

EFS-III.433.20.2022

DECYZJA NR 282/23
ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO
z dnia 6 września 2023 roku

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej w składzie:

- 1) Andrzej Bętkowski – Marszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 2) Renata Janik – Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 3) Marek Bogusławski – Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 4) Tomasz Jamka – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego
- 5) Marek Jońca – Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

na podstawie:

art. 138 § 1 pkt 1 w zw. z art. 104 i art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023 r. poz. 775, z późn. zm.), zwanej dalej „k.p.a.”, art. 207 ust. 1 pkt 2 i ust. 12a pkt 1 w zw. z art. 61 ust. 4 i 5 oraz art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270, z późn. zm.), zwanej dalej „u.f.p.”, art. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2094, z późn. zm.), art. 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą wdrożeniową”, art. 54 § 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2651, z późn. zm.), zwanej dalej „Ordynacją podatkową” w zw. z art. 67 ust. 1 u.f.p.

w sprawie:

rozpoznania wniosku (...) (NIP: (...), REGON: (...), KRS: (...)) z siedzibą w (...) (...) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

nr (...) z dnia (...) 2022 roku określającą przypadającą do zwrotu kwotę dofinansowania ze środków przeznaczonych na realizację Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego otrzymaną na podstawie umowy o dofinansowanie projektu pn. (...) nr RPSW.(...) z dnia (...) 2017 roku, termin od którego nalicza się odsetki oraz sposób zwrotu środków

orzeka:

utrzymać w mocy decyzję Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku.

Uzasadnienie

Stan faktyczny

Przedmiotem wniosku (...) (NIP: (...), REGON: (...), KRS: (...) z siedzibą w (...), zwanej dalej „Stroną”, „Beneficjentem”, „Wnioskodawcą”, „Odwołującym się” lub „(...)”, o ponowne rozpatrzenie sprawy jest wydana w dniu (...) 2022 roku przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, zwany dalej „IZ”, „Instytucją Zarządzającą”, „Organem” lub „Organem odwoławczym”, decyzja nr (...) określająca przypadającą do zwrotu kwotę dofinansowania w wysokości (...) zł (słownie złotych: (...), w tym środki Europejskiego Funduszu Społecznego w kwocie (...) zł (słownie złotych: (...)) oraz środki budżetu państwa w kwocie (...) zł (słownie złotych: (...)) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków, tj. od dnia (...) 2019 roku.

Właściwość Zarządu Województwa Świętokrzyskiego do rozpoznania wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wynika z art. 207 ust. 12a pkt 1 u.f.p, zgodnie z którym „w przypadku wydania decyzji w pierwszej instancji przez instytucję zarządzającą służy wniosek do tej instytucji albo organu o ponowne rozpatrzenie sprawy”. Stosownie zaś do art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej w przypadku regionalnego programu operacyjnego instytucją zarządzającą jest zarząd województwa. Na podstawie art. 67 ust. 1 u.f.p. w zw. z art. 60 pkt 6 u.f.p. do spraw dotyczących należności z tytułu zwrotu z tytułu zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich

stosuje się przepisy „k.p.a.” i odpowiednio przepisy działu III Ordynacji podatkowej, zaś na podstawie art. 61 ust. 5 u.f.p. do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. W związku z powyższym, wniosek Beneficjenta o ponowne rozpatrzenie sprawy podlega rozpoznaniu przy odpowiednim zastosowaniu przepisów k.p.a. dotyczących odwołań od decyzji. Instytucja Zarządzająca, rozpoznając wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, posiada uprawnienia organu odwoławczego, o których mowa w art. 138 § 1 k.p.a., a zatem jest uprawniona do kontroli wydanej uprzednio decyzji oraz do dokonania merytorycznej i prawnej oceny zasadności decyzji.

Instytucja Zarządzająca rozpatrując wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, przeprowadziła analizę i ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie oraz dokonała następujących ustaleń faktycznych.

W dniu (...) Departament Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego, zwany dalej „DW EFS”, ogłosił konkurs nr RPSW.(...), zwany dalej „konkuresem”, 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.

(...) złożyła wniosek o dofinansowanie projektu pn. (...), który został pozytywnie oceniony i wybrany do dofinansowania. W związku z powyższym, w dniu (...) 2017 roku Województwo Świętokrzyskie reprezentowane przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 zawarło ze Stroną umowę o dofinansowanie projektu nr RPSW.(...), zwaną dalej „Umową”.

Projekt miał być realizowany w okresie od (...) 2017 roku do (...) 2019 roku a wsparciem mieli zostać objęci uczniowie z siedmiu szkół z terenu województwa. Celem 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 u 510 uczniów, doposażenie szkół kształcących w zawodzie technik hotelarstwa w województwie świętokrzyskim w nowoczesne pracownie hotelarskie i gastronomiczne, a także uzupełnienie wykształcenia i wiedzy w zakresie inteligentnych specjalizacji województwa u 42 nauczycieli hotelarstwa.

Całkowita wartość projektu wynosiła (...) zł, w tym dofinansowanie w kwocie (...) zł (w tym płatność ze środków europejskich w kwocie (...) zł i dotacja z budżetu krajowego w kwocie (...) zł) oraz wkład własny w kwocie (...) zł.

W trakcie realizacji projektu pismem z dnia (...) 2018 roku (...), zwany dalej „(...)”, wniósł o wszczęcie i przeprowadzenie przez Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego kontroli doraźnej, wskazując, iż w dniach (...) 2017 roku i (...) 2017 roku zamawiający – (...) – dokonał czynności niezgodnych z Wytycznymi 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 roku), zwanymi dalej „Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków”, przy postępowaniach na zakup usług szkoleniowych oraz przy postępowaniach na prowadzenie zajęć z doradztwa zawodowego w ramach projektów edukacyjnych: „(...)” oraz „(...)”. (...) zarzucił (...):

- 1) niezastosowanie się 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) niezastosowanie się do obowiązujących Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków co do terminów składania ofert (zgodnie z sekcją 6.5.2 „Zasada konkurencyjności” – pkt 8 lit. a ppkt vi);
- 3) niezastosowanie się do obowiązujących Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków co do odpowiedniego upublicznienia zapytań ofertowych oraz niezaprośzenie do udziału w postępowaniu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania w całości przedmiotu zamówienia (zgodnie z sekcją 6.5.2 „Zasada konkurencyjności” – pkt 11);
- 4) udzielenie zamówień na usługi szkoleniowe (dotyczące 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 (...) zł), 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. (...) zł. Zdaniem (...) możliwość udzielenia zamówień tym samym wykonawcom powoduje, że wartość szacunkowa postępowań ulegała sumowaniu i przekroczyła wartość 209 000,00 euro, dla

których termin składania ofert powinien wynosić minimum 30 dni. Wątpliwości (...) wzbudziła również okoliczność nieodnalezienia postępowań z dnia (...) 2017 roku w profesjonalnych wyszukiwarkach postępowań przetargowych i zapytań ofertowych, którymi ww. podmiot dysponuje. W ocenie wnioskującego o przeprowadzenie kontroli, powyższe może świadczyć o niewłaściwym upublicznieniu zapytań ofertowych.

(...) stanął na stanowisku, że udzielono zamówień na usługi szkoleniowe dotyczące studiów podyplomowych podmiotowi, który nie posiada uprawnień do prowadzenia tego typu studiów. (...) 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 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny.

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 1,9 miliona zł, 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 odpowiedzi na powyższe pismo IZ wszczęła kontrole doraźne projektów nr RPSW.(...) pn.: (...) oraz RPSW.(...) pn. (...). Tematyką kontroli doraźnej – przeprowadzonej od dnia (...) do dnia (...) 2018 roku w siedzibie Beneficjenta – było sprawdzenie prawidłowości realizacji postanowień Umowy w zakresie zakupu usług szkoleniowych i doradztwa zawodowego ze szczególnym uwzględnieniem zarzutów opisanych w złożonej przez (...) skardze z dnia (...) 2018 roku.

(...) w piśmie z dnia (...) 2018 roku w odniesieniu do organizacji studiów podyplomowych w ramach realizacji projektu (...) wyjaśnił, że organizacja 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 należała do zadań wykonawcy wyłonionego w wyniku postępowania prowadzonego zgodnie z zasadą konkurencyjności. Wyłoniony wykonawca zorganizował studia w (...) w (...), który posiadał stosowne uprawnienia zgodnie z przepisami ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym.

W trakcie kontroli doraźnej DW EFS w piśmie z dnia (...) 2018 roku zwrócił się do Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, zwanego dalej „MliR”, „Ministerstwem” lub „Instytucją Koordynującą”, z prośbą o udzielenie wyjaśnienia, czy w przypadku beneficjenta niebędącego jednostką sektora finansów publicznych oraz niezobowiązanego do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „u.p.z.p.”, który przed podpisaniem umowy o dofinansowanie przeprowadził postępowanie zgodnie z zasadą konkurencyjności na zakup usług szkoleniowych o wartości szacunkowej większej niż 209 000,00 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 wydatków wynikało z pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikającej z przyczyn leżących po jego stronie. IZ 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 w hotelach i w biurach turystycznych. Skrócenie terminu miało wynikać z przesłanek zawartych w podrozdziale 6.5 pkt 8 lit. d Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Mając na uwadze powyższe, IZ wystosowała pytanie, czy w przypadku zamówienia, dla którego ma zastosowanie zasada konkurencyjności postanowienia Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków 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 ww. Wytycznymi, czy tylko podmiotom zobowiązanym do stosowania przepisów u.p.z.p.

W piśmie z dnia (...) 2018 roku Ministerstwo 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 Zarządzającej będącej stroną umowy o dofinansowanie.

Ponadto, w celu właściwego wyjaśnienia sprawy, Organ pismem z dnia (...) 2018 roku zwrócił się o wydanie opinii prawnej do radcy prawnego obsługującego DW EFS w zakresie:

1) 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 (...) 2017 roku przeprowadzonego przez Beneficjenta przed podpisaniem Umowy zgodnie z zasadą konkurencyjności (opinia prawna z dnia (...) 2018 roku);

2) 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 na zakup usług szkoleniowych (kod CPV: 80530000-8) z dnia (...) 2017 roku.

W odniesieniu do pierwszego zagadnienia radca prawny 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, 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 internetowej UZP „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków 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 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 – zamówienia tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu; tożsamość czasową zamówienia – możliwość udzielenia zamówienia w tym samym czasie; tożsamość podmiotową zamówienia – możliwość realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę. Zdaniem opiniującego, aby ocenić, czy w zaistniałej sytuacji występuje jedno zamówienie czy kilka, należy ustalić, co mieści się pod pojęciem „organizacja studiów podyplomowych”. W dalszej części radca prawny 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 zaznaczył, 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 z zagadnień, radca prawny wskazał, że zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków udzielenie w ramach projektu przez beneficjenta niebędącego zamawiającym w rozumieniu u.p.z.p. zamówień przekraczających wartość 50 000,00 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 dla 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 u.p.z.p. Ponadto, w przypadku zamówień o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej 5 225 000,00 euro w przypadku zamówień na roboty budowlane oraz 209 000,00 euro w przypadku zamówień na dostawy i usługi, termin ten powinien wynosić co najmniej 30 dni. Dalej wskazał, że jeśli (...) oszacowała wartość swojego zamówienia na kwotę przekraczającą równowartość 209 000,00 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 wydatków przewidziano szereg wyjątków co do konieczności stosowania opisanych tam reguł dokonywania zamówień, w tym także i tych dotyczących zasady konkurencyjności, należy rozważyć zasadność powołania się przez (...) na pilną potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia, determinującą konieczność skrócenia przez zamawiającego terminu składania ofert z 30 do 7 dni. Jednym z 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.

Opiniujący wskazał, że jak wynika z treści notatki służbowej kierownika projektu (...), (...) w dniu (...) 2017 roku zdiagnozował problem, który polegał na tym, że termin ogłoszenia wyników konkursu został zmieniony przez IZ w ten sposób, że pierwotny termin przypadający na dzień (...) 2017 roku został przesunięty na dzień (...) 2017 roku. W ocenie Beneficjenta zmiana daty rozstrzygnięcia konkursu spowodowała automatyczne opóźnienie w podpisaniu Umowy, a w konsekwencji brak możliwości przeprowadzenia przez Stronę zaplanowanych w projekcie działań zgodnie z harmonogramem realizacji projektu. Zdaniem Odwołującego się powyższa zmiana terminu zakończenia oceny spowodowała, że w dniu (...) 2017 roku (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, Strona wskazała, 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 (...) przypadał dzień ustawowo wolny od pracy, postępowanie zakończyć mogłoby się dopiero w dniu (...). Zdaniem Beneficjenta podpisanie umowy miałyby miejsce (...), a rozpoczęcie zajęć dopiero (...). W konsekwencji powyższego, przy zaplanowanym w harmonogramie realizacji projektu termin zakończenia zajęć (wyznaczony na koniec (...) 2017 roku) oznaczałoby, 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 lub kursów na okres wakacyjny z uwagi na fakt, iż podczas okresu promocyjnego informowano potencjalnych uczestników o niemożności odbywania zajęć w tym okresie. Dodatkowo wskazano na brak możliwości przeniesienia części zajęć na miesiące powakacyjne, argumentując to zbyt dużą liczbą 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 Wytocznych w zakresie kwalifikowalności wydatków terminu składania ofert w postępowaniu. Jeśli taka pilna potrzeba zaistniała, należało rozważyć, czy wynikała ona z przyczyn leżących po stronie Beneficjenta. (...) założyła, że rozpocznie realizację projektu od (...) 2017 roku poprzez rekrutację uczestników, natomiast w okresie od (...) do (...) 2017 roku, a następnie od (...) 2017 roku do ostatniego dnia realizacji projektu przeprowadzi zajęcia i 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 (...) 2016 roku, a zakończenie oceny merytorycznej złożonych projektów, na którą składają się ocena merytoryczna wniosków o dofinansowanie oraz negocjacje, miało zostać nastąpić w dniu (...) 2017 roku. Dzień przed upływem ww. terminu, tj. w dniu (...) 2017 roku, dokonano aktualizacji harmonogramu w taki sposób, że przesunięto ww. termin o miesiąc, tj. do dnia (...) 2017 r. Ostatecznie, w dniu (...) 2017 roku, 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 o dofinansowanie, mogła lub czy powinna była przewidzieć możliwość opóźnień w procedurze konkursowej przy wyborze wniosków do dofinansowania i czy w związku z tym powinna lub mogła 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 (...) 2017 roku, 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 powinna już dojść do wniosku, że nie jest możliwa realizacja jej projektu w założonym

terminie i czy nie powinna już w tym czasie przystąpić do wcześniejszej realizacji projektu w zakresie niegenerującym 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”. Ponadto radca prawny wskazał, że możliwe było również zachowanie 30-dniowego terminu do składania ofert na zapytanie opublikowane w dniu (...) 2017 roku przy założeniu, że niezwłocznie po wyborze oferty, tj. na początku (...) 2017 roku, rozpoczęłyby się zajęcia, a (...) nie zwlekałaby z ich rozpoczęciem dopiero po dniu (...) 2017 roku. Opiniujący wskazał ponadto, że należałoby rozważyć, czy faktycznie, jak wskazał to w swojej notatce kierownik projektu (...), niemożliwe byłoby ewentualne przeniesienie części zaplanowanych zajęć lub kursów na miesiące wakacyjne (...) i (...) 2017 roku) lub na czas powakacyjny, tj. (...) 2017 roku do końca projektu.

