

IR-XIV.432.2.2016.2022

DECYZJA NR 311/23
ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO

z dnia 29 listopada 2023 roku

wydana w składzie:

- 1) Marek Bogusławski - Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 2) Renata Janik - Wicemarszałek Województwa Świętokrzyskiego
- 3) Marek Jońca - Członek Zarządu Województwa Świętokrzyskiego

Na podstawie art. 60 pkt 6, art. 61 ust. 4, art. 67 ust.1 oraz art. 207 ust.1 pkt 2 i art. 207 ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270, z późn. zm.), art. 104, art. 107 § 1-3 oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023 r. poz. 775, z późn. zm.), art. 6 i art. 9 ust. 1 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r. poz. 818, z późn. zm.), art. 41 ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2094, z późn. zm.),

po rozpatrzeniu wniosku: pani ..., zamieszkałej, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą: z siedzibą,

w sprawie:

ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej decyzją nr ... z dnia maja 2023 r. wydaną przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego określającą pani, przypadającą do zwrotu kwotę dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPSW.02.05.00-26-.....19-00, termin od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu: 29 listopada 2023 r.

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

orzeka:

utrzymać w mocy decyzję nr Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia maja 2023 r.

Uzasadnienie

Przedmiotem wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wniesionego przez panią prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: „..... z siedzibą (zwaną dalej: „Beneficjentem” lub „Stroną”) jest podjęta w dniu ... maja 2023 r. przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwaną dalej „Instytucja Zarządzająca”, „IZ” lub „Organem”), decyzja administracyjna nr (zwaną dalej „decyzja nr”) orzekająca o zwrocie przez Beneficjenta dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (zwanego dalej „EFRR”) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwanego dalej: „RPOWŚ 2014-2020”) na podstawie umowy nr RPSW.02.05.00-26-.../19-00 zawartej w dniu września 2020 r. o dofinansowanie projektu pn.: „.....” (zwaną dalej „umowa o dofinansowanie”).

W przedmiotowej decyzji zgodnie z art. 207 ust. 12a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270, z późn. zm.), (zwanego dalej „u.f.p.”), zawarto pouczenie o możliwości zwrócenia się do Instytucji Zarządzającej z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia lub wniesienia do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach skargi na decyzję w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy wpłynął do Instytucji Zarządzającej w dniu 25 maja 2023 r., a nadany został w dniu 23 maja 2023 r. tj. w przewidzianym prawem terminie.

W przedmiotowym wniosku Beneficjent zawnioskował „o ponowne rozpatrzenie sprawy i uchylene przedmiotowej decyzji” gdyż „w przekonaniu Beneficjenta w trakcie procedowania sprawy doszło do naruszenia szeregu przepisów administracyjnych jak i przepisów ustaw szczególnych, na które powoływał się Organ”.

Właściwość Zarządu Województwa Świętokrzyskiego wykonującego zadania Instytucji Zarządzającej do rozpatrzenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wynika z art. 207 ust. 12a pkt 1 u.f.p. Zgodnie z art. 67 ust.1 w zw. z art. 60 pkt 6 u.f.p. do spraw dotyczących należności z tytułu zwrotu płatności dokonanych w ramach programów finansowanych z udziałem środków europejskich stosuje się przepisy ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego, (zwany dalej „k.p.a.”) i odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2023 r., poz. 2383, z późn. zm.). W związku z powyższym, na podstawie art. 127 § 3 k.p.a. wniosek Strony o ponowne rozpatrzenie sprawy dotyczący zwrotu środków przekazanych w ramach dofinansowania 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 przednio decyzji oraz do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy.

W wyniku analizy materiałów zgromadzonych w sprawie Instytucja Zarządzająca stwierdza, że wydana w dniu ...maja 2023 r. decyzja Instytucji Zarządzającej nr określająca Beneficjentowi przypadającą do zwrotu kwotę dofinansowania ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, udzielonego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPSW.02.05.00-26-..../19-00, termin od którego nalicza się odsetki oraz sposób zwrotu środków, została wydana w sposób prawidłowy i tym samym utrzymuje ją w mocy.

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

Instytucja Zarządzająca ogłosiła w dniu marca 2019 r. jednoetapowy konkurs zamknięty nr RPSW.02.05.00-IZ.00-26-..../19 na dofinansowanie projektów ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi priorytetowej 2 Konkurencyjna gospodarka Działanie 2.5 Wsparcie inwestycyjne sektora MŚP. Pomoc de minimis do 200.000,00 zł. Nabór wniosków o dofinansowanie ustalono na okres od 29 kwietnia 2019 r. do 29 lipca 2019 r. W treści ogłoszenia o ww. konkursie zawarto informację, że szczegółowe zasady składania wniosków zostały zamieszczone w Regulaminie jednoetapowego konkursu zamkniętego nr RPSW.02.05.00-IZ.00-26-..../19, dostępnym na stronie internetowej Instytucji Zarządzającej tj.

www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl oraz na portalu Funduszy Europejskich

www.funduszeuropejskie.gov.pl.

Przedmiotowy regulamin, będący załącznikiem do Uchwały nr 370/19 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 20 marca 2019 r. stanowił uszczegółowienie informacji zawartych w ww. ogłoszeniu konkursowym.

