwoty dofinansowania

- na powyższą nieprawidłowość została nałożona, zgodnie ze wskazaniem zawartymi w treści § 5 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 roku w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 200), zgodnie z pkt. 15 załącznika *Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych 25% korekta:*

- (...) – wartość korekty (kwota wydatków niekwalifikowalnych podlegających zwrotowi).

Organ zdecydował o nałożeniu korekty o wartości 25% ponieważ ustalony termin ((...)) został skrócony o więcej niż 50% terminu wymaganego (30 dni).

Mając na uwadze powyższe wartość korekty została nałożona właściwie, z uwzględnieniem stopnia naruszenia zasad, o których mowa w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (podrozdział 6.5 pkt 1 Wytycznych) i w oparciu o stawki ustalone metodą wskaźnikową za tego typu naruszenie, który zarówno w załączniku do Decyzji Komisji Europejskiej jak i w Rozporządzeniu w sprawie obniżania korekt finansowych wynosi 25%.

Ad. 3. w przypadku zaistnienia nieprawidłowości, ustalenie przez czyje działanie lub zaniechanie została ona wywołana, w szczególności, czy zachodzą przesłanki wskazane w art. 24 ust. 11 Ustawy z dnia 11 lipca 2014 roku o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 -2020 (dalej: Ustawa wdrożeniowa).

Odnosząc się do argumentu Beneficjenta, który można poczytywać jako próbę przypisania Instytucji Zarządzającej współodpowiedzialności za nieprawidłowość powstałą w związku z bezprawnym skróceniem terminu składania ofert w postępowaniu na (...) w ramach projektu pn. „(...)”, tj., że w sprawie przedmiotowego zamówienia została przeprowadzona kontrola doraźna w dniach (...),(...) oraz (...), która zakończyła się wydaniem informacji pokontrolnej nr (...) z dnia (...), która nie wykazała nieprawidłowości w tym zakresie. Organ, rzeczywiście uwzględnił w toku w/w kontroli doraźnej wyjaśnienia Beneficjenta i przyjął, że skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu dotyczącym usług społecznych o wartości przekraczającej 209 000 euro prowadzonym w oparciu o zasadę konkurencyjności mógł ulec skróceniu przy spełnieniu przesłanek, o którym mowa w art. 138 o w zw. z art. 138q PZP, w sytuacji, gdy w rzeczywistości Beneficjent nie miał możliwości skrócenia tego terminu, poniżej wymagalnego w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (podrozdział 6.5.2 pkt 8 lit. a pkt VI) minimalnego terminu 30 dniowego. **Niemniej jednak powołanie się na wynik powyższej kontroli nie może stanowić skutecznej obrony Beneficjenta przed zwrotem środków wydatkowanych niezgodnie z procedurami, o których mowa w art. 184 UFP.**

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w praktyce często zdarzają się sytuacje, w których instytucje systemu wdrażania dochodzą do różnych wniosków odnośnie oceny prawidłowości zachowania domniemanego sprawcy nieprawidłowości. Co istotne, *„wyniki kontroli nie mają charakteru ostatecznego i nie tworzą stanu związania nimi w relacji pomiędzy Beneficjentem oraz organami odpowiedzialnymi za wykrywanie nieprawidłowości. Właściwe instytucje mogą więc, pomimo niewykrycia nieprawidłowości we wcześniej prowadzonej kontroli, w kolejnych kontrolach dotyczących tego samego zakresu przedmiotowego, wykazywać nieprawidłowości w realizacji projektów. Art. 24 ust. 2 Ustawy wdrożeniowej należy też odczytywać w ten sposób, że kolejna kontrola może podważyć błędne wyniki wcześniejszej kontroli. Takie ujęcie mocy prawnej kontroli jest spójne z wyłączeniem stosowania KPA w postępowaniach kontrolnych, wyrażonym w art. 24 ust. 4 ustawy wdrożeniowej. (...) Wśród konsekwencji niestosowania KPA dodatkowo wskazać należy brak związania wynikami kontroli w relacji organ- beneficjent (inaczej niż w art. 16 §1 KPA) czy niestosowanie przepisów o wyłączeniu pracownika.”* (Rafał Poździk (red.), *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020*; Wyd. Sejmowe 2016). Podobne stanowisko prezentują również sądy administracyjne. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2015, sygn. akt: V SA/Wa 2488/14 stwierdził, że *„(...) ocena kwalifikowalności wydatków dokonywana jest wieloetapowo, zarówno na etapie wyboru projektu, jak i na etapie realizacji i rozliczania projektu (wytyczne, rozdz. 3.5 – ocena kwalifikowalności wydatków). Na każdym z w/w etapów możliwe jest stwierdzenie wydatków niekwalifikowalnych, przy czym ustalenia organów kontrolnych w tym*