Po zapoznaniu się z opinią prawną sporządzoną przez radcę prawnego Organ wystosował do MliR pismo z dnia (...) 2018 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 u.p.z.p. występuje w nierównej, tj. bardziej sformalizowanej, pozycji w stosunku do podmiotów wymienionych w art. 3 tej ustawy. Beneficjenci, którzy nie są zamawiającymi w rozumieniu u.p.z.p., ogłaszając zamówienie na tego typu usługi o wartości szacunkowej nieprzekraczającej równowartości 750 000,00 euro, a przekraczającej kwotę 209 000,00 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, może określić termin krótszy, tj. uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Instytucja Zarządzająca 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 w zakresie kwalifikowalności wydatków podmioty niebędące zamawiającymi w rozumieniu przepisów u.p.z.p. 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 niebędącego zamawiającym w rozumieniu u.p.z.p. a dokonującego zamówienia na usługi społeczne przekraczające kwotę 209 000,00 euro, możliwe będzie wyznaczenie dla oferentów przez ten podmiot terminu krótszego niż 30 dni na składanie ofert. IZ stanęła na stanowisku, że tego typu rozwiązanie, choć nieprzewidziane w ww. Wytycznych, spowodowałoby wyrównanie dysproporcji pomiędzy zamawiającymi, jak również pozwoliłoby na szybszy wybór wykonawcy usług społecznych, do czego dążył ustawodawca wyodrębniając w u.p.z.p. oddzielne zasady realizowania zamówień na tego typu usługi.

W odpowiedzi na ww. pismo Ministerstwo wskazało, że na gruncie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków twierdzenie o nierównym traktowaniu podmiotów będących zamawiającymi w rozumieniu u.p.z.p. i niepodlegających jej przepisom jest nieuzasadnione. Ponadto MliR wyjaśniło, 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 u.p.z.p. Niezależnie od tego, Instytucja Koordynująca stwierdziła, że żaden z tych przepisów nie mówi o możliwości wskazywania terminów krótszych niż określone w innych przepisach ustawy u.p.z.p. Oba przepisy 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 w zakresie kwalifikowalności wydatków termin 30-dniowy. Ministerstwo wyraziło opinię, że w przypadku zamówień o wysokich wartościach, niezależnie od przedmiotu zamówienia, pozostawienie 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 piśmie z dnia (...) 2018 roku Beneficjent przedłożył kolejne wyjaśnienia dotyczące zasadności skrócenia terminu składania ofert w prowadzonym w ramach projektu

postępowaniu na realizację usług szkoleniowych. Wyjaśnienia zostały przekazane w formie opinii prawnej z (...) 2018 roku, w której zaprezentowano stanowisko, że to przez opóźnienie Instytucji Zarządzającej przy ocenie projektów i podpisywaniu umów o dofinansowanie 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. W przedłożonym dokumencie skupiono się na szczegółowym przedstawieniu czasu i liczbie 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. Według Beneficjenta w sytuacji zastosowania 30-dniowego terminu na składanie ofert sama część dotycząca przesyłania odpowiedzi na zapytanie od potencjalnych oferentów zakończyłaby się (...) 2017 roku, a w związku z tym, że 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 zakończyłyby się do dnia (...), a zajęcia rozpoczęłyby się nie wcześniej niż w dniu (...) 2018 roku. W konsekwencji oznaczałoby to, że na realizację zajęć pozostawałby okres 4 tygodni (...) 2017 roku). Po przeliczeniu tego czasu na liczbę godzin Beneficjent dowodził, że każdy uczeń miał mieć 10 godzin kursów w tygodniu i po 1 godzinie doradztwa zawodowego 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 liczby 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, 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 godz./tyg., 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. 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 ustawy z dnia 26 stycznia 1982 r. Karta Nauczyciela zajęcia takie nie mogą odbywać się w okresie wakacyjnym. Ze sporządzonej na zlecenie Strony opinii wynikało, że w przedstawionym wyżej stanie faktycznym był on uprawniony do skorzystania z przesłanki skrócenia terminu, o której mowa w podrozdziale 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 u.p.z.p., czyli art. 62 i art. 67, które umożliwiają zastosowanie trybu niekonkurencyjnego pod pewnymi warunkami. Powołano się na szereg orzeczeń, m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej „KIO” oraz wojewódzkich sądów administracyjnych. Z orzeczeń tych wynikało, że „pilna potrzeba udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 52 ust. 4 u.p.z.p., 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 roku, 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 Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego 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 opiniującego, gdyby (...)

nie skróciła terminu składania ofert, nie mogłaby realizować projektu zgodnie z harmonogramem oraz zatwierdzonym wnioskiem o dofinansowanie.

W kolejnej opinii prawnej (nr (...) z dnia (...) 2018 roku, sporządzonej przez radcę prawnego obsługującego Organ, podtrzymano wnioski i twierdzenia zawarte w opinii prawnej nr (...) z dnia (...) 2018 roku. Opiniujący zwrócił uwagę, że z analizy stanu faktycznego sprawy wynika, iż w Regulaminie konkursu nr RPSW.(...), zwanym dale „Regulaminem”, znajdował się zapis odnoszący się do możliwości zmiany terminu rozstrzygnięcia naboru: „termin zakończenia oceny wniosków planowany jest na koniec (...) 2017 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 będzie przypadał na koniec (...) 2017 roku. Powyżej 400 wniosków poddanych ocenie merytorycznej spowoduje przesunięcie jej zakończenia nie później niż na koniec (...) 2017 roku” (rozdział III, podrozdział 3.3, pkt 6, s. 122 Regulaminu). Sporządzający opinię postawił tezę, że Beneficjent powinien z ostrożności założyć późniejszy termin zakończenia oceny wniosków o dofinansowanie, a tym samym późniejszą datę podpisania Umowy. Zdaniem opiniującego planowanie przez Stronę rozpoczęcia projektu na początek (...) 2017 roku, przy ww. postanowieniach Regulaminu, było posunięciem bardzo ryzykownym. Opiniujący przeprowadził również rozważania, czy przy zachowaniu 30-dniowego terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, możliwe byłoby rozpoczęcie realizacji projektu zgodnie z harmonogramem przygotowanym przez (...). Warunkiem powodzenia miało być rozpoczęcie szkoleń i kursów niezwłocznie po wyborze oferty, tj. najpóźniej w dniu (...) 2017 roku. Opiniujący zakwestionował również podniesioną przez Odwołującego się argumentację dotyczącą zwiększonej liczby 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, zwanym dalej „rozporządzeniem 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 (...) nie wykazała, aby w opisanym przez nią stanie faktycznym zaistniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia na zakup usług: kursów zawodowych, warsztatów, szkoleń, usług szkoleniowych, zajęć oraz organizację studiów podyplomowych.

W dniu (...) 2018 roku do Organu wpłynęło pismo od Beneficjenta, w którym po raz kolejny uzupełniał argumenty zawarte w opinii prawnej przesłanej wraz z pismem z dnia (...) 2018

roku. Strona zapewniła w nim, że skrócenie terminu spowodowane było niespodziewanymi okolicznościami, czyli przesunięciem terminu zakończenia oceny wniosków o dofinansowanie. (...) dowodziła, 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, ich możliwa rezygnacja z udziału w projekcie, a tym samym nieosiągnięcie założonych wskaźników projektowych.

W dniu (...) 2018 roku do Organu wpłynęło pismo z MliR, stanowiące odpowiedź na pismo z dnia (...) 2018 roku, w którym zwrócono się do Instytucji Koordynującej 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 ww. Wytycznych nie są jednoznacznie wyodrębnione od pozostałych zamówień, a dla których u.p.z.p. 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 u.p.z.p. przy zamówieniach na usługi społeczne przekraczające 209 000,00 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 u.p.z.p. 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 ocenę prawidłowości udzielenia zamówienia z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze powyższe, Organ zadał Instytucji Koordynującej pytanie, czy podmiot niebędący zamawiającym w rozumieniu u.p.z.p., upubliczniając ogłoszenie i wyznaczając 7-dniowy termin na składanie ofert, wydatkuje środki niezgodnie z art.184 u.f.p. i podlega nałożeniu korekty finansowej. W udzielonej odpowiedzi Ministerstwo wyjaśniło, że zasada konkurencyjności nie wyodrębnia oddzielnej procedury dla zamówień na tzw. usługi społeczne, co czyni u.p.z.p. Z uwagi na to, że Beneficjent nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania u.p.z.p., 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 209 000,00 euro. Ministerstwo zwróciło uwagę, że termin ten, w porównaniu do terminów z u.p.z.p., jest

inaczej określony, jednak procedury te różnią się od siebie także w innych aspektach. MIIIR wskazało, że zasada konkurencyjności nie jest tak rygorystyczna jak przepisy wynikające z u.p.z.p., co oznacza, że tam gdzie u.p.z.p. wprowadza jakieś odstępstwa, można przyjąć, że zasada konkurencyjności też je wprowadza. Jednakże przyjęcie takiej ścieżki interpretacji ma określone konsekwencje. Jeśli bowiem u.p.z.p. nie określa wyrażonego w dniach terminu składania ofert na zamówienia społeczne, to jednak nie pozostawia zamawiającemu zupełnej swobody w wyznaczaniu tego terminu. Ustawa określa termin w sposób opisowy jako termin niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, a także taki, który uwzględnia złożoność przedmiotu zamówienia. Zatem u.p.z.p. wyodrębnia elementy takie jak 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 oraz art. 138q u.p.z.p. jest wyznaczenie 7-dniowego terminu. Ministerstwo zwróciło uwagę, że w jego ocenie brak ustawowego terminu określonego w dniach nie jest znacznie łagodniejszą procedurą. Opisowe ujęcie w u.p.z.p. 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. Instytucja Koordynująca 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 MIIIR postawiła pytanie, czy zamawiający rzeczywiście otworzył zamówienie na uczciwą konkurencję. Podsumowując, IK stanęła na stanowisku, że „analizowane naruszenie jest 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)”.

W dniu (...) 2018 roku (...) złożyła kolejne pismo, w którym jeszcze raz podjęła 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 Odwołujący się podniósł, że jego zdaniem niezasadne było przedłużenie terminu oceny wniosków o dofinansowanie. W Regulaminie było zastrzeżenie uzasadniające czas oceny od liczby złożonych wniosków. Zdaniem Beneficjenta w konkursie złożono znacznie mniej niż 200 wniosków o dofinansowanie, przez co nieuzasadnione było

wydłużenie końcowego terminu oceny do końca (...) 2017 roku. 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 o dofinansowanie oraz popadła w zwłokę w zakresie podpisywania umów o dofinansowanie. 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 zapewniła, 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 (...) 2018 roku została sporządzona informacja pokontrolna nr RPSW(...). W zakresie objętym kontrolą Zespół kontrolujący nie stwierdził nieprawidłowości.

W (...) 2018 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”, zwane dalej „Sprawozdaniem”, w którym stwierdzono nieprawidłowość związaną z naruszeniem Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w projekcie realizowanym przez (...) (ustalenie nr 3, s. 25 i nast. Sprawozdania). Instytucja Audytowa, zwana dalej „IA”, uznała, że zamawiający ((...)) w sposób nieuprawniony dokonał skrócenia terminu składania ofert o 63,33%, co stanowi naruszenie zasad określonych w sekcji 6.5.2 pkt 8 lit. a ppkt vi ww. Wytycznych. Wskazała również 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 niekwalifikowalne w odniesieniu do badanej próby z wniosku o płatność nr RPSW(...) wydatki w kwocie (...) zł. Do wyliczenia wydatków niekwalifikowalnych został przyjęty

wskaźnik 25%. Dodatkowo z tytułu powyższego uchybienia wyliczono kwotę wydatków ryczałtowych według wskaźnika 15%: (...) zł x 15% = (...) zł”. Łącznie kwota wydatków niekwalifikowalnych wyniosła zatem (...) zł (...) zł + (...) zł). Konkludując, IA wskazała, że należy pomniejszyć roczne zestawienie wydatków za rok 2017-2018 o kwotę (...) zł oraz dokonać całościowej analizy wniosków o płatność złożonych w ramach projektu nr RPSW.(...) w aspekcie ustalonych nieprawidłowości i odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

W związku z powyższym, w dniu (...) 2019 roku, IZ wystosowała do Beneficjenta pismo, w którym poinformowała o ustaleniach poczynionych przez IA w Sprawozdaniu. W piśmie wskazano, że Beneficjent jest zobowiązany do zwrotu środków w wysokości (...) zł wraz z odsetkami. IZ ponadto zobowiązała Stronę do wyjaśnienia, czy wydatki, które zostały objęte błędnie przeprowadzoną procedurą, występują w już zatwierdzonych wnioskach o płatność.

W odpowiedzi na ww. pismo, Odwołujący się niezwłocznie poprosił o wyjaśnienia, w jakim trybie oraz na jakiej podstawie prawnej zostało wystosowane do Strony pismo z dnia (...) 2019 roku. W piśmie z dnia (...) 2019 roku (...) wniosła o uwzględnienie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej nr RPSW.(...), w której wskazano, że skrócenie terminu składania ofert było uzasadnione okolicznościami i nie stanowi naruszenia zasad konkurencyjności oraz o odstąpienie od wyrażonego w piśmie z dnia (...) 2019 roku stanowiska informującego o stwierdzeniu nieprawidłowości oraz od żądania zwrotu środków stanowiących równowartość nieprawidłowości.

W dniu (...) 2019 roku Organ wystosował do (...) pismo, do którego został załączony stosowny fragment Sprawozdania w części odnoszącej się do Beneficjenta.

W dniu (...) 2019 roku Instytucja Zarządzająca rozpoczęła kontrolę doraźną, której zakresem objęto zasadność uwag zawartych w Sprawozdaniu w kontekście niezastosowania się Beneficjenta do sekcji 6.5.2 pkt 8 lit. a ppkt vi Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Zespół kontrolujący jeszcze raz zbadał prawidłowość przeprowadzenia postępowania na zakup usług szkoleniowych o łącznej wartości (...) zł (co stanowiło równowartość (...) euro) i uwzględniając ustalenia Instytucji Audytowej, uznał, że wymagany na podstawie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków termin na składanie ofert w ww. postępowaniu wynosi minimum 30 dni. Z uwagi na okoliczność, że Beneficjent w sposób nieuprawniony skrócił termin składania ofert o 63,33%, co stanowi

naruszenie zasad określonych w sekcji 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 RPSW.(...), RPSW.(...), RPSW.(...), RPSW.(...) i RPSW.(...) w łącznej kwocie (...) zł.

Zespół kontrolujący w informacji pokontrolnej nr RPSW.(...) z dnia (...) 2019 roku zawarł zastrzeżenie, że w przypadku gdy w kolejnym wniosku o płatność zostanie wykazany wydatek związany z postępowaniem będącym przedmiotem kontroli wydatki należy uznać w części za niekwalifikowalne i zastosować korektę finansową w wysokości 25%.

W dniu (...) 2019 roku (...) wniosła zastrzeżenia do ustaleń kontroli doraźnej i odmówiła podpisania informacji pokontrolnej. Strona podniosła, że przedmiotowe postępowanie było już poddane kontroli przeprowadzonej przez IZ w dniach (...) 2018 roku, (...) 2018 roku oraz (...) 2018 roku, a w informacji pokontrolnej nr RPSW.(...) IZ wskazała, że skrócenie terminu było uzasadnione okolicznościami i nie stanowi naruszenia zasady konkurencyjności. Ponadto Odwołujący się podał, że w przedmiotowej sprawie wydane zostało również stanowisko MIiR, które w całości potwierdzało prawidłowość podjętych działań przez Beneficjenta, a przez to brak było podstaw do stwierdzenia nieprawidłowości.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia (...) 2019 roku Organ poinformował Beneficjenta, że jeszcze raz dokonał analizy dokumentacji dotyczącej kontrolowanego projektu, w kontekście argumentów przedstawionych przez (...) w piśmie z dnia (...) 2019 roku i nie znalazł podstaw do zmiany informacji pokontrolnej w zakresie ustalonej nieprawidłowości.