Przed sporządzeniem wniosku o dofinansowanie każdy wnioskodawca był zobowiązany do zapoznania się z załączonymi do Regulaminu konkursu dokumentami, zamieszczonymi na stronie internetowej www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl, w skład których wchodziły m.in.:

- „Wzór formularza wniosku o dofinansowanie projektu w ramach Osi priorytetowych 1-7 regionalnego Programu Operacyjnego województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (załącznik nr 2),
- „Wzór Umowy o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014 – 2020” (załącznik nr 10).

Ponadto, każdy wnioskodawca zgodnie z niniejszym Regulaminem zobowiązany był również do zapoznania się z dokumentem pn. „Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020”, opracowanym przez Ministra Infrastruktury i Rozwoju, zamieszczonym na stronie internetowej www.funduszeuropejskie.gov.pl.

Jednocześnie w wykazie obowiązujących aktów prawnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwany dalej: „RPOWS 2014-2020”) we wzorze Umowy o dofinansowanie, zamieszczonym na stronie internetowej www.2014-2020.rpo-swietokrzyskie.pl, wskazano, iż obowiązują zapisy Ustawy z dnia 11 lipca 2014r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, zwanej dalej: „ustawą wdrożeniową”.

Ponadto, w wykazie obowiązujących aktów prawnych znajdującym się w ww. wzorze Umowy o dofinansowanie wskazano, iż obowiązują zapisy Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie

Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347/320 z 20 grudnia 2013 r.), zwanego dalej:
„Rozporządzeniem 1303/2013”.

Ponadto, w ww. wzorze umowy o dofinansowanie projektu zamieszczono definicję pojęcia:

- 1) wytycznych (§ 1 ust. 4),
- 2) wydatków kwalifikowalnych (§ 1 ust. 8),
- 3) umowy (§ 1 ust. 11),
- 4) nieprawidłowości (§ 1 ust. 41),
- 5) korekty finansowej (§ 1 ust. 42),
- 6) zamówienia publicznego (§ 1 ust. 43).

Ponadto, w § 3 ust. 1 ww. wzoru umowy o dofinansowanie projektu określono obowiązek Beneficjenta polegający na jego zobowiązaniu *„do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i krajowego, w szczególności w oparciu o ustawę o finansach publicznych w zakresie dotyczącym wydatkowania środków publicznych, a także procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie celów, w tym wskaźników produktu i rezultatu, o których mowa w § 7 Umowy w trakcie realizacji Projektu oraz w okresie jego trwałości”*.

W dalszej części ww. wzoru umowy wskazano w § 10, że *„Jeżeli zostanie stwierdzone, że Beneficjent wykorzystał całość lub część dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem, bez zachowania obowiązujących procedur, lub pobrał całość lub część dofinansowania w sposób nienależny albo w nadmiernej wysokości, Beneficjent zobowiązuje się do zwrotu tych środków, odpowiednio w całości lub w części, wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków na rachunek Beneficjenta do dnia zwrotu tych środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie”*, a w przypadku, gdy te środki, podlegające zwrotowi nie zostałyby w odpowiednim terminie zwrócone przez Beneficjenta to Zarząd Województwa Świętokrzyskiego wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin od którego nalicza się odsetki (vide § 10 ust. 5 wzoru umowy).

Ponadto, w § 12 ust. 1 wzoru umowy wskazano, że przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu Beneficjent stosuje Pzp oraz zapisy wytycznych, o których mowa w § 1 ust. 4 lit. e. Następnie w § 12 ust. 4 wzoru umowy wskazano, iż: *„Beneficjent zobowiązany jest w szczególności do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Projektu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.”* W dalszej części wzoru umowy o dofinansowanie tj. § 12 ust. 11 wskazano

Beneficjentowi, iż w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta zasad określonych w ust. 1 Instytucja Zarządzająca uznaje taki wydatek za niekwalifikowalny w Projekcie i może zastosować korekty finansowe zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2016 r., poz. 200 z późn. zm.).

Do przedmiotowego konkursu Beneficjent przystąpił, składając w dniu ... lipca 2019 r. wniosek o dofinansowanie projektu pn.: „.....” na wnioskowaną kwotę dofinansowania w wysokości:000,00 zł.

W wyniku przeprowadzonej oceny formalnej i merytorycznej, przedmiotowy wniosek o dofinansowanie, zwany również „Projektem”, na podstawie Uchwały Nr .../20 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia maja 2020 został zakwalifikowany do wsparcia w ramach Działania 2.5 w kwocie dofinansowania w wysokości: zł, uzyskując ... punkty i miejsce na liście rankingowej projektów złożonych i wybranych do wsparcia w ramach przedmiotowego konkursu.

Instytucja Zarządzająca zawarła w dniu ... września 2020 r. z panią, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: „..... z siedzibą, Umowę nr RPSW.02.05.00-26-.../19-00 o dofinansowanie Projektu nr RPSW.02.05.00-26-.../19 pn.: „.....” na kwotę dofinansowania ze środków EFRR w łącznej wysokości: zł.

Umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem w dniu września 2020 r. w porównaniu do ww. wzoru umowy obowiązującego na moment złożenia wniosku o dofinansowanie, zawierała zaktualizowane postanowienia, zgodnie z obowiązującym na dzień jej podpisania wzorem umowy o dofinansowanie. Beneficjent zobowiązany był do zapoznania się z warunkami i postanowieniami zawartymi w przedmiotowej Umowie o dofinansowanie przed jej podpisaniem. W niniejszej Umowie o dofinansowanie znalazły się wszystkie wyżej omówione postanowienia zawarte w jej wzorze, stanowiącym załącznik do ww. Regulaminu konkursu zamkniętego.

W związku z czym, Beneficjent podpisując ww. umowę o dofinansowanie został poinformowany, że zobowiązany jest do realizacji Projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie zobowiązującymi przepisami prawa unijnego i krajowego, w szczególności w oparciu o zapisy wytycznych horyzontalnych oraz zgodnie z procedurami w ramach Programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie i utrzymanie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie.

W oparciu o zatwierdzony w dniu stycznia 2021 r. wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.02.05.00-26-...../19-001 Instytucja Zarządzająca w dniu lutego 2021 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR: 000,00 zł.

W dniu ... maja 2021 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynął wniosek o płatność nr RPSW.02.05.00-26-...../19-002 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: zł. Wobec czego pozostały do rozliczenia środki zaliczki w wysokości zł. Dokonana w dniach od ... do ... października 2021 r. kontrola w zakresie prawidłowości przeprowadzenia przez Beneficjenta właściwych procedur dotyczących udzielenia zamówień publicznych nie wykazała nieprawidłowości w ramach wydatków rozliczanych w przedmiotowym wniosku o płatność (Informacja Pokontrolna nr KC-I.432.....1...../.....-1 z dnia października 2021 r.).

W oparciu o zatwierdzony w dniu maja 2021 r. wniosek o płatność pośrednią nr RPSW.02.05.00-26-..../19-003 Instytucja Zarządzająca w dniumaja 2021 r. przekazała Beneficjentowi wnioskowaną płatność zaliczkową w kwocie środków EFRR:000,00 zł.

W dniusierpnia 2021 r. do Instytucji Zarządzającej wpłynął wniosek o płatność nr RPSW.02.05.00-26-..../19-004 na kwotę ujętego do rozliczenia dofinansowania z EFRR w wysokości: zł. Wobec czego pozostały do rozliczenia środki zaliczki w wysokości zł. Dokonana w dniach od ... do ... lutego 2022 r. oraz na dodatkowo zamieszczonych dokumentach w systemie SL do dnia kwietnia 2022 r. kontrola w zakresie prawidłowości przeprowadzenia przez Beneficjenta właściwych procedur dotyczących udzielenia zamówień publicznych w ramach wydatków rozliczanych w przedmiotowym wniosku o płatność stwierdziła uchybienia i nieprawidłowości w ramach postępowania na kontynuację robót budowlanych w zakresie rozbudowy (Informacja Pokontrolna nr KC-I.432.....1.2../...-2 z dnia ... kwietnia 2022 r.). Postępowanie zostało wszczęte

... lutego 2021 r. poprzez zamieszczenie zapytania ofertowego na stronie <https://.bazakonkurencyjnosfunduszeuropejskie.gov.pl> (nr ogłoszenia

W wyniku przeprowadzonego postępowania nie wpłynęła żadna oferta, wobec czego Beneficjent w dniumarca 2021 r. dokonał rozeznania rynku u trzech potencjalnych wykonawców czego efektem było podpisanie w tym samym dniu umowy na roboty budowlane nr .../2021 z Wykonawcą – Kielce, na warunkach ustalonych w zamówieniu. Wartość wynagrodzenia Wykonawcy została ustalona w wysokości 000,00 zł netto z terminem realizacji umowy doczerwca 2021 r.

Instytucja Zarządzająca stwierdziła, że przeprowadzone postępowanie miało istotne wady wobec czego Beneficjent nie był uprawniony do wyłonienia wykonawcy z „wolnej ręki”. Zgodnie z pkt 7 podrozdziału 6.5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków „możliwe jest nie stosowanie procedur określonych w sekcjach 6.5.1 i 6.5.2. przy udzielaniu zamówień w następujących przypadkach:

a) w wyniku prawidłowego zastosowania zasady konkurencyjności określonej w sekcji 6.5.2 nie wpłynęła żadna oferta lub wpłynęły tylko oferty podlegające odrzuceniu, albo wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu; zawarcie umowy w sprawie realizacji zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności jest możliwe, gdy pierwotne warunki zamówienia nie zostały zmienione.

W trakcie weryfikacji przedmiotowego postępowania Zespół Kontrolny stwierdził następujące uchybienia i nieprawidłowości:

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W niniejszym postępowaniu w opisie przedmiotu zamówienia zostało jedynie wskazane, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i materiały budowlane niezbędne do wykonania rozbudowy budynku usługowego –”, od stanu surowego zamkniętego, zgodnie z zakresem robót określonym w dokumentacji projektowej, która zostanie udostępniona do wglądu po uprzednim kontakcie potencjalnego oferenta z Zamawiającym. W związku z powyższym przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, gdyż nie wskazano w nim szczegółowego zakresu prac, parametrów ani też wymogów ilościowych i jakościowych związanych z przedmiotem zamówienia, a zatem brak upublicznienia pełnego opisu przedmiotu zamówienia oraz możliwość pozyskania istotnej jego części jedynie w wyniku kontaktu z Zamawiającym potraktować należy jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jedynym bowiem źródłem wiedzy na temat wymogów dotyczących robót budowlanych mogła być dokumentacja projektowa znajdująca się w posiadaniu Zamawiającego, do której dostęp został przez Zamawiającego ograniczony, co utrudniło potencjalnym wykonawcom udział w postępowaniu. Dodatkowo Zespół kontrolny stwierdził, że na podstawie opublikowanego przez Beneficjenta zapytania ofertowego nie było możliwe złożenie oferty spełniającej wymogi Zamawiającego, a niemożność ta miała przy tym charakter obiektywny, co oznaczało, że żaden potencjalny wykonawca nie byłby w stanie spełnić wymagań

Zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie informacji zawartych w zapytaniu ofertowym (niezawierających dokumentacji projektowej). Ponadto, w związku z brakiem dokumentacji projektowej pod ogłoszeniem o zamówieniu Zespół kontrolujący nie mógł stwierdzić, czy nie doszło również do naruszenia opisu przedmiotu zamówienia poprzez użycie odniesień do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, które mogłyby doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewyższające wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 8 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W niniejszym postępowaniu w opisie warunków, jakie musi spełnić oferent w zakresie wymaganych dokumentów/oświadczeń oraz wiedzy i doświadczenia zostało określone, że oferent musi spełniać warunki oraz przedłożyć dokumentację potwierdzającą ich spełnienie, tj. wykazać realizację co najmniej 2 podobnych zamówień w okresie ostatnich 3 lat od upływu terminu składania ofert (a jeśli okres działalności jest krótszy – w tym czasie co najmniej jednego zamówienia), gdzie wartość każdego zamówienia wynosiła min. 000,00 zł netto. Z notatki z szacowania wartości zamówienia z dnia2021 r. wynika, że szacunkowa wartość robót budowlanych związanych z rozbudową stanowi wartość 000,00 zł netto. Zatem wartość zamówienia/-ń wymaganego/-ych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest o 25% wyższa od szacunkowej wartości zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, że w związku z brakiem ofert, Zamawiający dokonał rozeznania rynku wśród firm, które realizowały podobne zamówienia o wartości poniżej szacowanej wartości zamówienia. Poprzez wadliwe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Beneficjent sformułował w przeprowadzonym postępowaniu warunek udziału w postępowaniu dotyczący realizacji podobnych robót budowlanych w sposób nieproporcjonalny i dyskryminujący potencjalnych wykonawców. Przedmiotowe działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie do wystąpienia szkody po stronie budżetu UE.

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji” w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencyjności oraz równego traktowania Wykonawców co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 9 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W przedmiotowym

postępowaniu w ramach ww. kryterium można było uzyskać max. ...pkt, poprzez porównanie okresu gwarancji w ofercie badanej do okresu gwarancji w ofercie z najdłuższym okresem gwarancji, bez wskazania górnej granicy gwarancji, powyżej której nie będzie już przyznawana wyższa punktacja. W przedmiotowej sprawie opis kryterium oceny ofert pod kątem okresu gwarancji jakości na wykonanie zamówienia dokonany został w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Beneficjent, wskazując kryterium oceny ofert: "okres gwarancji" w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przyjętej punktacji powinien określić minimalne i maksymalne wymagania co do okresu oczekiwanej gwarancji, co stanowiłoby punkt odniesienia dla potencjalnych wykonawców i korespondowałoby z postawionymi wymaganiami w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał w przyjętej metodologii dolnej i górnej granicy gwarancji, na podstawie której będzie przyznawana odpowiednia punktacja. Powinien przynajmniej określić górną granicę okresu gwarancji. Powyższe doprowadziło do naruszenia uczciwej konkurencji, gdyż przewagę mógł uzyskać wykonawca, który wskazałby najdłuższy a niekoniecznie też realny okres gwarancji, de facto eliminując możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, którzy mimo przedstawiania krótszego okresu gwarancji, również byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca na podstawie art. 143 Rozporządzenia 1303/2013 ustaliła wartość pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w następujący sposób:

$$W_p = W\% \times W_{kw} = 100\% \times 22\,764,23 \text{ zł} = 22\,764,23 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

W_p – wartość pomniejszenia,

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

$W\%$ – stawka procentowa wskazana w pkt 1 załącznika do Rozporządzenia Ministra Finansów,

Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 2371 j.t.) pn.:

„Stawki procentowe przy obniżeniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych”, z tytułu nieuzasadnionego, bezpośredniego udzielenia zamówienia w związku z tym, iż przeprowadzone postępowanie miało istotne wady i Beneficjent nie był uprawniony do wyłonienia wykonawcy „z wolnej ręki”.

Jednocześnie biorąc pod uwagę montaż finansowy i 85 % poziom dofinansowania, obniżenie wartości korekty finansowej wydatków ujętych we wnioskach o płatność nr RPSW.02.05.00-26-0..../19-004 wyniosło:

$$22\,764,23 \text{ zł} * 85\% = 19\,349,60 \text{ zł}.$$

Biorąc pod uwagę powyższe, Instytucja Zarządzająca zaleciła pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../19-004 o kwotę wydatków kwalifikowalnych w wysokości ... zł, w tym dofinansowanie ... zł. Jednocześnie biorąc pod uwagę, że w kontrolowanym wniosku o płatność Beneficjent nie przedstawił wszystkich wydatków związanych z przedmiotowym zamówieniem, Instytucja Zarządzająca zaleciła pomniejszenie 100% kosztów kwalifikowalnych dla tego zamówienia w każdym kolejnym wniosku o płatność.