zakresie nie ograniczają możliwości wykrycia nowych nieprawidłowości. Zatem fakt niekwestionowania zasadności ponoszonych w projekcie wydatków na etapie rozliczania projektu nie przesądza o tym, iż w projekcie nieprawidłowości nie wystąpiły. W powyższym kontekście bezzasadne jest powoływanie się przez skarżącego na zapisy Regulaminu projektu (...) oraz art. 110 KPA, który stanowi, że organ administracji publicznej, który wydał decyzję, jest nią związany od chwili jej doręczenia lub ogłoszenia, o ile kodeks nie stanowi inaczej. Należy zauważyć, że w sprawie organ nie wydał żadnej decyzji, w której zawarłby swoje stanowisko. Przed wszczęciem obecnego postępowania, organ nie prowadził żadnego innego postępowania w stosunku do realizowanego projektu. Zatem strona nie może powoływać się na związanie decyzją, gdyż taka decyzja nie została wydana. Skarżący wyciąga zbyt daleko idące wnioski z treści 110 KPA. Trzeba bowiem zauważyć, że postępowanie kontrolne jest zupełnie odrębnym postępowaniem od postępowania administracyjnego. Postępowanie to nie kończy się wydaniem decyzji, dlatego też brak jest możliwości związania organu swoim poprzednim stanowiskiem. Związanie wydanym orzeczeniem dotyczy, co do zasady tylko decyzji. Brak wydania decyzji czyni niezasadnym twierdzenia skarżącego. **Organ może zmienić stanowisko, co do ustalanego stanu faktycznego lub interpretacji przepisów prawa stosowanych w sprawie.**”

Organ nie był zatem związany ustaleniami informacji pokontrolnej z dnia (...) (nr (...)), tym bardziej, że w (...) do IZ wpłynęły wyniki audytu systemu zarządzania i kontroli w zakresie kluczowych wymogów kontrolnych 1-5, 7 oraz 9-12 RPO WŚ na lata 2014-2020, w którym instytucja audytowa zakwestionowała możliwość skrócenia terminu w spornym zamówieniu i uznała, że zgodnie z postanowieniami podrozdziału 6.5.2. pkt 8 lit. a ppkt vi Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (wersja z dnia 19 września 2016 roku) dla zamówień których wartość w przypadku usług przekracza równowartość 209 000,00 euro termin składania ofert wynosi **nie mniej niż 30 dni** od daty upublicznienia zapytania ofertowego. W związku z powyższym uznano, że **Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał skrócenia terminu składania ofert o (...) %**. W konsekwencji czego stanął na stanowisku, że należy zastosować punkt 3 dokumentu Komisji Europejskiej „Wytyczne dotyczące korekt finansowych dla wydatków finansowanych przez Unię w ramach zarządzania dzielonego w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych – Decyzja Komisji C (2013) 9527 z 19 grudnia 2013 roku, a do wyliczenia wydatków niekwalifikowalnych przyjęć wskaźnik 25%. Instytucja Audytowa zarekomendowała dokonanie całościowej analizy wniosków o płatność złożonych w ramach projektu nr (...) w aspekcie ustalonych nieprawidłowości i odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych. IZ przedstawiła stanowisko dotyczące możliwości skrócenia terminu do złożenia ofert (odpowiednio do regulacji zawartych w PZP) i opinię, że termin zastosowany przez Beneficjenta był wystarczający. Instytucja Audytowa, nie zaaprobowała zdania Organu, w konsekwencji czego