W dniu (...) 2019 roku Strona przesłała pismo, w którym odmówiła podpisania ostatecznej informacji pokontrolnej z dnia (...) 2029 roku 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 wdrożeniowej 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 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu

Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, zwanego dalej „rozporządzeniem ogólnym”, a także powołał się na orzecznictwo sądów administracyjnych i KIO. Odwołujący się stanął na stanowisku, że postąpił zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków, które uprawniły go do skrócenia terminu składania ofert i 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 RPSW.(...) oraz o odstąpienie od wyrażonego w informacji pokontrolnej nr RPSW.(...) stanowiska informującego o stwierdzeniu nieprawidłowości oraz obowiązku zwrotu środków stanowiących równowartość nieprawidłowości.

W dniu (...) 2020 roku IZ wezwała Beneficjenta do zwrotu dofinansowania w kwocie (...) zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków. W sprawie zwrotu powyższej kwoty Organ przeprowadził odrębne postępowanie administracyjne zakończone wydaniem w dniu (...) 2021 roku ostatecznej decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...).

W dniu (...) 2020 roku IZ dokonała weryfikacji końcowego wniosku o płatność, uprzednio wstrzymanej w związku z prowadzoną przez Organ kontrolą doraźną. W związku z faktem, że we wniosku tym Beneficjent wykazał wydatki związane z postępowaniem na zakup usług szkoleniowych, w którym w trakcie kontroli doraźnej stwierdzono nieprawidłowość, to zgodnie z informacją pokontrolną nr RPSW.(...) z dnia (...) 2019 roku Instytucja Zarządzająca zastosowała w stosunku do nich korektę w wysokości 25% i uznała wydatki w kwocie (...) zł za niekwalifikowalne (...) zł – koszty bezpośrednie, (...) zł – koszty pośrednie, (...) zł – wkład własny).

W nawiązaniu do informacji o pozytywnej weryfikacji końcowego wniosku o płatność w dniu (...) 2020 roku (...) złożyła zastrzeżenia co do nieuwzględnienia w końcowym wniosku o płatność kwoty (...) zł, tj. uznania ww. wydatków za niekwalifikowalne. Beneficjent jednocześnie potwierdził po raz kolejny swoje stanowisko, zgodnie z którym uważał on dotychczasowe postępowanie i działania podjęte w związku z nim przez Organ za nieoparte na sytuacji faktycznej sprawy, a przede wszystkim za niezgodne z aktualnym stanem prawnym, co jego zdaniem prowadziło do błędnej konkluzji nakładającej na niego korektę

finansową. Powołując się na orzecznictwo sądów powszechnych i administracyjnych dotyczące procedur ustalania nieprawidłowości w projektach unijnych jak i zasad ustalania wysokości korekty finansowej, Beneficjent podnosił, że nakładając korektę finansową, właściwa instytucja powinna dokonać własnej oceny i miarkowania jej charakteru, znaczenia szkody, jaką dana nieprawidłowość wywołała lub mogłaby wywołać w okolicznościach danej operacji lub programu. (...) w przedmiotowym piśmie wyszła również z założenia, że nałożona korekta finansowa nie może być oderwana od stwierdzonej nieprawidłowości, ale adekwatna do niej i do sytuacji konkretnego beneficjenta. Przy określaniu wysokości korekty finansowej właściwy organ powinien więc brać pod uwagę wszystkie konkretne okoliczności związane z nieprawidłowością jak np. jej charakter oraz straty finansowe poniesione z jej powodu przez dany fundusz. W przedmiotowym piśmie (...) stanęła na stanowisku, że IZ nie podjęła wszelkich niezbędnych kroków do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego mającego znaczenie dla zastosowanej w sprawie materialnej podstawy rozstrzygnięcia, skutkującej dla Beneficjenta koniecznością zwrotu części otrzymanego dofinansowania. Strona stwierdziła ponadto, że „decyzja o nałożeniu korekty finansowej na Beneficjenta nie powinna dłużej funkcjonować w obrocie prawnym”, jednocześnie zwracając się do Organu z prośbą o jej zmianę w ten sposób, że korekta finansowa zostanie cofnięta.

W dniu (...) 2022 roku Organ wezwał Beneficjenta do zwrotu wydatkowanych z naruszeniem procedur środków dofinansowania w wysokości (...) zł (w tym środków Unii Europejskiej w kwocie (...) zł i budżetu państwa w kwocie (...) zł) w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Beneficjent został ponadto poinformowany, że w przypadku niedokonania zwrotu ww. kwoty w terminie zostanie wszczęta procedura na podstawie art. 207 ust. 9 u.f.p.

W piśmie z dnia (...) 2022 roku stanowiącym odpowiedź na powyższe wezwanie (...) odmówiła zwrotu wskazanych w wezwaniu środków i zaznaczyła, że wciąż podtrzymuje swoje stanowisko, iż nie doszło do naruszenia procedur określonych w dokumentach dotyczących finansowania projektu i dopóki właściwy sąd administracyjny nie wyda prawomocnego orzeczenia dopóty (...) zamierza kwestionować zasadność takich żądań.

W odpowiedzi na pismo Strony, Organ w piśmie z dnia (...) 2022 roku poinformował Beneficjenta o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie orzeczenia obowiązku zwrotu dofinansowania ze środków Unii Europejskiej i budżetu państwa wykorzystanego z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p. Postępowanie zostało zakończone wydaniem w dniu (...) 2022 roku decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...), w

której określono (...) przypadającą do zwrotu kwotę dofinansowania ze środków przeznaczonych na realizację Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 w wysokości (...) zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków.

W ustawowo przewidzianym terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji, Strona złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, zwany dalej „wnioskiem”. Odwołujący się podniósł, że poczynione przez Organ ustalenia faktyczne nie są zgodne z rzeczywistością, a subsumpcja stanu faktycznego nie została przeprowadzona prawidłowo, czego rezultatem według (...) było wydanie błędnej decyzji. W pierwszej kolejności Beneficjent odniósł się do faktu, że w ramach projektu prowadzone jest postępowanie sądowo-administracyjne, które nie zostało jeszcze zakończone. Zgodnie ze stanowiskiem Strony, „gdyby zatem NSA wydał wyrok, w którym uznałby, że Beneficjent postąpił prawidłowo, to przedmiotowa decyzja Zarządu byłaby z gruntu rzeczy oparta na błędnych ustaleniach. Wydawanie zatem przedmiotowej decyzji uznać należy za pochopne”. Następnie Odwołujący się odniósł się do „osi sporu”, którą było ustalenie, czy Beneficjent miał prawo skrócenia terminu na składanie ofert w prowadzonym przez siebie zapytaniu ofertowym. Powołując się na orzecznictwo KIO w zakresie wykładni pojęcia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, (...) podkreśliła, że posiadała uzasadnione uprawnienie do skrócenia terminu składania ofert, „aby nie doprowadzić do utraty finansowania, negatywnych skutków finansowo-ekonomicznych dla Beneficjenta oraz negatywnych skutków braku realizacji projektu społecznego dla uczniów za całego regionu”. W dalszej części wniosku Strona, powołując się na rozporządzenie MEN oraz konsultacje i rozmowy przeprowadzone z dyrektorami szkół, stwierdziła, że tylko w wariantcie, który zakładał rozpoczęcie zajęć projektowych od (...) 2017 roku, spełniona zostałaby akceptowalna w szkole norma, w której maksymalne łączne tygodniowe obciążenie ucznia wynosiłoby 40 godzin zajęć szkolnych. Biorąc pod uwagę, że termin ogłoszenia wyników konkursu ustalony został na dzień (...) 2017 roku, a Umowa powinna zostać podpisana na przełomie (...) 2017 roku, rekrutacja uczestników rozpoczęła się zgodnie z harmonogramem i zakończyła na przełomie (...) i (...). Zapytanie ofertowe zostało ogłoszone w dniu (...) 2017 roku, czyli w dniu, który zgodnie ze stanowiskiem Skarżącego był ostatecznym terminem na realizację projektu zgodnie z założeniami – zastosowany „tryb siedmiodniowy pozwolił zamknąć zapytanie (...) 2017 roku i podpisać umowę z wykonawcą dnia (...) 2017 roku. Wykonawca po niecałych dwóch tygodniach rozpoczął prowadzenie zajęć, a do tego czasu należało ustalić harmonogram z młodzieżą w szkołach i z

Beneficjentem”. Zdaniem Strony, gdyby zastosowała termin 30-dniowy, postępowanie zakończyłoby się najwcześniej (...) 2017 roku, umowa z wykonawcą zostałaby podpisana około (...) 2017 roku, a rozpoczęcie zajęć mogłoby nastąpić najwcześniej (...) 2017 roku. W ten sposób na realizację zajęć pozostałyby 4 tygodnie, istniałoby ryzyko rezygnacji uczestników z udziału w projekcie przez zbyt dużą liczbę zajęć, a co za tym idzie wiązałoby się to z nieosiągnięciem wskaźników i niezrealizowaniem projektu. Tym samym, Beneficjent mógłby nie zrealizować projektu ze względu na brak chętnych szkół i uczniów w związku ze zbyt dużą liczbą godzin zajęć tygodniowo. Zastosowanie terminu 30-dniowego wiązałoby się z powstaniem szkody finansowej u Beneficjenta, który starał się bronić wartości ważnych dla lokalnej społeczności. Ponadto, Strona wskazała, że nie doszło do jakiegokolwiek sytuacji, w której konkurencyjność była zachwiana w jakikolwiek sposób – liczba ofert złożonych w postępowaniu (mimo skróconego terminu składania ofert) nie zmieniła się w stosunku do średniej liczby składanych u Odwołującego się, dostęp do zamówienia został zapewniony wszystkim zainteresowanym podmiotom, a żaden z potencjalnie zainteresowanych wykonawców ani oferentów nie zwrócił się do Strony z wnioskiem o zmianę terminu składania ofert. Mając na uwadze powyższe, Beneficjent wskazał, że nie doszło do naruszenia Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w zakresie zastosowania przesłanki skrócenia terminu oraz nie doszło do utrudnienia (zakłócenia) uczciwej konkurencji, a zatem nie mogło dojść do naruszenia przepisów, co oznacza, że w tym zakresie nie występuje również nieprawidłowość.

Postępowanie administracyjne w II instancji było kilkakrotnie przedłużone, a w jego trakcie (...) w dniu (...) 2023 roku dokonała na rachunek płatniczy Instytucji Zarządzającej wpłaty kwoty (...) zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych w kwocie (...) zł liczonymi od dnia przekazania środków, tj. od dnia (...) 2019 roku do dnia zwrotu, z wyłączeniem okresu od dnia (...) 2022 roku do dnia (...) 2022 roku, stanowiącego przerwę w naliczaniu odsetek na podstawie art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej.

Stan prawny

Celem postępowania odwoławczego przeprowadzonego przez Instytucję Zarządzającą była ponowna analiza sprawy co do istoty, a zatem weryfikacja, czy w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p., skutkujących obowiązkiem orzeczenia zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. Przedmiotem postępowania administracyjnego

zakończonego wydaniem decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku była poprawność przeprowadzenia procedury wyłonienia wykonawcy w postępowaniu „Na zakup usług szkoleniowych (kod CPV: 80530000-8) w ramach projektu pn.: (...) w oparciu o zasadę konkurencyjności, w szczególności zasadność skrócenia terminu składania ofert w ww. postępowaniu z nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego do 10 dni w oparciu o tzw. pilną potrzebę udzielenia zamówienia.

IZ przystępując do ponownego rozpatrzenia sprawy w pierwszej kolejności zaczęła od zweryfikowania decyzji nr (...) z dnia (...) 2022 roku pod względem realizacji przez nią wymagań wskazanych w art. 107 § 1 i 3 k.p.a.

Należy stwierdzić, że decyzja I instancji jest prawidłowa i zawiera wszystkie elementy zgodnie z dyspozycją art. 107 § 1 i 3 k.p.a.

Należy mieć na względzie, że Instytucja Zarządzająca w postępowaniu administracyjnym nie dokonuje kontroli zgodności z prawem decyzji, co do której złożono wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy, lecz ma obowiązek ponownego rozpatrzenia sprawy co do istoty, tak bowiem nakazuje jej zasada dwuinstancyjności postępowania ujmowana w sposób materialny, a nie tylko formalny, wyrażający się w toku instancji.

Kluczowym dla sprawy zagadnieniem jest odpowiedź na pytanie, czy w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p., a tym samym, czy doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego.

Należy podkreślić, że dla uznania, iż doszło do naruszenia procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p., nie zawsze musi nastąpić naruszenie prawa powszechnie obowiązującego, krajowego lub unijnego. Wystarczające jest bowiem zarówno naruszenie postanowień zawartych w umowie o dofinansowanie, jak i wytycznych, które na podstawie art. 5 ustawy wdrożeniowej stanowią instrument prawny wydany przez ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego określający ujednoczone warunki i procedury wdrażania funduszy strukturalnych i funduszu spójności. Powyższe stanowisko jest utrwalone w orzecznictwie i nie jest obecnie kwestionowane. W orzecznictwie sądowo-administracyjnym został bowiem ugruntowany pogląd, zgodnie z którym o naruszeniu procedur w rozumieniu przepisu art. 184 u.f.p. świadczy każde uchybienie zobowiązań ciążących na beneficjencie udzielonego mu dofinansowania. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 września 2017 roku „umowa o dofinansowanie stanowi procedurę, a

zatem dotyczy jej zapis art. 184 u.f.p., ze skutkiem wskazanym w tym przepisie” (sygn. akt V SA/Wa 2262/16, LEX nr 2435093). W prezentowaną linię orzecniczą wpisuje się również wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 30 stycznia 2018 roku, zgodnie z którym „procedury, jakich naruszenie może uzasadniać zastosowanie art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p., mogą wynikać nie tylko z aktu prawa powszechnie obowiązującego, ale także z łączącej strony umowy o dofinansowanie, w której zostaje określony uzgodniony sposób działania Beneficjenta” (sygn. akt III SA/Lu 646/17, LEX nr 2483552). Zbliżone stanowisko zajął także Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 21 marca 2018 roku, stwierdzając, że „jako naruszenie można uznać wszelkie odstępstwa od zapisów umowy lub naruszenie przepisów prawa unijnego i krajowego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę (uszczerbek) w budżecie ogólnym” (sygn. akt I SA/Kr 143/18, LEX nr 2482999). Także wytyczne, w tym w szczególności Wytyczne w zakresie kwalifikowalności, wydatków należą do procedur regulujących wydatkowanie środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich. W konsekwencji, stosownie do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 3 listopada 2022 roku naruszenie tych procedur skutkuje zwrotem środków na podstawie decyzji wydanej w oparciu o art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p (sygn. akt I SA/OL 468/22, LEX nr 3439712).

Tym samym, w celu rozpatrzenia powyższych zagadnień Organ odwoławczy przeanalizował powtórnie Umowę, Regulamin i procedurę wyboru projektów do dofinansowania, a także Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków, uwzględniając przy tym stanowisko Beneficjenta zaprezentowane we wniosku.