Beneficjent w dniu ... maja 2022 r. wniósł zastrzeżenia co do pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-.../19-004, w związku z ustaleniami zespołu kontrolnego zawartymi w Informacji pokontrolnej nr KCI.432.....1.../...-2 wskazując, że zespół kontrolny nie udowodnił, że wskazana nieprawidłowość miała jakiegokolwiek skutki finansowe, a więc wpłynęła na powstanie uszczerbku w budżecie Unii Europejskiej, czy też zniechęciła kogokolwiek do złożenia oferty. Dodatkowo wskazał, że główna teza zespołu kontrolnego, że Zamawiający dokonał szeregu uchybień w postępowaniu przeprowadzonym zgodnie z zasadą konkurencyjności dlatego mógł wybrać potem wykonawcę z wolnej ręki, a więc cała procedura obciążona jest nieprawidłowością - jest błędna. Zdaniem Beneficjenta zespół kontrolny nie wziął bowiem pod uwagę specyfiki zamówień publicznych w obecnej sytuacji rynkowej w Polsce, gdzie rynek, pomimo pandemii cechuje przewaga popytu nad podażą usług, a często jest tak, że niewielkie postępowania nie interesują wykonawców. Ponadto, Beneficjent odnosząc się do zarzutu nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia zaznaczył, że niezależnie od opisu przedmiotu zamówienia w zapytaniu ofertowym, to w ogłoszeniu postępowania wskazano na możliwość zapoznania się z pełną dokumentacją projektową na miejscu w siedzibie Zamawiającego. Dokumentacja projektowa była obszerna co uniemożliwiało jej zeskanowanie do formatów i objętości dozwolonej w bazie konkurencyjności i nie tylko Beneficjentka, ale wielu innych zamawiających odsyła wykonawców do zapoznania się z dokumentacją u siebie na miejscu, a przy tej okazji dokonywana jest wizja lokalna. Poza tym nikt nie składał żadnych pytań i wątpliwości do przedmiotowego postępowania. Beneficjent nie zgodził się również ze stwierdzeniem zespołu kontrolnego, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewyższały wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Jego zdaniem wartość ...000,00 zł netto świadczy o wykonaniu robót budowlanych o minimalnym stopniu skomplikowania i zakresie, by uznać, że ktoś posiada doświadczenie w robotach budowlanych. Poza tym wartość ta jest na poziomie z kosztorysu inwestorskiego i uzyskanej ceny w wyniku przeprowadzonych procedur zakupowych. Dodatkowo, żaden z

obowiązujących dokumentów prawnych, w tym Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków nie wprowadza ograniczeń kwotowych czy procentowych, które w tym wypadku należy stosować. W konsekwencji warunek ten powinien być sformułowany na możliwie minimalnym poziomie, który jednak gwarantuje zamawiającemu, że ktoś potrafi wykonać zamówienie. Beneficjent nie zgodził się również ze stwierdzeniem zespołu kontrolnego, że zamawiający sformułował kryterium oceny ofert – okres gwarancji – w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (nie wykazując dolnej i górnej gwarancji). Za kryterium „okres gwarancji” możliwe było uzyskanie maks. ... punktów, a więc była górna granica tego kryterium, natomiast sposób jej obliczenia pozwalał na proporcjonalne porównanie ofert, co było bardzo sprawiedliwe, a żaden z obowiązujących dokumentów prawnych, w tym Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków nie wprowadza zakazów stosowania systemu punktowego, w którym za określoną wartość danego kryterium stosuje się określoną liczbę punktów, lecz nie więcej niż jakaś górna ich granica. Podsumowując Beneficjent stwierdził, że przeprowadził prawidłowo postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie zasady konkurencyjności. Nie z jego winy w postępowaniu nie złożono żadnej oferty (wynikało to z uwarunkowań zewnętrznych rynku usług budowlanych). Brak ofert nie wynikał ani z nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia ani z warunków udziału w postępowaniu czy też kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji, zgodnie z prawem mogła wybrać wykonawcę z wolnej ręki. Dodatkowo Beneficjent dokonał wyższej staranności niż wymagana i przeprowadził dodatkowe rozeznanie rynku, w wyniku którego prawidłowo wybrał wykonawcę i zawarł z nim umowę na roboty budowlane.