w/w rekomendacja została podtrzymana. W tym stanie rzeczy Instytucja Zarządzająca RPO WŚ na lata 2014-2020, była zobowiązana nałożyć korektę finansową, o której mowa w rekomendacji Instytucji Audytowej i w przypadku braku zwrotu środków przez Beneficjenta postępowanie zwrotowe, o którym mowa w art. 207 ust. 9 UFP i wydać decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu.

Organ zwraca uwagę, że kompetencje poszczególnych instytucji uczestniczących w systemie zarządzania i kontroli realizacji danego projektu operacyjnego mają charakter niezależny, co ma zagwarantować rozdzielenie funkcji instytucji zarządzającej, audytowej i certyfikującej (tak. art. 72 Rozporządzenia ogólnego). Dlatego instytucji audytowej i zarządzającej nie wiążą wzajemne ustalenia dokonane w trakcie czynności kontrolnych oraz audytowych. Wynika to z założenia, iż system kontroli i audytu programu operacyjnego powinien być wielopłaszczyznowy oraz niezależny, tak aby zapewnić efektywność weryfikacji prawidłowości ponoszenia wydatków z funduszy unijnych (tak art. 22 ustawy wdrożeniowej). Instytucja audytowa, jako organ niezależny od instytucji zarządzającej i instytucji certyfikującej, była zatem uprawniona do własnej oceny w/w stanu faktycznego. IA jest bowiem odpowiedzialna za weryfikację skutecznego działania systemu zarządzania i kontroli (tak. art. 127 ust. 1 Rozporządzenia ogólnego). Niezależność tej instytucji oraz wykonywanie czynności zgodnie z uznanymi w skali międzynarodowej standardami audytu zostały wyraźnie określone w przepisach unijnych (art. 124 ust. 2 Rozporządzenia ogólnego). Instytucja audytowa ma poprzez prowadzenie audytów zapewnić prawidłowe funkcjonowanie systemu zarządzania i kontroli programu operacyjnego. Audyty wykonywane są na podstawie stosownej próby operacji w oparciu o zadeklarowane wydatki.

Instytucja audytowa ściśle współpracuje z Komisją Europejską w zakresie strategii audytu oraz metodologii w celu zapewnienia poprawnego funkcjonowania systemów zarządzania i kontroli (art. 73 Rozporządzenia ogólnego). Jednym z podstawowych obowiązków instytucji audytowej jest składanie do Komisji Europejskiej rocznych sprawozdań z przeprowadzonych audytów (art. 127 ust. 5 lit. a oraz b Rozporządzenia ogólnego). Należy podkreślić, że zatwierdzenie przez Komisję Europejską zestawienia wydatków zadeklarowanych przez państwo członkowskie, odbywa się przy uwzględnieniu sprawozdania instytucji audytowej (art. 139 ust. 1 Rozporządzenia unijnego), które przekazuje ona również instytucji zarządzającej (art. 21 ust. 2 ustawy wdrożeniowej). **Instytucja zarządzająca musi więc uwzględnić w rocznym sprawozdaniu z realizacji programu operacyjnego przedkładanym Komisji Europejskiej wyniki audytów wynikające ze sprawozdania instytucji audytowej (art. 50 Rozporządzenia ogólnego). Przepisy unijne przewidują zatem ścisłą współpracę instytucji zarządzającej z audytową, a wyniki audytu muszą być uwzględnione przy sporządzeniu zestawienia wydatków przedkładanych Komisji Europejskiej. Innymi słowy nie może być zatwierdzony wydatek, który byłby niezgodny**