W odniesieniu do Umowy, Organ w pierwszej kolejności zwraca uwagę na fakt, że we wniosku Strona twierdziła, że „projekt realizowany przez Beneficjenta nie był projektem, w którym to wyłącznie Beneficjent odpowiadałby za realizację projektu”. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, zgodnie z § 20 ust. 2 Umowy to Beneficjent (a nie inny podmiot) ponosił odpowiedzialność za realizację projektu zgodnie z właściwymi przepisami krajowymi oraz właściwymi wytycznymi. Stosownie zaś do § 26 ust. 1 Umowy przy udzielaniu zamówień w ramach projektu Beneficjent był zobowiązany do stosowania u.p.z.p., zasady konkurencyjności lub rozeznania rynku na warunkach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

(...) jako podmiot niespełniający warunków wynikających z art. 3 ust. 1 pkt 1-5 u.p.z.p. zobowiązany był z uwagi na wartość zamówień udzielić ich zgodnie z zasadą konkurencyjności, której procedura opisana została w sekcji 6.5.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Należy podkreślić, że stosownie do § 4 ust. 1 Umowy Strona oświadczyła, że zapoznała się z treścią wytycznych, w tym Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków i zobowiązała się do realizacji projektu zgodnie z ich postanowieniami, a przy wydatkowaniu środków przyznanych w ramach projektu zobowiązała się – zgodnie z § 4 ust. 3 Umowy – do stosowania Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

Z uwagi na fakt, że w momencie wszczęcia postępowania na zakup usług szkoleniowych, tj. w dniu (...) 2017 roku, nie została jeszcze zawarta Umowa Beneficjent nie mógł zamieścić ogłoszenia o zamówieniu w Bazie konkurencyjności. W związku z tym Strona rozpoczynając realizację projektu na własne ryzyko związana była postanowieniami sekcji 6.5.2 pkt 11 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, zgodnie z którymi „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”.

W odniesieniu do postępowania na zakup usług szkoleniowych o wartości (...) zł (stanowiącej równowartość (...) euro) zamawiający zamieścił zapytanie ofertowe na swojej stronie internetowej oraz przesłał je do trzech potencjalnych wykonawców w dniu (...) 2017 roku. Termin składania ofert wyznaczono na dzień (...) 2017 roku.

Postępowanie powinno zostać przeprowadzone zgodnie z regulacjami zawartymi w sekcji 6.5.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków i spełniać wymóg wyznaczenia prawidłowego terminu składania ofert w odpowiedzi na zamieszczone zapytanie ofertowe. Termin ten zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 8 lit. a ppkt vi Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków powinien wynosić nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego, gdyż postępowanie dotyczyło zamówienia na dostawy i usługi o wartości szacunkowej przekraczającej 209 000,00 euro. W niniejszej sprawie Strona nie zachowała ww. terminu, bowiem skróciła go do 10 dni.

Zaznaczyć należy, że Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w podrozdziale 6.5 pkt 8 lit. d przewidują odstępstwo dotyczące terminów określonych w sekcji 6.5.2 ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć. Odstępstwo jest także przewidziane w podrozdziale 6.5 pkt 8 lit. e Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, zgodnie z którym możliwe jest niestosowanie procedur określonych w podrozdziale 6.5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności w przypadku zamówień, do których ma zastosowanie zasada konkurencyjności, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć.

W związku z powyższym, Organ odwoławczy ponownie dokonał analizy, czy Beneficjent był uprawniony do skrócenia terminu z 30 dnia na 10 dni (7 dni roboczych), tj. o 66,66 %, a w związku z tym, czy procedura dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia została przeprowadzona prawidłowo.

Strona w toku postępowania I-instancyjnego zaprezentowała stanowisko, zgodnie z którym skrócenie ww. terminu spowodowane zostało przez opieszałość Organu, tj. przesunięcie rozstrzygnięcia konkursu (zmiana terminu zakończenia oceny z 28 lutego 2017 roku na 31 marca 2017 roku). Beneficjent wskazywał również na kwestie związane z maksymalnym okresem trwania projektu (kryterium dopuszczające), który zgodnie z Regulaminem wynosił 24 miesiące oraz konsultacjami z dyrektorami szkół, którzy z uwagi na obciążenie uczniów zajęciami obowiązkowymi wskazywali, że optymalna liczba dodatkowych godzin zajęć dla uczniów w projekcie to 5 do 7 tygodniowo. Z uwagi na powyższe, Strona wskazywała, że nie miała możliwości zachowania terminu, o którym mowa w sekcji 6.5.2 pkt 8 lit. a ppkt vi Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków .

W Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w przypisie 32 do podrozdziału 6.5 pkt 8 wskazano, że „określone w podrozdziale 6.5 pkt 8 i 9 przesłanki umożliwiające niezastosowanie procedur należy interpretować biorąc pod uwagę wykładnię odpowiednich przepisów Pzp, tj. art. 62 i art. 67, umożliwiających zastosowanie trybu niekonkurencyjnego po spełnieniu określonych warunków”.

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. „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”. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie stworzył legalnej definicji „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia”, znaczenia tego terminu należy poszukiwać zatem w orzecznictwie sądów administracyjnych i KIO.

Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem udzielenie zamówienia na podstawie przesłanki z art. 62 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. powinno być ograniczone do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. Wymagane jest więc wystąpienie tzw. „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia”, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes jest zagrożony uszczerbkiem w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego.

W orzecznictwie i stanowisku doktryny wśród takich interesów wymienia się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. W wyroku z dnia 27 stycznia 2011 roku KIO stwierdziła, że „aby możliwym było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) 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. (...) Niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przy stosowaniu trybów rozpoczynających się ogłoszeniem musi bowiem być następstwem sytuacji, która w aspekcie czasowym nie jest możliwa do zrealizowania. Oznacza to, iż zamawiający ma mniej czasu na udzielenie zamówienia niż czas niezbędny dla prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych ogłoszeniem i nie może zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, ani też negocjacji z ogłoszeniem” (sygn. akt KIO 88/11, LEX nr 717945). Ponadto, zamawiający powinien wykazać, że okoliczności skutkujące koniecznością zastosowania tego trybu nie wynikają z jego winy, a także, że ze swej natury nie można było ich przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności: „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” (wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 88/11, LEX nr 717945). W związku z powyższym, aby skorzystać z odstępstwa ujętego w art. 62 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p., należy koniecznie wykazać brak obiektywnej możliwości zachowania terminów przewidzianych do przeprowadzenia postępowania w trybach podstawowych lub w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Stosownie zaś do drugiego z przepisów u.p.z.p., na który powołują się Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w kontekście możliwości niestosowania procedur określonych w podrozdziale 6.5, tj. art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki 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. Zgodnie z powyższym przepisem zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki, 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. Tak więc, aby móc skorzystać z tego trybu, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- 1) wyjątkowa sytuacja;
- 2) przyczyny powstania danej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego;
- 3) zamawiający nie mógł tej sytuacji przewidzieć;
- 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;

5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Pomiędzy ww. przesłankami musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy. Na konieczność zaistnienia powyższych przesłanek dla możliwości skorzystania z trybu udzielania zamówień z wolnej ręki wskazuje rozległe orzecznictwo sądów administracyjnych. W wyroku z dnia 8 czerwca 2016 roku Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził, że „przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy występują łącznie wszystkie wymienione w nim przesłanki, to jest gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, np. usunięcie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenia majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Muszą to być zatem sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego. Za taką wyjątkową sytuację, której zamawiający nie mógł przewidzieć, należy uznać zdarzenia losowe (klęski żywiołowe, katastrofy, powodzie, pożary, huragany, trzęsienia ziemi). Wyjątkowa sytuacja nie może przy tym wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (zaniedbań, niezachowania należytej staranności, niedbalstwa). (...) 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 wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w styczniu, w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują. Pomiędzy koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia, a wyjątkową sytuacją musi zachodzić związek przyczynowy” (sygn. akt V SA/Wa 3975/15 LEX nr 2159645).

Podkreślenia wymaga fakt, że „pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego”, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. jest czym innym niż „konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. W wyroku z dnia 15 czerwca 2020 roku KIO wskazała, że sformułowanie „natychmiast” oznacza podjęcie reakcji szczególnie szybkiej, szybszej niż „pilna” (sygn. akt KIO 775/20, LEX nr 3029373). W

związku z czym, nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagać będą natychmiastowego wykonania.

Przechodząc od powyższych rozważań na grunt niniejszej sprawy, odstępstwo od niestosowania procedur określonych w podrozdziale 6.5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, w tym procedur odnoszących się do obowiązku stosowania właściwych terminów, należy interpretować zgodnie wykładnią art. 62 i 67 u.p.z.p. Na podstawie przeprowadzonej w niniejszej sprawie analizy IZ w postępowaniu I-instancyjnym uznała, że argumentacja przedstawiona przez Stronę nie świadczy o zaistnieniu, w ustalonym w sprawie stanie faktycznym i prawnym, pilnej potrzeby udzielenia zamówienia czy też konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia uprawniających ją do skrócenia terminu składania ofert z nie mniej niż 30 dni na 10 dni. W kontekście powyższego, zdaniem Organu odwoławczego Instytucja Zarządzająca prawidłowo zbadała i oceniła, że w sprawie nie ziściły się okoliczności uzasadniające przyjęcie istnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Zaistnienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia należy rozważyć w kontekście zaistnienia przyczyn, które nie leżą po stronie zamawiającego, a których to nie można było wcześniej przewidzieć. W ocenie Organu odwoławczego słusznie przyjęto w sprawie, że tak rozumiana pilna potrzeba nie zaistniała.

Odwołujący się założył, że rozpocznie realizację projektu (...) od (...) 2017 roku poprzez rekrutację uczestników, natomiast w okresie od (...) do (...), a następnie od września do ostatniego dnia projektu przeprowadzi realizację zajęć lub kursów dla uczestników. Regulamin stanowił, iż „termin zakończenia oceny wniosków planowany jest na koniec (...) 2017 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 przypadać będzie na koniec (...) 2017 roku. Powyżej 400 wniosków – poddanych ocenie merytorycznej spowoduje przesunięcie jej zakończenia nie później jednak niż na koniec (...) 2017 roku” (sekcja 3.3.10 pkt 6, s. 122 Regulaminu). Zgodnie zaś z sekcją 1.6.7 Regulaminu „planowany harmonogram przeprowadzania poszczególnych etapów oceny zostanie opublikowany na stronie internetowej IOK w terminie do 14 dni roboczych od zakończenia naboru wniosków”. W związku z tym, składając wniosek o dofinansowanie, (...) nie mogła mieć pewności, że nabór zakończy się do (...) 2017 roku, gdyż termin zakończenia procedury konkursowej zgodnie z Regulaminem był uzależniony od liczby złożonych wniosków o dofinansowanie, a Strona nie mogła przewidzieć, ile wniosków zostanie w ramach konkursu złożonych. Co więcej, Regulamin nie zawierał definitywnych

semantycznych sformułowań w stosunku do terminu zakończenia oceny wniosków. Wręcz przeciwnie, przy określeniu terminu posługiwał się przydawkami „planowany” oraz „orientacyjny”. „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. „Planowany” termin rozstrzygnięcia naboru jest zatem terminem orientacyjnym, a nie ostatecznym – wiążącym. Tym samym, Odwołujący się, składając wniosek o dofinansowanie, nie mógł mieć pewności, że nabór zakończy się do dnia (...) 2017 roku.

Organ odwoławczy zwraca w tym miejscu uwagę na fakt, że również podczas oceny projektu (...) pojawiły się okoliczności, które mogły rzutować na ostateczny (przesunięty) termin rozstrzygnięcia naboru. Zgodnie z protokołem prac Komisji Oceny Projektów w ramach konkursu, w pracach komisji uczestniczyli również eksperci, którzy w trybie niestacjonarnym dokonali oceny merytorycznej wniosku o dofinansowanie złożonego przez (...), tj. (...) i (...). Z informacji znajdujących się w ww. protokole wynika, że w dniu 11 stycznia 2017 roku w związku z rozbieżnymi ocenami dwóch oceniających do oceny został zaangażowany kolejny ekspert – pani (...), która ostatecznie zrezygnowała z oceny wniosku o dofinansowanie w dniu (...) 2017 roku. W związku z powyższym, do oceny został zaangażowany kolejny ekspert – (...). 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. Oczywistym jest, że od daty ogłoszenia listy projektów wybranych do dofinansowania do zawarcia umów o dofinansowanie musi upłynąć określony czas (najczęściej kilka tygodni), podczas którego należy przygotować umowę o dofinansowanie, zgromadzić i dostarczyć wszystkie załączniki (w tym zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Urzędu Skarbowego). Zgodnie z powyższym, zakładając racjonalne działanie Wnioskodawcy, uwzględniając jego doświadczenie w realizacji projektów współfinansowanych ze środków europejskich, na które wielokrotnie się powoływał, w ocenie Organu odwoławczego Beneficjent musiał przewidzieć rozpoczęcie realizacji projektu na własne ryzyko przed podpisaniem Umowy nawet w sytuacji rozstrzygnięcia konkursu w planowanym terminie.

Organ odwoławczy podkreśla, że wnioskując o dofinansowanie, Strona jest zobowiązana zaplanować jego realizację w czasie, uwzględniając realia postępowań konkursowych. Także

realizacja samego projektu powinna zostać zaplanowana w czasie z uwzględnieniem trwania postępowań w celu prawidłowego wyboru wykonawcy. Co więcej, na uwagę zasługuje fakt, że przystępując do konkursu, (...) jako wnioskodawca nie był nowicjuszem w realizacji projektów dofinansowanych ze środków unijnych. W opisie potencjału finansowego we wniosku o dofinansowanie Strona wskazała, że „posiada doświadczenie w realizacji dużych projektów finansowanych ze środków UE i budżetu państwa”. Tym samym, od podmiotu z wieloletnim doświadczeniem w realizacji projektów wymaga się staranności podwyższonej w stosunku do przeciętnej. Ponadto, podmiot taki dysponując wiedzą i doświadczeniem w zakresie procedury konkursowej, musiał mieć pełną świadomość już na etapie składania wniosku o dofinansowanie, że w dniu, w którym założył rozpoczęcie okresu realizacji projektu (...) 2017 roku), nawet przy planowanym terminie zakończenia naboru (...) 2017 roku) Umowa nie będzie jeszcze zawarta.

Nie można również uznać za prawdziwe twierdzenia Strony (pismo (...) z dnia (...) 2018 roku), zgodnie z którym „nie mogła przewidzieć, biorąc pod uwagę wszelkie przewidywalne przesłanki tak znacznego, czyli czteromiesięcznego przesunięcia terminu podpisania umowy”. Organ odwoławczy zwraca uwagę na fakt, że Umowa została zawarta (...) 2017 roku. Nie można więc zgodzić się z twierdzeniem, że doszło do 4-miesięcznego opóźnienia w jej podpisaniu. Jak wskazano powyżej, zawarcie umowy o dofinansowanie 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 (...) 2017 roku, tj. dniem, kiedy Beneficjent przewidział początek okresu realizacji projektu. W związku z powyższym, składając wniosek o dofinansowanie w konkursie, (...) powinna 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, szczególnie gdy przy dokonywaniu założeń harmonogramu projektu nie miał wiedzy na temat jej zakończenia. W ocenie Organu odwoławczego Beneficjent na etapie planowania działań w projekcie powinien 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. Należy zaznaczyć, że rozsądnie i asekuracyjnie postępujący Beneficjent, śledzący przebieg dotyczących go wydarzeń, mający wiedzę na temat okresu realizacji swojego projektu i jego założeń, powinien już w dniu (...) 2017 roku, tj. w dniu, w którym IZ 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 szczególnie, że założył on realizację projektu od (...) 2017 roku, mimo że już w dniu składania wniosku o dofinansowanie musiał zdawać sobie sprawę, że w tym dniu Umowa nie będzie jeszcze zawarta. W związku z powyższym, oczekiwanie podjęcia stosownych działań związanych z wszczęciem postępowania w zakresie zamówienia właśnie w tym czasie, tj. w pierwszych dniach (...) 2017 roku, było jak najbardziej uzasadnione.