W odpowiedzi na powyższe, Instytucja Zarządzająca w piśmie z dnia maja 2022 r. podtrzymała swoje stanowisko wyrażone w Informacji Pokontrolnej nr KC-I.432.....1..../....-2 z dnia ... kwietnia 2022 r. W przedmiotowym piśmie Instytucja Zarządzająca zwróciła uwagę, że w przypadku udzielenia zamówienia w częściach wartość zamówienia ustala się jako łączną wartość poszczególnych części, a szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy w tym przypadku wynosiło ponad 000,00 zł netto, co obligowało Beneficjenta do zastosowania zasady konkurencyjności i tylko prawidłowe jej zastosowanie dawało zamawiającemu możliwość dokonania wyboru wykonawcy z pominięciem zastosowania zasady konkurencyjności. W odniesieniu do nie przeprowadzenia i nie udowodnienia, skutków finansowych nieprawidłowości, a więc wpływu na powstanie uszczerbku dla budżetu Unii Europejskiej, czy też zniechęcenia kogokolwiek do złożenia oferty Instytucja Zarządzająca wskazała, że naruszenie przepisów Wytycznych przez Zamawiającego, które eliminuje lub może eliminować z postępowania niektórych potencjalnych wykonawców wywołuje ryzyko wyrządzenia szkody w środkach publicznych, gdyż ta eliminacja,

także potencjalna, może prowadzić do pominięcia oferty najlepszej (najkorzystniejszej), która na skutek wadliwego działania Zamawiającego w ogóle nie została zgłoszona. Szkoda taka musi być uprawdopodobniona jako potencjalnie możliwa, nie musi być sprecyzowana co do wysokości. Szkoda w takim rozumieniu powstaje już w momencie, gdy beneficjent otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z procedurami obowiązującymi przy wykorzystaniu środków unijnych. Zatem zostały spełnione obie przesłanki wskazane przez Beneficjenta w swoich zastrzeżeniach do Informacji pokontrolnej do uznania wystąpienia nieprawidłowości, a mianowicie doszło do naruszenia procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków unijnych (określonych m.in. w umowie o dofinansowanie), w skutek którego doszło lub mogło dojść do powstania szkody w budżecie ogólnym UE. W przedmiotowej sprawie skutki naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców są potencjalne. Ponadto, naruszenie fundamentalnej zasady przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, znajduje swoje odzwierciedlenie w katalogu nieprawidłowości indywidualnych związanych z udzielaniem zamówień w Załączniku do Rozporządzenia Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 r. (poz. 2371) pn.: „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych”, zw. „Taryfikatorem”, czyli dokumentu mającego za zadanie ujednoczenie zasad mających wpływ na określanie wysokości korekty finansowej: pkt 1 Załącznika: *Nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu lub nieuzasadnione bezpośrednio udzielenie zamówienia (tj. niezgodna z prawem procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu)*, w którym został wskazany przykładowy opis nieprawidłowości, a mianowicie przypadek bezpośredniego udzielania zamówień lub procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli nie spełniono kryteriów ich stosowania.

W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia Instytucja Zarządzająca podtrzymała swoje stanowisko, że został on opisany w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, gdyż nie wskazano w nim szczegółowego zakresu prac, parametrów ani też wymogów ilościowych i jakościowych związanych z przedmiotem zamówienia. Brak upublicznienia pełnego opisu przedmiotu zamówienia oraz możliwość pozyskania istotnej jego części jedynie w wyniku kontaktu z Zamawiającym potraktować należy jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jedynym bowiem źródłem wiedzy na temat wymogów dotyczących robót budowlanych mogła być dokumentacja projektowa znajdująca się w posiadaniu Zamawiającego, do której dostęp został przez Zamawiającego ograniczony. Następnie Instytucja

Zarządzająca zauważyła, że w „wielomilionowych” postępowaniach, zamawiający niejednokrotnie zamieszczają w Bazie konkurencyjności wielkoformatowe dokumenty. Gdyby system uniemożliwił zamieszczenie obszernej dokumentacji, wówczas niemalże w każdym postępowaniu na roboty budowlane pojawiłaby się konieczność zapoznania się z dokumentacją dotycząca zamówienia u zamawiającego, a to nie mam miejsca. Zatem argument Beneficjenta o braku możliwości zamieszczenia dokumentacji projektowo-technicznej w Bazie konkurencyjności jest nieprawdziwy. Ponadto, z opisu przedmiotu zamówienia nie wynikało, że prace wymagały oględzin miejsca, gdzie będą realizowane. W zakresie zadawania pytań przez wykonawców, Instytucja Zarządzająca wskazała, że kwestia potrzeby ich zadawania Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat złożenia ważnej oferty. Owszem, wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści zapytania ofertowego, lecz wcale nie musi tego robić. Ponadto, w przypadku prawidłowo skonstruowanego ogłoszenia, takie pytania byłyby zbędne.

Instytucja Zarządzająca podtrzymała również swoje stanowisko w kwestii nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wartość zamówienia/-ń wymaganego/-ych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu była o 25% wyższa od szacunkowej wartości zamówienia. Niewątpliwie zatem warunki udziału przedstawione w zapytaniu ofertowym nie były proporcjonalne do szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy netto. Zadaniem Instytucji Zarządzającej, podmioty posiadające doświadczenie w podobnych robotach budowlanych o wartości ... 000,00 zł netto również byłyby zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, w związku z brakiem ofert, Zamawiający dokonał rozeznania rynku wśród firm, które realizowały podobne zamówienia o wartości poniżej szacowanej wartości zamówienia. W analizowanym postępowaniu Beneficjent w sposób nieuprawniony doprowadził zatem do ograniczenia konkurencji poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Instytucja Zarządzająca podtrzymała również swoje stanowisko w kwestii niewłaściwie sformułowanego kryterium „oceny ofert”. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił warunków gwarancji. Również w opisie kryterium oceny ofert nie zawarł informacji w jakim zakresie pozostają w związku z przedmiotem zamówienia. Dodatkowo, to właśnie w związku z brakiem opisu przedmiotowego kryterium i określenia poziomów okresu gwarancji, mogła nastąpić rażąca dysproporcjonalność terminów w złożonych ofertach. Ponadto to jedynie od Zamawiającego zależałoby, czy taka dysproporcjonalność terminów jest już rażąca, czy też nie. Zarówno określenie kryteriów oceny ofert, jak i opis tych kryteriów powinny wyłączać możliwość dowolnej oceny dokonywanej przez zamawiającego, a jest to możliwe, jeżeli kryteria oceny ofert i