z wynikami audytu. Wynika to wprost z przepisów dotyczących zadań instytucji certyfikującej, która w trakcie poświadczenia wydatków, a uprzednio instytucja zarządzająca sporządzająca zestawienie i deklarację będące podstawą wymienionego poświadczenia, są zobowiązane uwzględnić wyniki wszystkich audytów przeprowadzonych przez instytucję audytową lub na jej odpowiedzialność (art. 126 lit. f Rozporządzenia ogólnego). Mając na uwadze powyższe, nie budzi wątpliwości, że wyniki audytu mają charakter wiążący instytucję zarządzającą. W konsekwencji jeżeli w danej sprawie instytucja zarządzająca, w trakcie czynności kontrolnych nie stwierdzi nieprawidłowości, tak jak to miało miejsce początkowo w przedmiotowej sprawie, decydujące znaczenie mają ustalenia oraz ocena instytucji audytowej. **Oznacza to, że w stanie faktycznym, który legł u podstaw niniejszej Decyzji, mimo, że pierwotnie instytucja Zarządzająca i Instytucja Audytowa dokonały odmiennej oceny w zakresie prawidłowości skrócenia terminu do złożenia ofert w postępowaniu na usługi szkoleniowe, których wartość przekraczała 209 000 euro, Instytucja Zarządzająca była związana wynikami audytu i zawartą w jego treści oceną, co do konieczności nałożenia na w/w zamówienie korekty 25%. Mając na uwadze powyższe, stwierdzenie instytucji audytowej, że postępowanie zostało przeprowadzone niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków), nie tylko uzasadnia lecz wręcz obliguje instytucję zarządzającą do wszczęcia postępowania administracyjnego w celu określenia kwoty dofinansowania przypadającej do zwrotu, w związku ze stwierdzonym naruszeniem i wydania w tym zakresie decyzji administracyjnej. Związane jest to z rolą instytucji audytowej i związania wynikami audytów przez pozostałe instytucje zaangażowane w system zarządzania i kontroli programem operacyjnym.**

Pozostaje kwestia rozważenia ochrony uzasadnionych oczekiwań Beneficjenta, który działając w zaufaniu do oceny Instytucji Zarządzającej pozostawał w przekonaniu, że skrócenie terminu na składania ofert było dopuszczalne i w dalszym ciągu realizował wydatki na podstawie umowy zawartej w skutek nieprawidłowo przeprowadzonego postępowania. Zasada uzasadnionych oczekiwań stanowi następstwo obowiązywania zasady pewności prawa. W doktrynie trafnie podkreślono, że konstrukcja tej zasady służy zagwarantowaniu komplementarnej ochrony prawnej jednostki w stosunkach administracyjnych z organami władzy publicznej (L. Prus, *W kwestii ochrony uzasadnionych oczekiwań prawie administracyjnym UE*- glosa do wyroku ETS z 19.05.1992 r. w sprawach połączonych C - 104/89 i C-37/90 J. Mulder i inni. Rada i Komisja, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 3, s.33. i n.). Omawiana zasada nie ma charakteru jednolitego, ale zaliczana jest do ogólnych zasad prawa unijnego. Uprawnienie do powoływania się na tę zasadę uzależnione jest od łącznego spełnienia trzech warunków, czyli zastosowanie tej zasady wymaga przeprowadzenia trójelementowego testu. Po pierwsze, organy administracji publicznej