Na szczególną uwagę zasługuje również fakt, że spośród 10 projektów wybranych do dofinansowania w przedmiotowym konkursie, jedynie (...) przewidziała początek jego realizacji na (...) 2017 roku. Jeden z beneficjentów, którego projekt otrzymał dofinansowanie w przedmiotowym konkursie, założył rozpoczęcie swojego projektu od (...) 2017 roku, pozostali beneficjenci ustalili swoje terminy jeszcze później, najczęściej od początku roku szkolnego 2017/2018, czyli od (...) 2017 roku. Pozostali wnioskodawcy uwzględnili więc w swoich harmonogramach realizacji projektów zarówno przewidziany w Regulaminie czas oceny wniosków o dofinansowanie (w przypadku gdyby wpłynęło ich ponad 400) oraz czas niezbędny do zgromadzenia dokumentów potrzebnych do zawarcia umowy o dofinansowanie i jej zredagowania. Należy również wskazać, że w swych postanowieniach Regulamin nie określał żadnych sztywnych ram czasowych trwania projektu, tj. od (...) 2017 roku do (...) 2019 roku, które to ramy w swoim projekcie przyjęła (...). Ograniczeniem w zakresie trwania projektu był jedynie wskazany w Regulaminie maksymalny okres jego trwania tj. 24 miesiące (kryterium dostępu nr 1, s. 106 Regulaminu). Nie można więc zgodzić się z twierdzeniem Beneficjenta o istnieniu przeszkód dla rozpoczęcia realizacji zajęć w projekcie w (...) 2017 roku, a nawet w (...) 2017 roku (jak to założyło większość wnioskodawców, którzy otrzymali dofinansowanie w ramach przedmiotowego naboru). Taka zmiana harmonogramu 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 Zrządzającej z prośbą o zmianę okresu realizacji projektu, w ten sposób, żeby jego początek miał miejsce w (...) lub (...) 2017 roku, a koniec nastąpił po upływie 24 miesięcy od wskazanej daty. Podjęcie takich działań pozwoliłoby uniknąć jakiegokolwiek potrzeby zwiększenia intensywności wsparcia, które wiązałoby się z większą liczbą godzin zajęć dla uczniów. W ocenie Organu odwoławczego, 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 powyższego, stwierdzić należy, że nawet bez zmiany terminu realizacji projektu, w dniu (...) 2017 roku możliwe byłoby przeprowadzenie postępowania ofertowego z 30-dniowym terminem na składanie ofert. Taki stan rzeczy mógłby mieć miejsce pod warunkiem założenia, że realizacja kursów oraz szkoleń rozpocznie się niezwłocznie po wyborze oferty, tj. w dniach (...), najpóźniej w dniu (...) 2017 roku, a nie jak wskazywał to w przedłożonej notatce kierownik projektu (...) dopiero po dniu (...) 2017 roku. Ponadto – zdaniem Organu odwoławczego – możliwe było przeniesienie części zaplanowanych kursów oraz szkoleń na miesiące powakacyjne, tj. od (...) 2017 roku do końca okresu realizacji projektu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że liczba 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 440 godzinach kursów oraz szkoleń w roku 2018 (czas na realizację – 10 miesięcy). Różnica w liczbie planowanych do przeprowadzenia godzin wynosi jedynie 24 przy planowanym okresie realizacji dłuższym aż o 4 miesiące. Podobne założenia zostały poczynione przez Beneficjenta w ramach wszystkich pozostałych szkół.

W kontekście zaplanowanych przez (...) zajęć projektowych i przedstawionych we wniosku symulacji planów zajęć Organ odwoławczy zwraca uwagę, że przedstawione warianty dotyczą wyłącznie dwóch opcji – rozpoczęcia zajęć od (...) 2017 roku albo od (...) 2017 roku (s. 7-16 wniosku). Odwołujący się jako podmiot z wieloletnim doświadczeniem w realizacji projektów w ogóle nie założył wariantu, w którym zajęcia dodatkowe w szkołach mogłyby się rozpocząć od (...) 2017 roku. W tym zakresie, warto ponownie zwrócić uwagę na fakt, że (...) jako jedyny z wnioskodawców założył rozpoczęcie realizacji projektu od (...) 2017 roku, a

więc w trakcie trwania roku szkolnego 2016/2017. Beneficjent musiał mieć więc świadomość, że w okresie, w którym zaplanował działania projektowe w roku szkolnym 2016/2017, przy założeniu samego Odwołującego się, że rekrutacja uczestników będzie odbywać się (...) 2017 roku, a zajęcia w ramach projektu rozpoczną się od (...) 2017 roku, działania projektowe mogły być również znacząco utrudnione w związku z faktem, że w okresie tym wypadało wiele dni wolnych od zajęć dydaktycznych, w tym w szczególności wiosenna przerwa świąteczna (...) 2017 roku), (...) 2017 roku, (...) 2017 roku, a także egzaminy maturalne w (...) 2018 roku. Nawet przy zakładanym przez (...) wariantcie, że zajęcia projektowe rozpoczną się w (...) 2017 roku (8 tygodni), Beneficjent musiał mieć pełną świadomość, że nawet zakładana przez niego liczba godzin może okazać się niewystarczająca w związku z dużą liczbą dni wolnych wpływających na organizację roku szkolnego i dostępność uczniów w szkołach w tym okresie. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący się w ogóle nie dopuścił w przedstawionych symulacjach wariantu, aby realizacji kursów mogła rozpocząć się od nowego roku szkolnego 2017/2018, który mógłby mu umożliwić prawidłową realizację zajęć projektowych. Należy mieć przy tym na uwadze fakt, że wariant II przedstawiony przez Beneficjenta we wniosku, iż zajęcia rozpoczną się od (...) 2017 roku w ocenie Organu odwoławczego w ogóle nie powinien być brany przez niego pod uwagę, biorąc pod uwagę fakt, że w (...) w okresie od (...) do (...) 2018 roku było tylko 10 dni, w których zajęcia mogły się odbyć w szkole (w dniach (...) obowiązywał przerwa związana ze świętem Bożego Ciała), a w ostatnim tygodniu roku szkolnego (...) 2017 roku – biorąc pod uwagę realia szkolne – ryzyko nieobecności uczniów i nieuczestniczenia w zajęciach było znacznie podwyższone. Tym samym, wiedząc, że realizacja zajęć projektowych w (...) 2017 roku może być znacząco utrudniona, Beneficjent mający na uwadze dobro młodzieży szkolnej oraz nieobciążanie uczniów nadmiernymi zajęciami dodatkowymi w ramach projektu, do czego odnosi się we wniosku, w konsultacjach z dyrektorami szkół powinien przewidzieć i założyć również wariant polegający na przesunięciu rozpoczęcia zajęć dodatkowych od nowego roku szkolnego, tj. od (...) 2017 roku. W ocenie Organu odwoławczego byłoby to tym bardziej zasadne, że Odwołujący się miał świadomość, że w pierwszym okresie realizacji projektu planuje rekrutację uczestników oraz przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia o wysokiej wartości szacunkowej (ponad 209 00,00 euro), w którym zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 8 lit. a ppkt vi Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków minimalny termin składania ofert wynosi nie mniej niż 30 dni. W tym zakresie wskazane przez Stronę okoliczności nie mogą zostać ocenione jako przesłanki pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, w sytuacji gdy Beneficjent miał możliwość dokonania modyfikacji rozkładu

zajęć projektowych i rozpoczęcia ich w późniejszym terminie. Przywoływane przez Stronę argumenty, że za skróceniem terminu składania ofert przemawiał fakt, że przy zachowaniu terminu minimalnego 30 dni zajęcia rozpoczęłyby się w (...) 2017 roku co spowodowałoby znaczące przekroczenie tygodniowej liczby zajęć dodatkowych, w ogóle nie uwzględniają okoliczności, że rozpoczęcie zajęć wcale nie musiało następować w (...), ale mogło nastąpić również – przy dobrym i racjonalnym rozplanowaniu zajęć – od (...) 2017 roku. Odwołujący się powołuje się, co prawda, że przesunięcie terminu rozpoczęcia realizacji projektu od kolejnego roku szkolnego byłoby niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz wysoce niepożądane przez potencjalnych uczestników projektu (s. 5 wniosku), jednakże nie wskazuje, które konkretnie przepisy zostałyby naruszone w przypadku przesunięcia zajęć projektowych od (...) 2017 roku. Powołując się na konsultacje i rozmowy z dyrektorami szkół, Beneficjent wskazał, że „podkreślali [oni] wielokrotnie, iż nie ma możliwości realizacji zajęć z młodzieżą w okresie powakacyjnym”, nie przedstawił jednak jakichkolwiek wyjaśnień, dlaczego nie byłoby to możliwe. Co więcej, Strona wskazuje, że dyrektorzy sugerowali, że ze względu na specyfikę pracy z uczniami należy zaplanować pierwsze szkolenia i kursy najpóźniej od (...) 2017 roku (s. 6 wniosku). Beneficjent sam zatem wskazuje poprzez użycie czasownika „sugerować”, że dyrektorzy wcale nie narzucali definitywnie rozpoczęcia zajęć od (...) 2017 roku.

Warto w tym miejscu wskazać, że powoływane przez (...) w celu obrony swojego stanowiska rozporządzenie MEN dotyczy minimalnego tygodniowego wymiaru godzin obowiązkowych zajęć edukacyjnych dla uczniów poszczególnych klas. Nie określa ono minimalnej ani maksymalnej liczby godzin zajęć dodatkowych, niewynikających z obowiązującej podstawy programowej. Co prawda, zgodnie z rozporządzeniem MEN dyrektorzy szkół mają możliwość zwiększenia liczby godzin poprzez przeznaczenie godzin do dyspozycji dyrektora na zajęcia dodatkowe, jednak dotyczy to zajęć zwiększających liczbę godzin zajęć obowiązkowych lub zajęć realizujących potrzeby i zainteresowania uczniów, prowadzonych przez nauczycieli zatrudnionych w danej szkole w ramach czasu pracy danego nauczyciela w szkole. Powyższe godziny nie mogą więc zostać przeznaczone na realizowane w ramach projektu i prowadzone przez osoby zatrudnione przez Beneficjenta zajęcia pozaszkolne. Należy także wspomnieć, że żaden przepis nie zakreśla maksymalnej tygodniowej czy dziennej liczby godzin zajęć dodatkowych dla ucznia. Podkreślenia wymaga, że kursy oraz szkolenia w ramach projektu (...) nie są zajęciami obowiązkowymi wynikającymi z podstawy

programowej i są realizowane przez zewnętrznego, wybranego przez Odwołującego się wykonawcę.

Ponadto, analizując prawidłowość postępowania Strony przy przeprowadzaniu spornego zamówienia na usługi edukacyjne, Organ odwoławczy wziął również pod uwagę zgłaszaną przez Beneficjenta w trakcie realizacji projektu argumentację o możliwości skorzystania przez niego z postanowień art. 138o i art. 138q u.p.z.p. Zdaniem Beneficjenta skoro zamawiającego, o którym mowa w art. 3 u.p.z.p., nie obejmuje obowiązek stosowania żadnych terminów ustawowych w zakresie terminów składania ofert, a w szczególności terminu 30 dni, pomimo że wartość szacunkowa obiektywnie przekracza kwotę 209 000,00 euro, to taką samą interpretację należy stosować do beneficjentów niebędących zamawiającymi w rozumieniu u.p.z.p., którzy realizują zamówienia na usługi społeczne, o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwoty 750 000,00 euro (stanowisko prawne r. prawnego (...) przedstawione przez Beneficjenta, s. 2). Według opiniującego „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 niebędących 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”.

Dokonując analizy powyższego stanowiska, Organ odwoławczy ustalił, że jest ono niewłaściwe, bowiem 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 tak jak czyni to u.p.z.p. Nie zmienia to faktu, że beneficjenci należący do sektora finansów publicznych, jak i ci spoza tego sektora, stosują procedury obowiązujące przy wydatkowaniu środków publicznych. Powoływane procedury polegają na zasadzie konkurencyjności stosowanej przez zamawiających spoza sektora finansów publicznych oraz na przepisach u.p.z.p. stosowanych przez pozostałych beneficjentów. Obydwie procedury bez wątpienia różnią się od siebie, jednak nie można przez to twierdzić, że sam ten fakt przesądza o nierównym traktowaniu

beneficjentów. Z uwagi na to, że (...) nie jest zamawiającym w rozumieniu u.p.z.p., zobowiązana była do stosowania jedynie zasady konkurencyjności, zgodnie z którą w przypadku zamówień powyżej tzw. progów dyrektyw unijnych (bez rozróżnienia np. usług społecznych), termin składania ofert nie może być krótszy niż 30 dni. Powyższy termin różni się od terminów z u.p.z.p., tak jak procedury te różnią się również i w innych aspektach. Co prawda, powołując się na zasadę konkurencyjności, należy wskazać, że opiera się ona o przetarg nieograniczony zgodnie z u.p.z.p. nie jest jednak aż tak rygorystyczna jak przepisy u.p.z.p. Oznacza to, że tam, gdzie u.p.z.p. wprowadza jakieś odstępstwa, można przyjąć, że zasada konkurencyjności również wprowadza takie odstępstwa. Jednakże przyjęcie takiej ścieżki interpretacji ma określone konsekwencje. W sytuacji gdy przepisy u.p.z.p. nie określają w ramach zasady konkurencyjności terminu składania ofert na zamówienia społeczne wyrażonego w dniach, to jednak nie pozostawiają zamawiającemu pełnej swobody wyznaczania tego terminu. Termin w u.p.z.p. ma bez wątpienia charakter opisowy. Jest to termin niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, uwzględniający jednocześnie złożoność przedmiotu zamówienia. Ustawa wyodrębnia więc następujące elementy:

- 1) złożoność zamówienia – zbudowanie koncepcji oferty;
 - 2) przygotowanie oferty – spisanie, wyliczenie ceny itp.;
 - 3) złożenie oferty – np. jeśli zamawiający dopuszcza składanie ofert za pośrednictwem operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe to czas złożenia oferty wydłuża się, „zabierając” czas z wyznaczonego w dniach terminu.
- Dopiero mając na uwadze powyższe, można oceniać, czy wystarczające w świetle art. 138o oraz 138q u.p.z.p. jest wyznaczanie terminu 10-dniowego (7 dni roboczych) – tak jak zrobił to w przypadku kwestionowanego zamówienia Beneficjent. W związku z powyższym, wbrew ocenie przedstawianej przez Stronę należy zaznaczyć, że brak ustawowego określenia terminu w dniach nie jest znacznie łagodniejszą procedurą. Oba wskazane powyżej przepisy wskazują bowiem 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 u.p.z.p. 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 roboczych zawarty był także czas dotarcia potencjalnych oferentów do ogłoszenia.