ich opis będą jednoznacznie określone i nie będą pozostawiały wątpliwości, co i w jaki sposób w ramach danego kryterium będzie podlegało ocenie. Beneficjent, wskazując kryterium oceny ofert: "okres gwarancji" w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinien przynajmniej określić minimalne i maksymalne wymagania co do okresu oczekiwanej gwarancji, co stanowiłoby punkt odniesienia dla potencjalnych wykonawców. Tak sformułowane kryterium oceny ofert umożliwiłoby oferentom prawidłowe skalkulowanie oferty i w konsekwencji podjęcie decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. O ile w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał minimalny wymagany okres gwarancji – ... m-ce i oczekiwany okres gwarancji – m-ce to nie koresponduje to z kryterium oceny ofert – „okres gwarancji”. Zamawiający sformułował kryterium wyboru ofert "okres gwarancji" w sposób zbyt ogólnikowy wskazując jedynie, że najwyższą liczbę punktów uzyska oferta z najdłuższym okresem gwarancji.

Mając na uwadze powyższe, Instytucja Zarządzająca zatwierdzając wniosek o płatność nr RPSW.02.05.00-26-..../19-004 dokonała pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w ramach umowy nr2021, ujętych w przedmiotowym wniosku o kwotę wydatków kwalifikowalnych w wysokości ... zł, w tym dofinansowanie ... zł. Wobec powyższego zaistniała nierozliczona kwota płatności zaliczkowej w wysokości zł podlegająca zwrotowi wraz z należnymi odsetkami na okoliczność czego, Instytucja Zarządzająca skierowała do Beneficjenta wezwanie do zwrotu - pismo z dnia maja 2022 r.

W związku z przekazaniem przez Beneficjenta w dniu ...października 2021 r. wniosku o płatność końcową nr RPSW.02.05.00-26-..../19-005, Instytucja Zarządzająca przeprowadziła w miejscu realizacji projektu kontrolę końcową przedmiotowego projektu. W Informacji Pokontrolnej Nr/... z dnia sierpnia 2022 r., przytoczone zostały ustalenia stwierdzone w trakcie kontroli doraźnej i opisane w Informacji Pokontrolnej KC-I.432.....1..../...-2 z dnia kwietnia 2022 r. Wobec powyższego, Beneficjent odmówił podpisania informacji pokontrolnej z kontroli końcowej wnosząc zastrzeżenia co do wyników weryfikacji postępowania przeprowadzonego na kontynuację robót budowlanych w ramach realizacji projektu tj. co do ustalenia zespołu kontrolnego odnośnie nieprawidłowości wyboru wykonawcy oraz pomniejszenia w związku z tym wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-..../19-004 wnosząc jednocześnie o skorygowanie informacji pokontrolnej w tym zakresie oraz o wydanie decyzji administracyjnej.

Instytucja Zarządzająca podtrzymała swoje stanowisko zawarte w informacji pokontrolnej z kontroli końcowej. Beneficjent odmówił podpisania informacji pokontrolnej z kontroli końcowej.

Mając na uwadze powyższe, Instytucja Zarządzająca zatwierdzając wniosek o płatność nr RPSW.02.05.00-26-..../19-005, w związku z pomniejszeniem wydatków we wniosku o płatność nr RPSW.02.05.00-26-..../19-004, stwierdziła brak rozliczenia płatności zaliczkowej w wysokości zł wobec czego skierowane zostało do Beneficjenta wezwanie do zwrotu nierozliczonych środków wraz z odsetkami - pismo z dnia września 2022 r. W odpowiedzi na wezwanie Beneficjent ponownie pismem z dnia września 2022 r. wniósł o wydanie decyzji administracyjnej. W piśmie tym, zobowiązał się również, że „*po zakończeniu procedury administracyjnej i ewentualnie sądowno- administracyjnej dostosuje się do prawomocnego i ostatecznego rozstrzygnięcia w tej sprawie*”.