(krajowej lub unijnej) poprzez swoje zachowanie muszą przekazać zainteresowanemu dokładne, bezwarunkowe i zgodne zapewnienie, pochodzące od uprawnionych i wiarygodnych źródeł. Po drugie, zapewnienia te muszą być takiego rodzaju, aby wzbudzały u podmiotu, do którego są skierowane, uzasadnione oczekiwania. Po trzecie, udzielone zapewnienia muszą być zgodne z właściwymi przepisami, a związana z ich udzieleniem ochrona interesu indywidualnego nadrzędna nad interesem publicznym (praworządność, pewność prawa). **Organ stoi na stanowisku, że na tę zasadę nie mogą powołać się podmioty, które naruszyły warunki przyznania pomocy z funduszy unijnych** (Wyrok Sądu z 26 września 2002 r., T-199/99, Sgaravatti Mediterranea przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. 2002 s.II-3731; wyrok TS z 12.12.1985 r. C-67/84, Sideradria przeciwko Komisji, Zb. Orz. 1985, s.3983). Ponadto na naruszenie ochrony uzasadnionych oczekiwań nie może powoływać się podmiot, który dopuścił się oczywistego naruszenia obowiązujących uregulowań lub warunków przyznania dotacji unijnej. (Wyrok Sądu z 29.09.199 r., T-126/97, Sonasa przeciwko Komisji, Zb. Orz. 1999, s. II-2793). **Postępowanie organu krajowego, które pozostaje w sprzeczności z przepisami unijnymi (np. nieprawidłowe uznanie, że w postępowaniu o zamówienie publicznej nie doszło do nieprawidłowości) nie może powodować powstania uzasadnionych oczekiwań po stronie podmiotu indywidualnego, gdyż wówczas doszłoby do czerpania korzyści z dotacji przez ten podmiot ((...)), pomimo naruszenia regulacji unijnych.** Reasumując, Organ stoi na stanowisku, że Beneficjent w przedmiotowej sprawie nie może powołać się na zasadę uzasadnionych oczekiwań.

Uregulowanie zawarte w art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej jest wyrazem praktyki nieobciążania beneficjentów nieprawidłowościami, będącymi konsekwencją działań i/lub zaniechań instytucji systemu wdrażania lub innych podmiotów działających w imieniu szeroko rozumianych władz publicznych. Koncepcja taka znajduje umocowanie już w samym pojęciu „nieprawidłowości” z którego wynika odpowiedzialność danego podmiotu jedynie za własne działania lub zaniechania. W szczególności więc Beneficjent, który wypełnia przesłanki nieprawidłowości działając w sytuacji przymusu ze strony szeroko rozumianych władz publicznych, z prawnego punktu widzenia nieprawidłowości nie popełnia. W taki przypadku, obiektywnie rzecz biorąc, nieprawidłowość jest bezpośrednio rezultatem działania lub zaniechania innego podmiotu i ewentualne konsekwencje finansowe związane z obiektywnym faktem popełnienia nieprawidłowości nie obciążają beneficjenta. (np. jeśli państwo członkowskie nie implementowało w sposób prawidłowy prawa UE). Zwolnienie Beneficjenta z odpowiedzialności za powstałą nieprawidłowość jest uzależnione od stwierdzenia, czy jest ona bezpośrednim rezultatem działania lub zaniechania instytucji właściwej lub organów państwa. W przedmiotowym przepisie nie wyjaśniono, co kryje się pod sformułowaniem „instytucja właściwa”. W ocenie organu należy przez to rozumieć każdą instytucję systemu wdrażania, która ma bezpośredni wpływ na realizację projektów w danym

programie operacyjnym. Instytucją właściwą będzie niewątpliwie podmiot, który zawiera umowę o dofinansowanie z danym beneficjentem. Instytucją taką będzie również Instytucja Zarządzająca w zakresie w jakim wydaje wiążące (poprzez umowę o dofinansowanie) wytyczne. Pod pojęciem „organu państwa” należy rozumieć wszystkie organy administracji publicznej, w tym samorządu, które działając w ramach władztwa publicznego i w sposób niezgody z prawem, doprowadziły do powstania nieprawidłowości. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której organem państwa w rozumieniu omawianego przepisu będzie organ niebędący jednostką administracji publicznej (np. komornik). Organem państwa, będzie również Komitet Monitorujący, który zatwierdzi, na podstawie art. 125 ust. 3 lit. a rozporządzenia ogólnego, wadliwe kryteria wyboru projektów (czego skutkiem będą następnie nieprawidłowości). W ustawie wdrożeniowej nie wyjaśniono, jak należy badać bezpośredniość wpływu zachowania wymienionych podmiotów na powstanie nieprawidłowości. W przedmiotowej sprawie wypowiada się jednak doktryna, zgodnie z jej stanowiskiem **„przesłankę tę należy uznać za spełnioną, jeżeli zachowanie podmiotów zaadresowane w jakiś sposób do beneficjenta było jedyną przyczyną prowadzącą do wystąpienia nieprawidłowości i postawiło go w sytuacji bez wyjścia. Tym samym sytuacje, w których beneficjent przy dochowaniu należytej staranności, mógł uniknąć nieprawidłowości, pomimo tego, że wymienione podmioty również działały nieprawidłowo, przyczyniając się do wystąpienia nieprawidłowości – nie będzie zwolniony z odpowiedzialności na podstawie komentowanego przepisu.”** (Poździk Rafał (red. Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, Wyd. Sejmowe 2016).