Zdaniem Organu odwoławczego, skracając wymagany zgodnie z zasadą konkurencyjności minimalny 30-dniowy termin do składania ofert, (...) naruszyła podstawowe zasady przeprowadzania zamówienia, tj. w rzeczywistości nie otworzyła zamówienia na konkurencję. Należy zaznaczyć, że okoliczności, iż w odpowiedzi na ogłoszenie wpłynęły dwie a nie jedna oferta, nie można uznać za zasadną do stwierdzenia, że wyznaczony termin był wystarczający na przygotowanie i złożenie oferty, biorąc pod uwagę wartość i stopień złożoności zamówienia. Należy w tym miejscu wskazać, że dwie oferty pochodzą od podmiotów, do których Beneficjent skierował zapytanie cenowe w dniu (...) 2017 roku (zapytanie w formie rozmowy telefonicznej), a następnie zapytanie ofertowe. W związku z powyższym, wskazani wykonawcy posiadali wiedzę już kilka dni przed ogłoszeniem zamówienia, że Strona zamierza takie postępowanie przeprowadzić. Mieli więc czas, by przygotowywać się do złożenia oferty. Ponadto otrzymali bezpośrednio zapytania ofertowe w dniu umieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej, w związku z czym mogli od razu przystąpić do gromadzenia niezbędnych dokumentów. Zgodnie z powyższym, fakt złożenia 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 66,66% terminie składania ofert. Co więcej, podnoszone przez (...) argumenty we wniosku, że „liczba ofert złożonych w postępowaniu, mimo skróconego terminu składania ofert, nie zmieniła się w stosunku do średniej liczby składanych ofert u Skarżącego” (s. 19 wniosku) jest niezasadny, gdyż każde postępowanie należy oceniać indywidualnie. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia – niezależnie od liczby składanych ofert – charakteryzuje się swoją własną specyfiką, złożonością i kompleksowością. Uśrednianie liczby złożonych ofert w stosunku do wszelkich postępowań przeprowadzonych przez Beneficjenta nie oddaje specyfiki i stopnia złożoności danego zamówienia.

Należy zaznaczyć że, okoliczność skrócenia terminu składania ofert doprowadziło *de facto* do ograniczenia konkurencyjności, a szczególnie preferowane były wybrane przez Beneficjenta podmioty, do których skierowano zapytania ofertowe. Według obowiązujących w dniu ogłoszenia zamówienia postanowień Wytycznych 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 przedmiotowym stanie faktycznym termin składania ofert został w sposób nieuprawniony skrócony, w związku z czym zasadne jest twierdzenie, że naruszono w ten sposób podstawowe zasady związane z równym traktowaniem wykonawców i otwarciem postępowania na 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 tym miejscu należy zaznaczyć – jak słusznie stwierdziła Instytucja Zarządzająca w decyzji I instancji – że dla potencjalnego wykonawcy przygotowanie w przedmiotowym postępowaniu oferty wymagało zebrania szeregu specjalistów z różnych dziedzin, którzy musieli dysponować wykształceniem wyższym z zakresu hotelarstwa, gastronomii, marketingu, turystyki, matematyki, fizyki i chemii, posiadać uprawnienia do nauki języka angielskiego, informatyki, ekonomii, zarządzania, przedsiębiorczości, a przy tym dysponować uprawnieniami pedagogicznymi. Ponadto, niezbędnym było posiadanie lub pozyskanie przez podmioty zgłaszające swoje oferty kadry osób uprawnionych do przeprowadzania szeregu kursów i szkoleń, w tym sommeliera, managera hotelu, konesera sztuki kulinarnej, barmana, designu i organizacji przyjęć, warsztatów dekoracji stołu i florystyki. Należy zwrócić uwagę, że zajęcia w ramach projektu miały się odbywać w siedmiu szkołach, z których każda mieści się w innej miejscowości – (...). Potencjalny oferent musiał zatem pozyskać wielu specjalistów w różnych dziedzinach, którzy dysponowaliby wymaganym w zamówieniu wykształceniem, doświadczeniem i kwalifikacjami, a jednocześnie czasem wystarczającym do podjęcia w krótkim czasie działań w projekcie w przeciągu 7 dni roboczych. Powyższe byłoby przy tym możliwe przy założeniu, że wspomniany oferent dotrze do ogłoszenia pierwszego dnia, czyli wtedy kiedy zostało ono opublikowane na stronie internetowej Beneficjenta. Do oferty potencjalny wykonawca był ponadto zobowiązany dołączyć CV każdego z trenerów oraz dokumenty potwierdzające ich wykształcenie i doświadczenie, co wymagało od takiego wykonawcy dysponowania rozległą kadrą w różnych dziedzinach bądź rekrutacji takiej kadry w ciągu maksymalnie 7 dni roboczych. Mając na uwadze powyższe okoliczności, w szczególności, że zajęcia miały dotyczyć różnej tematyki, wymagającej zaangażowania kilkudziesięciu specjalistów z odmiennych dziedzin, miały się odbywać w 7 różnych miejscowościach, miały objąć 300 grup uczestników, przygotowanie odpowiednich

ofert w odpowiedzi na zapytanie w niniejszej sprawie należy uznać za skomplikowane, a wyznaczony termin 10 dni (7 dni roboczych) na złożenie oferty za niewystarczający.

W dalszej kolejności Organ odwoławczy zwraca uwagę na fakt, że zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej w przypadku wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej albo systemowej, zwanych dalej „nieprawidłowościami”, IZ jest zobowiązana do podjęcia przez odpowiednich działań, o których mowa w art. 24 ust. 9 lub 11 tej ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy wdrożeniowej w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej:

- 1) przed zatwierdzeniem wniosku o płatność – instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo;
- 2) 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 u.f.p., a w przypadku programu EWT – zgodnie z umową o dofinansowanie projektu albo decyzją o dofinansowaniu projektu.

W przedmiotowej sprawie, w informacji pokontrolnej nr RPSW.08.05.01-26-0082/16-003 z dnia 15 lipca 2019 roku w części dotyczącej opisu stwierdzonych nieprawidłowości Strona została przez Organ poinformowana że „w momencie wykazania przez Beneficjenta w kolejnym wniosku o płatność jakiegokolwiek kwoty związanej z postępowaniem na zakup usług szkoleniowych w ramach projektu (...) (kod CPV: 8053000-8) w ramach działania 8.5.1 Regionalnego Programu Operacyjnego wydatki należy uznać za niekwalifikowalne w wysokości 25% korekty finansowej” (pkt 13, s. 5 informacji pokontrolnej). Takie wydatki zostały przez Beneficjenta wykazane w końcowym wniosku o płatność – zarówno w pierwszej (z dnia (...) 2019 roku) jak i drugiej (z dnia (...) 2020 roku) złożonej przez niego wersji wniosku o płatność. Stosownie do sekcji 6.2.1 pkt 1 Wytycznych w zakresie sposobu korygowania i odzyskiwania nieprawidłowych wydatków oraz zgłaszania nieprawidłowości w ramach programów operacyjnych polityki spójności na lata 2014-2020 „szczególną sytuacją jest stwierdzenie nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, np. w trakcie kontroli na miejscu. Nieprawidłowy wydatek nie może być we wniosku o płatność wskazany jako kwalifikowalny, z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa poniżej w pkt 2 i 3”. Stosownie zaś do sekcji 6.2.1 pkt 2 ww. Wytycznych „w przypadku gdy nieprawidłowość dotyczy zamówienia przeprowadzonego z naruszeniem prawa lub warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu, beneficjent, w zależności od

charakteru i wagi naruszenia, może być uprawniony do częściowego zrefundowania wydatków poniesionych w związku z postępowaniem obciążonym nieprawidłowością. W takim przypadku instytucja kontrolująca lub instytucja zajmująca się weryfikacją wniosków o płatność informuje beneficjenta o konieczności ujęcia we wniosku o płatność wydatków kwalifikowalnych pomniejszonych o kwotę, jaka wynikałaby z konieczności nałożenia korekty zgodnie z taryfikatorem”. Beneficjent w informacji pokontrolnej z dnia (...) 2019 roku został poinformowany, że w przypadku wykazania jakichkolwiek wydatków dotyczących zamówienia, w którym stwierdzono nieprawidłowość, wydatki należy uznać za niekwalifikowalne w wysokości 25% korekty finansowej. O ile pierwsza wersja wniosku końcowego została złożona przez Beneficjenta w dniu (...) 2019 roku, a zatem przed stwierdzeniem nieprawidłowości, o tyle druga – złożona w dniu (...) 2020 roku – została przesłana w systemie SL2014 już w momencie, kiedy Strona zapoznała się z informacją pokontrolną i jej ustaleniami. Ponieważ wydatki dotyczące postępowania, w którym stwierdzono nieprawidłowość, zostały wykazane w drugiej wersji końcowego wniosku, Instytucja Zarządzająca dokonała ich pomniejszenia na podstawie sekcji 6.2.1 pkt 4 zdanie drugie Wytycznych w zakresie sposobu korygowania i odzyskiwania nieprawidłowych wydatków oraz zgłaszania nieprawidłowości w ramach programów operacyjnych polityki spójności na lata 2014-2020: „W przypadku stwierdzenia, iż beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, instytucja weryfikująca wniosek o płatność pomniejsza wydatki kwalifikowalne o kwotę wydatków nieprawidłowych, zgodnie z sekcją 6.2.2”. Tym samym, Organ nie miał możliwości odstąpienia od dokonania pomniejszenia wydatków nieprawidłowych w końcowym wniosku o płatność. Zarówno w art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej jak i w sekcji 6.2.1 pkt 4 Wytycznych w zakresie sposobu korygowania i odzyskiwania nieprawidłowych wydatków oraz zgłaszania nieprawidłowości w ramach programów operacyjnych polityki spójności na lata 2014-2020 posłużono się trybem oznajmującym: „dokonuje pomniejszenia” oraz „pomniejsza”. W języku prawnym zdania oznajmujące w czasie teraźniejszym w trzeciej osobie informują „o istnieniu stanu rzeczy, który w rzeczywistości jest stanem nakazanym”. W dyspozycji normy prawnej obowiązek – polegający na tym, że norma prawna ustanawia dla danego rodzaju adresatów i w danych warunkach nakaz lub zakaz określonego postępowania – wyrażany jest przez tryb oznajmujący czasownika. Nałożenie na adresata normy jakiegoś obowiązku stwarza dla niego zawsze sytuację ograniczającą swobodę dokonania wyboru zachowania. Tym samym, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed zatwierdzeniem wniosku o

płatność, Organ ma obowiązek dokonać stosownego ich pomniejszenia, stosując metodę dyferencyjną lub wskaźnikową.

W tym kontekście, Organ odwoławczy zwraca uwagę na fakt, że twierdzenia Strony zawarte we wniosku, że wydanie decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku „nie powinno mieć miejsca” oraz „uznać należy za pochojne” (s. 2 wniosku) są niezasadne. Toczące się obecnie postępowanie sądowo-administracyjne, na które powołuje się (...) we wniosku, dotyczy bowiem ostatecznej decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2021 roku. Decyzja ta utrzymała w mocy decyzję Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2021 roku, w której określono Stronie kwotę przypadającą do zwrotu w wysokości (...) zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków. Powyższa kwota wiązała się z nałożeniem 25% korekty finansowej na wydatki w uprzednio zatwierdzonych wnioskach o płatność: trzecim, czwartym piątym, ósmym i dziewiątym, a zatem dotyczyła okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej. Decyzja Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku dotyczy natomiast wydatków wykazanych przez Beneficjenta w dziesiątym wniosku o płatność i dokonanego przez Organ pomniejszenia, a zatem sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej. Orzeczenie przez Organ obowiązku zwrotu kwoty w wysokości (...) zł stało się przedmiotem odrębnego postępowania administracyjnego w związku z faktem, że Strona została wezwana do zwrotu kwoty (...) zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków w dniu (...) 2020 roku, a postępowanie administracyjne w sprawie orzeczenia obowiązku zwrotu powyższej kwoty zostało wszczęte w dniu (...) 2020 roku. Weryfikacja końcowego wniosku o płatność, w którym dokonano pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych o kwotę nieprawidłowości w wysokości (...) zł, została zakończona zaś w dniu (...) 2020 roku. W związku z powyższym, niezależnie od rozpoczętej już procedury odzyskiwania środków w kwocie (...) zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków, Instytucja Zarządzająca była zobligowana również do wszczęcia procedury odzyskiwania środków w wysokości (...) zł wynikających z pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków nieprawidłowych w końcowym wniosku o płatność. W tym zakresie w dniu (...) 2022 roku (...) została wezwana do zwrotu ww. środków w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Skoro zaś Strona nie uczyniła zadość wezwaniu na podstawie art. 207 ust. 8 pkt 1 u.f.p., IZ zobligowana był podjąć kroki

zmierzające do wydania decyzji administracyjnej, tj. decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku określającej kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, a zatem decyzji określonej w art. 207 ust. 9 u.f.p. (*vide*: wyrok Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 września 2017 roku, sygn. akt V SA/Wa 4499/15, LEX nr 2402258). Tym samym, niezależnie od toczącego się postępowania sądowo-administracyjnego w sprawie o sygn. akt I SA/Ke 703/21, postępowanie administracyjne w sprawie orzeczenia obowiązku zwrotu środków uznanych za niekwalifikowalne w końcowym wniosku o płatność jest odrębnym postępowaniem i dotyczy wydatków innych niż te, których dotyczy ostateczna decyzja Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2021 roku. Co więcej, decyzja wydana na podstawie art. 207 ust. 9 pkt 1 u.f.p. nie ma charakteru decyzji arbitralnej – na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy wdrożeniowej do zadań Instytucji Zarządzającej należy bowiem odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków, o których mowa w art. 207 ust. 9 u.f.p. Nie można zatem uznać argumentu, że wydanie decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku było pochopte i nie powinno mieć miejsca.

W następnej kolejności zadaniem Organu odwoławczego było ustalenie, czy naruszenie, o którym mowa w decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku, stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego. Celem tej regulacji jest ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej przed niewłaściwym wydatkowaniem środków publicznych przyznanych na realizację projektów współfinansowanych z funduszy strukturalnych. Zgodnie z ww. przepisem „nieprawidłowość” oznacza „każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”. Tym samym, aby można było mówić o zaistnieniu nieprawidłowości, muszą 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.

Organ odwoławczy wskazuje, że Instytucja Zarządzająca w decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku wyczerpująco i szczegółowo opisała każdą z przesłanek nieprawidłowości i wykazała, że nałożenie korekty nie wynikało z samego faktu naruszenia procedur, ale z działania Beneficjenta, które mogło spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej poprzez sfinansowanie nieuzasadnionego wydatku (*vide*: s. 51-56 decyzji I instancji). Organ odwoławczy stoi na stanowisku, iż w przedmiotowej sprawie nie można mieć żadnych wątpliwości, że doszło do powstania nieprawidłowości, która ma szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez wydatkowanie środków finansowych pochodzących z budżetu Unii Europejskiej niezgodnie z procedurami wskazanymi w art. 184 u.f.p. Bez wątplenia bowiem powstanie ujawnionych nieprawidłowości należy łączyć z działaniem Beneficjenta, które to doprowadziły do powstania szkody, której potencjalny charakter został kompleksowo omówiony w decyzji I instancji.

Po pierwsze, wskazać należy, że dla uznania, iż doszło do naruszenia procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p., wystarczające jest także naruszenie postanowień zawartych w Umowie lub Wytycznych w zakresie kwalifikowalności 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, który w wyroku z dnia 17 października 2019 roku uznał, że „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., do których stosowania zobowiązała się skarżąca podpisując umowę” (sygn. akt I GSK 1384/18, LEX nr 2744540). Stosowanie do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 marca 2018 roku „jako naruszenie można uznać wszelkie odstępstwo od zapisów umowy lub naruszenie przepisów prawa unijnego i krajowego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę (uszczerbek) w budżecie ogólnym. Tak więc wszelkie nieprawidłowości, które potencjalnie mogą skutkować wypłatą środków, które nie powinny być wypłacone w myśl warunków umowy lub przepisów prawa, są traktowane, jako nieprawidłowość” (sygn. akt I SA/Kr 143/18, LEX nr 2482999). Tym samym dla uznania, iż doszło do naruszenia przepisów prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, o których mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego, wystarczające jest zarówno naruszenie postanowień

zawartych w Umowie jak i wytycznych, do stosowania którego Beneficjent zobowiązał się na podstawie § 4 ust. 1 Umowy. Postanowienia dotyczące terminów stosowanych przy postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych zgodnie z zasadą konkurencyjności określone w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków są więc procedurami, których nieprzestrzeganie stanowi naruszenie procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, Organ odwoławczy stoi na stanowisku, że Beneficjent naruszył przepisy prawa unijnego i prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego. Naruszenie to polegało na wydatkowaniu środków przeznaczonych na zakup usług szkoleniowych 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 opisanej w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w sekcji 6.5.2 poprzez nieuzasadnione skrócenie terminu składania ofert. Zgodnie z treścią sekcji 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.” Z uwagi na to, że (...) nie był zobowiązany do stosowania ustawy u.p.z.p., powinien kierować się treścią Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, w których została unormowana zasada konkurencyjności.

W przypadku podmiotów niestosujących u.p.z.p. zasady przejrzystości w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówieni w oparciu o zasadę konkurencyjności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zostały określone w podrozdziale 6.5 pkt 1 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Zgodnie z powyższymi zasadami zamawiający jest zobowiązany do jednakowego traktowania wszystkich wykonawców biorących lub mogących wziąć udział w postępowaniu i otworzenia się na konkurencyjność postępowania poprzez umożliwienie pozyskania informacji o prowadzonym zamówieniu dysponującym potencjałem do złożenia oferty potencjalnym wykonawcom. Ze złamaniem zasady równości mamy do czynienia wówczas, gdy zamawiający traktuje w sposób preferencyjny jednego lub kilku wykonawców, utrudniając tym samym udział w postępowaniu innym. Zamawiający ma obowiązek zagwarantować wszystkim wykonawcom równe szanse otrzymania zamówienia. Organ odwoławczy stoi na stanowisku, że 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 rozesłanie im zapytania ofertowe. Zdaniem Organu odwoławczego skrócenie terminu składania ofert mogło mieć wpływ na liczbę złożonych ofert. W tym zakresie niczym nieuzasadnione są twierdzenia Strony zawarte we wniosku, że nie otrzymałby on i tak więcej ofert w odpowiedzi na upublicznione zapytanie ofertowe (s. 20 wniosku). Nie można bowiem wykluczyć, że w przypadku gdyby termin na składanie ofert wynosił nie mniej niż 30 dni (czyli zgodnie z terminem przewidzianym w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków), liczba złożonych ofert byłaby większa, a oferty wpłynęłyby również od innych podmiotów (*vide*: wyrok Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 17 października 2019 roku, sygn. akt III SA/Po 463/19, LEX nr 2742454; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 7 stycznia 2021 roku, sygn. akt. III SA/Lu 536/20, LEX nr 3179598). Ponadto, nie można się zgodzić z argumentacją Strony, że „dostęp do zamówienia został zapewniony wszystkim podmiotom” (s. 19 wniosku). Nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert z nie mniej niż 30 dni na 10 dni spowodowało, że nie wszyscy potencjalni zamawiający mieli możliwość dotarcia do zapytania ofertowego w tak krótkim czasie. Co więcej, potencjalni wykonawcy mogli nie mieć również wystarczającej ilości czasu na sporządzenie odpowiedniej oferty w odpowiedzi na zamówienie, które wymagało od nich dysponowania rozległą kadrą w różnych dziedzinach lub rekrutacji takiej kadry w ciągu maksymalnie 7 dni roboczych. Ponadto podnoszone przez Odwołującego się argumenty, że skoro żadne z podmiotów nie zwrócił się do Beneficjenta z wnioskiem o zmianę terminu składania ofert świadczy o tym, że uczciwa konkurencja nie została ograniczona ani utrudniona, są całkowicie chybione (s. 19 wniosku). Jak już wskazano w niniejszej decyzji dwie oferty, które zostały złożone w odpowiedzi na zapytanie ofertowe upublicznione w dniu (...) 2017 roku pochodzą od podmiotów, do których Beneficjent skierował zapytanie cenowe w dniu (...) 2017 roku (zapytanie w formie rozmowy telefonicznej), a następnie zapytanie ofertowe. W związku z powyższym, wskazani wykonawcy posiadali wiedzę już na kilka dni przed ogłoszeniem zamówienia, że Strona zamierza takie postępowanie przeprowadzić, mieli czas, by przygotowywać się do złożenia oferty oraz otrzymali bezpośrednio zapytania ofertowe w dniu umieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej, dzięki czemu mogli od razu przystąpić do gromadzenia niezbędnych dokumentów. Mając na uwadze powyższe, fakt, że żaden z potencjalnych zainteresowanych podmiotów nie zwrócił się do Beneficjenta z wnioskiem o zmianę terminu składania ofert, nie świadczy o przestrzeganiu przez Beneficjenta zasady uczciwej konkurencji i równym

traktowaniu wykonawców, ponieważ podmioty, które złożyły oferty dysponowały większą wiedzą i czasem niż inni potencjalni wykonawcy, gdyż zapytanie cenowe zostało do nich skierowane już w dniu (...) 2017 roku. Inne podmioty mogły zatem nie dotrzeć do zamówienia w odpowiednim czasie albo nie były w stanie skonstruować swojej oferty wraz z załącznikami w skróconym terminie składania ofert.

Organ odwoławczy podkreśla zatem, że biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, w szczególności wartość i stopień skomplikowania zamówienia, Beneficjent – wbrew swoim twierdzeniom zawartym we wniosku – wcale nie otworzył zamówienia na konkurencję, czym uchybił realizacji jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień w ramach projektu. Nieuprawnione skrócenie terminu składania ofert doprowadziło *de facto* do ograniczenia konkurencyjności, co potwierdza dodatkowo udział w postępowaniu jedynie podmiotów, które zostały wcześniej i bezpośrednio poinformowane o zamówieniu i do których zostały skierowane uprzednio zapytania cenowe.

Po drugie, w przypadku nieprawidłowości konieczne jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 rozporządzenia ogólnego podmiotem gospodarczym jest „każda osoba fizyczna lub prawna lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia 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.

W przedmiotowej sprawie, Beneficjent jako podmiot gospodarczy dopuścił się działania polegającego na naruszeniu postanowień Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (sekcja 6.5.2 pkt 8 lit. a ppkt vi). Pomimo ciążącego na nim obowiązku przeprowadzenia procedury wyłonienia wykonawcy usług o wartości powyżej 209 000,00 euro w oparciu o zasadę konkurencyjności, zgodnie z którą właściwy termin składania ofert wynosił nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego, Beneficjent zastosował termin 10-dniowy. Podkreślić należy, że na Stronie ciążył obowiązek starannego realizowania projektu, zgodnie z postanowieniami zawartymi w Umowie oraz Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków. W opinii Organu odwoławczego Beneficjent ww. 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 Europejskiej poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem, w związku z niezgodnym z prawem działaniem lub zaniechaniem podmiotu gospodarczego (tj. beneficjenta). Konieczne jest zatem przedstawienie logicznego następstwa zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem nieuzasadnionego wydatku z budżetu Unii Europejskiej. Podkreślenia wymaga fakt, że wywarcie szkodliwego wpływu na budżet Unii Europejskiej, o którym mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie. Zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej „szkoda powstaje w każdym przypadku, gdy podmiot otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z prawem. Należy zwrócić uwagę, że według TSUE do powstania szkody w budżecie UE nie jest wymagane powstanie faktycznego uszczerbku majątkowego w budżecie Unii” (*vide*: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 marca 2018 roku, sygn. akt I SA/Kr 143/18, LEX nr 2482999).

W przedmiotowej sprawie niewątpliwie naruszenie obowiązujących procedur co do rozliczenia otrzymanego dofinansowania spowodowało lub mogło spowodować powstanie szkody w budżecie Unii Europejskiej. Skrócenie terminu składania ofert o 20 dni, tj. 66,66%, 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. Określając wysokość korekty, Instytucja Zarządzająca wzięła pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe możliwe do poniesienia przez fundusze polityki spójności. W ramach przeprowadzanej analizy IZ uznała, że skrócenie terminu składania ofert z nie mniej niż 30 dni na 10 dni w znaczny sposób 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 ofertowe, gdyby Beneficjent zachował chociażby minimalny termin przewidziany w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, niemożliwym jest wyliczenie rzeczywistej straty finansowej powstałej w wyniku stwierdzenia 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. Zgodnie z § 26 ust. 3 Umowy w przypadku naruszenia przez Beneficjenta postanowień § 26 ust. 1 Umowy dotyczących obowiązku stosowania przy udzielaniu zamówień w ramach projektu u.p.z.p., zasady konkurencyjności lub rozeznania rynku na warunkach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, Instytucja Zarządzająca uznaje taki wydatek za niekwalifikowalny i może żądać zwrotu dofinansowania, zgodnie z załącznikiem nr 15 do Umowy. Stosownie zaś do § 26 ust. 5 Umowy w przypadku wejścia w życie rozporządzenia regulującego kwestię warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień załącznik wskazany w § 26 ust. 3 Umowy nie będzie stosowany. Stosowne rozporządzenie – rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 roku w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień (Dz. U. z 2016 r. poz. 200), zwane dalej „rozporządzeniem” – weszło w życie w dniu 6 marca 2016 roku. Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia (w wersji obowiązującej w dniu upublicznienia zapytania ofertowego, tj. w dniu 30 marca 2017 roku), w sytuacji gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obniżenie wartości korekty finansowej lub obniżenie wartości pomniejszenia oblicza się według podanych w rozporządzeniu wzorów. Na podstawie zaś § 5 ust. 2 rozporządzenia stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych są określone w załączniku do rozporządzenia. Punkt 15 załącznika „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych” do rozporządzenia stanowi, że w przypadku nieprawidłowości, która polega 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” zastosowanie znajdują 3 możliwe stawki procentowe:

- 1) 25% – w przypadku gdy ustalony termin został skrócony o więcej niż 50% terminu wymaganego lub stanowi 50% terminu wymaganego;

- 2) 10% – w przypadku, gdy ustalony termin został skrócony o więcej niż 30% terminu wymaganego lub stanowi 30% terminu wymaganego;
- 3) 5% – w pozostałych przypadkach (wysokość 5% może zostać obniżona do poziomu minimalnie 2% w przypadku, gdy ze względu na wagę nieprawidłowości indywidualnej korekta obliczona przy użyciu stawki 5% jest niewspółmierna).

W przedmiotowej sprawie zastosowanie znalazła zatem stawka 25%, gdyż ustalony termin składania ofert został skrócony o 66,66%, a zatem więcej niż 50% terminu wymaganego.

Należy więc uznać, że zaistnienie omawianej nieprawidłowości jednoznacznie i bezsprzecznie zobowiązywało IZ do nałożenia stosownej korekty finansowej, której stawka została w sposób indywidualny i adekwatny określona w pkt 15 załącznika do rozporządzenia w odniesieniu do nieprawidłowości indywidualnej polegającej na nieuprawnionym skróceniu terminu składania ofert.

Szkoda w wysokości (...) zł w odniesieniu do wydatków związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym stwierdzono nieprawidłowość i wykazanych przez Beneficjenta w końcowym wniosku o płatność (wniosek dziesiąty) została wyliczona w analogiczny sposób, w jaki zostało to uczynione w informacji pokontrolnej nr RPSW.(...) z dnia (...) 2017 roku w odniesieniu do wydatków nieprawidłowych w uprzednio zatwierdzonych wnioskach o płatność. Należy zwrócić uwagę na fakt, że Beneficjent został poinformowany bezpośrednio w informacji pokontrolnej, że w przypadku wykazania przez niego jakichkolwiek wydatków związanych z postępowaniem na zakup usług szkoleniowych w kolejnych wnioskach o płatność (a takie zostały przez niego wykazane w końcowym wniosku o płatność), należy w stosunku do nich zastosować 25% korektę finansową.

Z uwagi na brak możliwości wyliczenia szkody metodą dyferencyjną została ona w zakresie kwoty objętej postępowaniem, w którym stwierdzono nieprawidłowość, wyliczona metodą wskaźnikową z zastosowaniem 25% stawki korekty zgodnie z pkt 15 załącznika do rozporządzenia w następujący sposób:

- 1) kwota wydatków nieprawidłowych w kosztach bezpośrednich wyniosła (...) zł;
- 2) kwota wydatków nieprawidłowych w kosztach pośrednich, które zgodnie z § 5 ust. 3 Umowy stanowiły 15% kosztów bezpośrednich, wyniosła (...) zł ($15\% \times (\dots) \text{ zł}$);
- 3) kwota wydatków nieprawidłowych w kosztach bezpośrednich i pośrednich wyniosła łącznie (...) zł $(\dots) \text{ zł} + (\dots) \text{ zł}$;
- 4) po pomniejszeniu kwoty wydatków nieprawidłowych o wkład własny w kwocie (...) zł kwota wydatków nieprawidłowych z dofinansowania wyniosła (...) zł $(\dots) \text{ zł} - 8\,000,00 \text{ zł}$.

W stosunku do kwoty, o której mowa w pkt 4, została zastosowana 25% korekta finansowa. Tym samym, kwota wydatków niekwalifikowalnych podlegających zwrotowi wyniosła (...) **zł** (25% x (...) zł).

Organ zdecydował o nałożeniu korekty o wartości 25% na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia i pkt 15 załącznika do rozporządzenia w związku z nieprawidłowością indywidualną polegającą na nieuprawnionym skróceniu terminu składania ofert. Zastosowano stawkę 25%, ponieważ ustalony termin (10 dni) 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 podrozdziale 6.5 pkt 1 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków i w oparciu o stawkę ustaloną metodą wskaźnikową za tego typu naruszenie, która wynosi 25%.