Mając na uwadze powyższe rozważania, Organ stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą okoliczności, pozwalające na zastosowanie art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej. Beneficjent przeprowadzając postępowanie dot. (...) w projekcie „(...)” przed zawarciem umowy o dofinansowanie zrobił to na własne ryzyko. Zobowiązany był przy tym stosować wszystkie procedury związane z udzielaniem takiego zamówienia, w tym *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków*. Ustalenia IZ RPO WŚ poczynione w niniejszym postępowaniu administracyjnym jednoznacznie wskazują, że Beneficjent skracając termin na składanie ofert w w/w postępowaniu z co najmniej 30 dni na (...), zrobił to w sposób niedozwolony, z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 UFP. Organ zwraca uwagę, że decyzja Strony o skróceniu terminu była samowolna, tj. Beneficjent nie konsultował z Instytucją takiej możliwości przed przeprowadzeniem zamówienia. Co prawda, w informacji pokontrolnej z dnia (...) IZ RPO WŚ przyjęła wyjaśnienia Strony dot. możliwości skrócenia terminu, jednak powyższa informacja pokontrolna, inaczej niż decyzja administracyjna nie ma charakteru wiążącego. Po otrzymaniu wyniku audytu operacji przeprowadzonego przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej ((...)), który po

weryfikacji prawidłowości przeprowadzenia powyższego zamówienia rekomendował nałożenie na przedmiotowe postępowanie 25% korekty finansowej, IZ RPO WŚ na lata 2014-2020 ponownie przeanalizowała prawidłowość postępowania Strony i przychyliła się do oceny IA, że skrócenie terminu było nieuzasadnione (Informacja pokontrolna nr (...)). W tej sytuacji Instytucja Zarządzająca nie przyczyniła się bezpośrednio do powstania nieprawidłowości, dlatego była zobowiązana wszcząć przedmiotowe postępowanie, zamierzające do określenia kwoty przypadającej do zwrotu. Po przeprowadzeniu wnikliwej analizy zaistniałego w sprawie stanu faktycznego i mających do niego zastosowaniem przepisów prawa, Organ nie ma żadnych wątpliwości, co do zasadności wydania decyzji z uwagi na zaistnienie okoliczności, o których mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 UFP i jej zakresie. Zważywszy na wszelkie okoliczności przedmiotowej sprawy, Organ rozpatrując ją, doszedł do przekonania, że należało orzec o zwrocie dofinansowania wydatkowanego z naruszeniem procedur. Stosownie do § 15 ust. 1 Umowy „Jeżeli na podstawie wniosków o płatność lub czynności kontrolnych uprawnionych organów zostanie stwierdzone podwójne finansowanie lub dofinansowanie jest przez Beneficjenta: wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem lub procedurami o których mowa w art. 184 UFP, Beneficjent zobowiązuje się do zwrotu całości lub części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie wypłaty kolejnej należnej mu transzy dofinansowania”.