Organ odwoławczy ponownie rozpatrując sprawę stanął na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą również okoliczności pozwalające na zastosowanie art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej, zgodnie z którą „w przypadku gdy nieprawidłowość indywidualna wynika bezpośrednio z działania lub zaniechania właściwej instytucji lub organów państwa korygowanie wydatków następuje przez pomniejszenie wydatków ujętych w deklaracji wydatków oraz we wniosku o płatność, przekazywanych do Komisji Europejskiej, o kwotę odpowiadającą oszacowanej wartości korekty finansowej wynikającej z tej nieprawidłowości”. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że z art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej wynika istotna praktyka nieobciążania beneficjentów nieprawidłowościami, będącymi konsekwencją działania lub zaniechania instytucji systemu wdrażania lub organów państwa. Tego rodzaju praktyka wynika już z samej istoty pojęcia „nieprawidłowości” i odpowiedzialności podmiotu jedynie za własne działania lub zaniechania. Tytułem przykładu beneficjent, który działa pod wpływem przymusu ze strony szeroko rozumianych władz publicznych, z prawnego punktu widzenia nie popełnia nieprawidłowości. Nieprawidłowość taka w ujęciu obiektywnym jest bezpośrednim rezultatem działania lub zaniedbania właściwej instytucji lub organów państwa. We wspomnianym wyżej art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej ustawodawca nie wyjaśnił jak należy rozumieć termin „właściwa instytucja”. W opinii IZ „instytucją właściwą” jest każda instytucja wdrażania mająca 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. Pojęcie „organ państwa” należy interpretować jako wszystkie organy administracji publicznej, w tym samorządu, które poprzez działania w ramach władztwa publicznego i w sposób niezgodny 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). Warto wspomnieć, że ustawa wdrożeniowa nie wskazuje, jak należy badać bezpośredniość wpływu zachowania wymienionych podmiotów na powstanie nieprawidłowości. W związku z powyższym, należy odnieść się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi: „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” (*vide*: Poździk, R. „Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020”, Wyd. Sejmowe, 2016). Mając na uwadze powyższe, należy jednoznacznie stwierdzić, iż Organ nie przyczynił się do powstania nieprawidłowości. W związku z czym Instytucja Zarządzająca była zobowiązana wszcząć postępowanie, zakończone wydaniem decyzji Zarządu Województwa Świętokrzyskiego nr (...) z dnia (...) 2022 roku. W przedmiotowej sprawie należało zatem orzec o zwrocie dofinansowania wydatkowanego z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p. Zgodnie bowiem z § 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”. Z uwagi na brak zwrotu kwoty wynikającej ze stwierdzonej nieprawidłowości Organ był zobligowany do wydania decyzji administracyjnej zgodnie z art. 207 ust. 9 u.f.p. Przepis ten zobowiązuje bowiem organy pełniące funkcje

właściwych instytucji po bezskutecznym upływie 14-dniowego terminu do zwrotu środków, do wydania decyzji określającej kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

Przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi szkoleniowe w ramach projektu (...) przed zawarciem Umowy, (...) robiła to na własne ryzyko. W przedmiotowej sytuacji Beneficjent był zobowiązany stosować wszystkie procedury związane z udzielaniem takiego zamówienia, w tym procedury zawarte w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Ustalenia Organu poczynione w postępowaniu I-instancyjnym wskazują, że skracając termin składania ofert z nie mniej niż 30 dni na 10 dni, Beneficjent uczynił to w sposób niedozwolony, naruszając procedury, o których mowa w art. 184 u.f.p. Należy wskazać, że decyzja Strony o skróceniu terminu była samowolna. Możliwość skrócenia terminu w przedmiotowej sytuacji Beneficjent nie skonsultował z IZ przed przeprowadzeniem zamówienia. Co prawda, w informacji pokontrolnej nr RPSW.(...) z dnia (...) 2018 roku Organ zaakceptował wyjaśnienia Strony co do możliwości skrócenia terminu, jednak powyższa informacja pokontrolna, w odróżnieniu od decyzji administracyjnej nie ma charakteru wiążącego. Powołanie się na wynik powyższej kontroli w przedmiotowej sprawie nie może stanowić skutecznej obrony Beneficjenta przed zwrotem środków wydatkowanych niezgodnie z procedurami, o których mowa w art. 184 u.f.p. Zdaniem Organu odwoławczego należy mieć na uwadze, że w praktyce często mają miejsce sytuacje, w których instytucje systemu wdrażania dochodzą do różnych wniosków odnośnie oceny prawidłowości zachowania domniemanego sprawcy nieprawidłowości. 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. Przepis art. 24 ust. 2 ustawy wdrożeniowej należy odczytywać w ten sposób, że kolejna kontrola może podważyć błędne wyniki wcześniejszej kontroli. Takie ujęcie mocy prawnej kontroli jest spójne z wyłączeniem stosowania k.p.a. w postępowaniach kontrolnych, wyrażonym w art. 24 ust. 4 ustawy wdrożeniowej. Wśród konsekwencji niestosowania k.p.a. dodatkowo wskazać należy brak związania wynikami kontroli w relacji organ-beneficjent (inaczej niż w art. 16 §1 k.p.a.).

Stanowisko takie prezentowane jest również w orzecznictwie sądów administracyjnych. W wyroku z dnia 12 czerwca 2014 roku Naczelny Sąd Administracyjny jednoznacznie

stwierdził, że w postępowaniu o zwrot należności nieprawidłowo pobranych ustalenia dotyczące korekty podjęte w toku postępowania kontrolnego nie wiążą organu orzekającego o zwrocie, a stanowią jedynie element faktyczny w sprawie (sygn. akt II GSK 2080/13, LEX nr 1519099). Co więcej, na podstawie § 20 ust. 1 Umowy ocena kwalifikowalności wydatków mogła być dokonywana na każdym etapie realizacji projektu poprzez ocenę wniosków o płatność oraz w trakcie kontroli na miejscu, w szczególności w miejscu realizacji projektu lub siedzibie Beneficjenta. Tym samym, zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lutego 2015 roku na każdym etapie realizacji projektu „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 k.p.a., 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” (sygn. akt V SA/Wa 2488/14, LEX nr 1729733). W tym zakresie należy podkreślić, 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. Tym samym, Instytucja Zarządzająca nie była związana ustaleniami informacji pokontrolnej z dnia (...) 2018 roku – w przeprowadzonym postępowaniu administracyjnym stanowiły one jedynie element stanu faktycznego. Po otrzymaniu wyniku audytu operacji przeprowadzonego przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, który po weryfikacji przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia rekomendował nałożenie na przedmiotowe postępowanie 25% korekty finansowej, IZ dokonała ponownej analizy prawidłowości tego postępowania i przychyliła się do ustaleń IA, zgodnie z którymi skrócenie terminu było nieuzasadnione. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że Instytucja Audytowa, będąc organem niezależnym od instytucji zarządzającej i instytucji certyfikującej, była uprawniona do własnej oceny stanu faktycznego. Zgodnie bowiem z art. 127 ust. 1 rozporządzenia ogólnego IA jest odpowiedzialna za weryfikację skutecznego działania

systemu zarządzania i kontroli. Niezależność tej instytucji oraz wykonywanie czynności zgodnie z uznanymi w skali międzynarodowej standardami audytu zostały wyraźnie określone w przepisach unijnych (*vide*: art. 124 ust. 2 rozporządzenia ogólnego). Poprzez prowadzenie audytów Instytucja Audytowa zapewnia prawidłowe funkcjonowanie systemu zarządzania i kontroli programu operacyjnego. Jednym z podstawowych obowiązków IA jest składanie do Komisji Europejskiej rocznych sprawozdań z przeprowadzonych audytów (*vide*: 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 (*vide*: art. 139 ust. 1 rozporządzenia ogólnego), które przekazuje ona również Instytucji Zarządzającej (art. 21 ust. 2 ustawy wdrożeniowej). W związku z powyższym, Instytucja Zarządzająca jest zobowiązana na podstawie art. 50 rozporządzenia ogólnego uwzględniać w rocznym sprawozdaniu z realizacji programu operacyjnego przedkładanym do Komisji Europejskiej wyniki audytów wynikające ze sprawozdania Instytucji Audytowej. Przechodząc więc na grunt przedmiotowej sprawy, należy zaznaczyć, że mimo iż Instytucja Zarządzająca i Instytucja Audytowa dokonały odmiennej oceny w zakresie prawidłowości skrócenia terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi szkoleniowe, którego wartość przekraczała 209 000,00 euro, to Instytucja Zarządzająca była związana wynikami audytu i zawarła w jego treści oceną co do konieczności nałożenia 25% korekty finansowej. Wynika to z roli Instytucji Audytowej i związania wynikami audytów przez pozostałe instytucje zaangażowane w system zarządzania i kontroli programem operacyjnym.

Organ odwoławczy zwraca również uwagę na fakt, że stosownie do art. 24 ust. 2 ustawy wdrożeniowej „niestwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości w toku wcześniejszej kontroli przeprowadzonej przez właściwą instytucję nie stanowi przesłanki odstąpienia od odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 lub 11, w przypadku późniejszego stwierdzenia jej wystąpienia”. Instytucja Zarządzająca może więc – pomimo niewykrycia nieprawidłowości we wcześniej prowadzonej kontroli – w kolejnych kontrolach dotyczących tego samego zakresu przedmiotowego, wykazywać nieprawidłowości w realizacji projektów. Omawiany przepis należy też odczytywać w ten sposób, że kolejna kontrola może podważyć błędne wyniki wcześniejszej kontroli (*vide*: Poździk, R. „Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020”, Wyd. Sejmowe, 2016). Mając na uwadze powyższe, w przedmiotowej sprawie prawnie dopuszczalne było podważenie przez Instytucję Zarządzającą

w informacji pokontrolnej z dnia (...) 2019 roku błędnych wyników zawartych w informacji kontrolnej z dnia (...) 2018 roku. Co więcej, z wyrażonej dyspozycji art. 24 ust. 2 ustawy wdrożeniowej wynika brak związania Organu ustaleniami wcześniejszych kontroli w kontekście stwierdzenia istnienia nieprawidłowości, a fakt jej ujawnienia dopiero na późniejszym etapie nie może stać na przeszkodzie dokonania korekty finansowej.

W następnej kolejności należy odnieść się do kwestii ochrony uzasadnionych oczekiwań Beneficjenta, który działając w zaufaniu do 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. Należy wskazać, że zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań Beneficjenta wynika z zasady pewności prawa. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny zasada ta służy zagwarantowaniu komplementarnej ochrony prawnej jednostki w stosunkach administracyjnych z organami władzy publicznej (*vide*: Prus, L. „W kwestii ochrony uzasadnionych oczekiwań prawie administracyjnym UE. Glosa do wyroku TS z dnia 19 maja 1992 roku w sprawach połączonych C-104/89 i C-37/90, Europejski Przegląd Sądowy 2012, nr 3, s. 33). W tym miejscu należy zaznaczyć, że skorzystanie z powyższej zasady jest obwarowane łącznym wystąpieniem trzech konkretnych warunków. Zgodnie z pierwszym – organy administracji publicznej (krajowej lub unijnej) poprzez swoje zachowanie muszą przekazać zainteresowanemu dokładne, bezwarunkowe i zgodne zapewnienie, pochodzące od uprawnionych i wiarygodnych źródeł. Zgodnie z drugim – zapewnienia te muszą być takiego rodzaju, aby wzbudzały u podmiotu, do którego są skierowane, uzasadnione oczekiwanie. Trzeci z warunków polega na tym aby, udzielone zapewnienia były zgodne z właściwymi przepisami, a związana z ich udzieleniem ochrona interesu indywidualnego nadrzędna nad interesem publicznym.

Przechodząc od zagadnień teoretycznoprawnych na grunt niniejszej sprawy, Organ odwoławczy podtrzymuje stanowisko wyrażone w decyzji I instancji, zgodnie z którym na zasadę pewności prawa nie mogą powołać się podmioty, które naruszyły warunki przyznania pomocy z funduszy unijnych (*vide*: Wyrok Sądu pierwszej instancji (piąta izba) z dnia 26 września 2002 roku Sgaravatti Mediterranea przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, sprawa T-199/99, Zb. Orz. 2020 s. 3731; wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 12 grudnia 1985 roku Sideradria przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, sprawa C-67/84, Zb. Orz. 1985, s. 3983). Zdaniem Instytucji Zarządzającej 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 (tj. (...)), pomimo naruszenia regulacji unijnych. W związku z powyższym, Organ odwoławczy stoi na stanowisku, że Beneficjent w przedmiotowej sprawie nie może powołać się na zasadę uzasadnionych oczekiwań.

Co więcej, w ocenie Organu odwoławczego nie doszło do naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, a Instytucja Zarządzająca ustaliła wszystkie okoliczności niezbędne do wydania rozstrzygnięcia w tej sprawie. Odniosła się wyczerpująco do wszelkich okoliczności mających wpływ na wynik sprawy, a przyjęte wnioski szczegółowo uzasadniła, przywołując mające zastosowanie w sprawie przepisy prawa, Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków oraz postanowienia Umowy. W tym zakresie należy podkreślić, że nie świadczy o naruszeniu przepisów postępowania poczynienie ustaleń w efekcie niekorzystnych dla Strony czy nieuwzględnienie przeciwnego do zajętego w sprawie stanowiska Odwołującego się.

Podkreślenia wymaga również fakt, że dotacje przekazywane w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego są środkami publicznymi. Stosownie do art. 44 ust. 3 u.f.p. wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. IZ jako organ administracji publicznej jest zobowiązana do wydatkowania środków publicznych w sposób celowy, oszczędny i efektywny. Tym samym, Instytucja Zarządzająca 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 odwoławczego było również ustalenie, czy w postępowaniu w I instancji poprawnie zastosowano przerwę w naliczaniu odsetek. Stosownie do art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej „nie nalicza się odsetek zwłokę 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 na grunt przedmiotowej sprawy, Organ odwoławczy stwierdza, że termin, o którym mowa w powyższym przepisie, został przekroczony – postępowanie

administracyjne wszczęto w dniu (...) 2022 roku, zaś decyzję I instancji doręczono Stronie w dniu (...) 2022 roku. Tym samym, zaszyły podstawy do orzeczenia przerwy w naliczaniu odsetek od dnia (...) 2022 roku do dnia (...) 2022 roku.

Organ odwoławczy rozważył również zastosowanie postanowienia art. 54 § 1 pkt 3 Ordynacji podatkowej, zgodnie z którym „odsetek za zwłokę nie nalicza się za okres od dnia następnego po upływie terminu, o którym mowa w art. 139 § 3 Ordynacji do dnia doręczenia decyzji organu odwoławczego, jeżeli decyzja organu odwoławczego nie została wydana w terminie, o którym mowa w art. 139 § 3”. Przywołany zaś art. 139 § 3 Ordynacji podatkowej stanowi, że „załatwienie sprawy w postępowaniu odwoławczym powinno nastąpić nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia otrzymania odwołania przez organ odwoławczy, a sprawy, w której przeprowadzono rozprawę lub strona złożyła wniosek o przeprowadzenie rozprawy - nie później niż w ciągu 3 miesięcy”. Przekładając powyższe przepisy na grunt przedmiotowej sprawy, wskazać należy, że termin, o którym mowa w art. 139 § 3 Ordynacji podatkowej został przekroczony. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy wpłynął do IZ w dniu (...) 2022 roku. Od tego dnia należy liczyć bieg dwumiesięcznego terminu, od którego przekroczenia zależy przerwa w naliczaniu odsetek. Dwumiesięczny termin, o którym mowa w art. 139 § 3 Ordynacji podatkowej, upłynął zatem w dniu (...) 2022 r. Tym samym, w sprawie zachodziły podstawy do orzeczenia przerwy w naliczaniu odsetek w postępowaniu przed Organem II instancji od dnia (...) 2022 r. do dnia doręczenia decyzji wydanej po przeprowadzeniu postępowania II instancyjnego. W związku z faktem, że w dniu (...) 2023 roku Strona dokonała na rachunek IZ wpłaty kwoty przypadającej do zwrotu wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, zgodnie z art. 207 ust. 2a u.f.p. odsetki nalicza się do dnia zwrotu środków.

Mając na uwadze całokształt okoliczności sprawy, Organ odwoławczy orzeka jak w sentencji.

Pouczenie

Niniejsza decyzja jest ostateczna w administracyjnym toku instancji.

Zgodnie z art. 53 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2023 r. poz. 1634) Stronie przysługuje prawo wniesienia skargi na niniejszą decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach w terminie 30

dni od dnia jej doręczenia. Skargę wnosi się za pośrednictwem Zarządu Województwa Świętokrzyskiego.

Zgodnie z § 1 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2021 r. poz. 535) wpis od skargi w sprawie należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem wynoszącej ponad 50 000,00 zł do 100 000,00 zł – 2 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 1 500,00 zł. Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

MARSZAŁEK
WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO
ANDRZEJ BĘTKOWSKI
(dokument podpisano elektronicznie)

Decyzję otrzymują:

- 1) (...)
- 2) a/a