IZ nie mogła odstąpić od nakazania Beneficjentowi zwrotu środków, gdyż kwestia ta nie podlega jej uznaniu. Obowiązek kontroli wydatkowania środków publicznych wynika bowiem ściśle z dyscypliny finansów publicznych, stanowiącej niepodważalną zasadę gospodarowania tego rodzaju środkami.

Przedmiotem rozważań Organu było również to, czy w postępowaniu należało zastosować przerwę w naliczaniu odsetek. Stosownie bowiem do art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej (t. j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1325 z późn. zm.) *„nie nalicza się odsetek za okres od dnia wszczęcia postępowania podatkowego do dnia doręczenia decyzji organu pierwszej instancji, jeżeli decyzja nie została doręczona w terminie 3 miesięcy od dnia wszczęcia postępowania*.

Przekładając powyższe przepisy na grunt przedmiotowej sprawy, wskazuję, że termin o którym mowa w art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej został przekroczony w postępowaniu I instancyjnym. Postępowanie administracyjne wszczęto (...). Od tego dnia należy liczyć bieg 3 miesięcznego terminu, od którego przekroczenia zależy przerwa w naliczaniu odsetek. Żeby nie stosować normy o której mowa w art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej (przerwa w naliczaniu odsetek), sprawa powinna być zostać załatwiona do (...). Mając na uwadze powyższe rozważania, tj. to, że 3 miesięczny termin o którym mowa w art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej upłynął (...), zachodzą podstawy do orzeczenia przerwy w naliczaniu

odsetek w postępowaniu I instancyjnym od dnia (...) (dzień wszczęcia postępowania) do dnia doręczenia przedmiotowej Decyzji. W tym stanie rzeczy, przy zwrocie kwoty uznanej za niekwalifikowalną, nie należy naliczać od niej odsetek od dnia (...) do dnia doręczenia przedmiotowej Decyzji.

Z uwagi na powyższe, Organ postanowił jak na wstępie.

**MARSZAŁEK
WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO**

ANDRZEJ BĘTKOWSKI

Pouczenie:

Niniejsza decyzja jest nieostateczna w administracyjnym toku instancyjnym. Zgodnie z art. 207 ust. 12a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305.) – dalej: u.f.p. w zw. z art. 129 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 735) – dalej k.p.a. w przypadku wydania decyzji w pierwszej instancji przez Instytucję Zarządzającą Stronie służy wniosek do Zarządu Województwa Świętokrzyskiego o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od daty doręczenia niniejszej decyzji.

Na podstawie art. 127a § 1 i 2 k.p.a. w trakcie biegu ww. terminu Strona może zrzec się prawa do wniesienia do Zarządu Województwa Świętokrzyskiego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Z dniem doręczenia Organowi oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna, co oznacza brak możliwości zaskarżenia decyzji do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach. Nie jest możliwe skuteczne cofnięcie oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy

Na podstawie art. 52 § 3 ustaw z dnia z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2325 z późn. zm.), jeżeli Stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do Organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa.

Zgodnie z art. 53 § 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi Stronie przysługuje prawo wniesienia skargi na niniejszą decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach w Kielcach (w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia).

Skargę wnosi się za pośrednictwem Zarządu Województwa Świętokrzyskiego.

Zgodnie z § 1 pkt 4 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t. j. Dz.U. 2021 poz. 535) wpis od skargi w sprawie należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem wynoszącej ponad 100 000 zł wynosi 1% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000 zł i nie więcej niż 100 000 zł. Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Na podstawie art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy. Zgodnie z art. 207 ust. 4 pkt 3 oraz ust. 5 u.f.p. Beneficjent, który nie zwrócił środków wraz z odsetkami w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji określającej kwotę przypadającą do zwrotu zostaje wykluczony z możliwości otrzymania środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Okres wykluczenia rozpoczyna się od dnia kiedy decyzja, o której mowa w art. 207 ust. 9 u.f.p., stała się ostateczna, zaś kończy z upływem trzech lat od dnia dokonania zwrotu tych środków.