W związku z brakiem zwrotu środków, Instytucja Zarządzająca pismem znak: IR-XIV.432.2.....2022 z dnia ... września 2022 r. w oparciu o art. 61 § 4 k.p.a. oraz zgodnie z art. 207 ust. 9 u.f.p. zawiadomiła Beneficjenta jako Stronę w przedmiotowej sprawie, że zostało wszczęte z urzędu postępowanie administracyjne w przedmiocie określenia kwoty przypadającej do zwrotu i terminu, od którego nalicza się odsetki, oraz sposobu zwrotu środków w formie decyzji w sprawie zwrotu przez Beneficjenta części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W przedmiotowym zawiadomieniu Instytucja Zarządzająca wyznaczyła Stronie 7 dniowy termin na wniesienie uwag oraz zapoznanie się z materiałami dotyczącymi sprawy. Zawiadomienie zostało odebrane przez Beneficjenta w dniu ... września 2022 r. W dniu ...września 2022 r. Beneficjent zapoznał się z aktami sprawy w siedzibie Instytucji Zarządzającej. W dniu ... października 2022 r. Pani w ramach prowadzonego postępowania przekazała pismo procesowe z wnioskiem o przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) z dokumentu-stanowiska prawnego z dnia07.2022 r na okoliczność wykładni przepisów prawnych mających zastosowanie w przedmiotowej sprawie;
- 2) dowodu z zeznań świadków:
 - a) Pani na okoliczność przebiegu i ustaleń z kontroli projektu nr RPSW.02.05.00-26-..../19, w tym czy były podstawy faktyczne i prawne do nałożenia korekty z tytułu nieprawidłowości w postępowaniach/postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane? Czy rzeczywiście poprzez konkretne zapisy dokumentacji o udzielenie zamówienia doszło do nawet potencjalnie ograniczenia konkurencji?
 - b) Pani na okoliczność j.w.
 - c) Pana na okoliczność j.w.

d) Pana na okoliczność czy dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane była wystarczająco precyzyjna do opracowania i złożenia oferty na jego realizację?

3) z opinii biegłego z zakresu prawa zamówień publicznych Pana na okoliczność konieczności uwzględnienia w decyzji wiadomości specjalnych dotyczących wykładni przepisów prawnych dotyczących zamówień publicznych.

Instytucja Zarządzająca po rozpatrzeniu wniosku postanowiła nie uwzględnić wniosku Beneficjenta o przeprowadzenie ww. dowodów w sprawie, gdyż okoliczności, które miałyby zostać udowodnione, albo nie były istotne dla rozstrzygnięcia sprawy albo zostały już bezspornie udowodnione za pomocą innych środków dowodowych, bądź też dowody te zostały już uwzględnione w postępowaniu - Postanowienie nr/22 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia ... listopada 2022 r.

Następnie w dniu listopada 2022 r. Instytucja Zarządzająca stosownie do postanowień art. 10 § 1 ustawy k.p.a. sporządziła zawiadomienie Strony o przygotowaniu materiału dowodowego do wydania decyzji w sprawie zwrotu części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszego zawiadomienia, Strona mogła zapoznać się z aktami sprawy, w oparciu o które zostanie podjęta stosowna decyzja i wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Dokumentacja została udostępniona do wglądu w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, Departament Inwestycji i Rozwoju. Jednocześnie, zgodnie z art. 36 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, Instytucja Zarządzająca zawiadomiła Stronę, że ze względu na konieczność doręczenia niniejszego pisma oraz umożliwienia Stronie wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, sprawa nie może być rozpatrzona w ustawowym terminie. W związku z tym zostanie ona załatwiona do dnia grudnia 2022 r. Zawiadomienie zostało odebrane przez Beneficjenta w dniu ... listopada 2022 r. W toku prowadzonego postępowania administracyjnego, w związku z wątpliwościami, co do ustaleń poczynionych w trakcie kontroli przedmiotowego projektu, w dniu ... grudnia 2022 r. została przeprowadzona kolejna kontrola doraźna na dokumentach w zakresie przeprowadzonych przez Beneficjenta zamówień publicznych. W wyniku przedmiotowej kontroli sporządzona została w dniu ... marca 2023 r. ostateczna Informacja Pokontrolna nr KC-I.432.....2...../.....-4/P2, w której dokonano ponownej oceny dokumentów zamieszczonych przez Beneficjenta w systemie SL 2014, tj. w szczególności ogłoszenia nr na wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy wraz z załącznikami oraz protokołu z wyboru

wykonawcy nr .../2020 z dnia ... listopada 2020 r. W wyniku dokonania tej oceny stwierdzono, że niniejsze postępowanie zostało wszczęte listopada 2020 r. poprzez zamieszczenie zapytania ofertowego na Bazie Konkurencyjności. W odpowiedzi na ww. ogłoszenie nie wpłynęła żadna oferta. W związku z czym przeprowadzono postępowanie na wybór wykonawcy zgodnie z sekcją 6.5 pkt 7 lit. a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków tj. dokonano wyboru wykonawcy z wolnej ręki, czego efektem czego było podpisanie w dniu2020 r. umowy nr 1..2020 z Wykonawcą –Kielce, na rozbudowę na warunkach udzielonych w zamówieniu. Wartość wynagrodzenia Wykonawcy została ustalona w wysokości000,00 zł netto z terminem realizacji umowy do stycznia 2021 r. Zamówienie zostało zrealizowane w terminie i zgodnie z umową, jednak w trakcie weryfikacji zamówienia stwierdzono, że:

- Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał, że „*przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i materiały budowlane ... zgodnie z zakresem robót określonym w dokumentacji projektowej. Wymieniona dokumentacja projektowa znajduje się w posiadaniu Zamawiającego (zostanie każdorazowo udostępniona do wglądu po uprzednim kontakcie potencjalnego oferenta)*”, co w ocenie zespołu Kontrolnego utrudnia sporządzenie oferty, bowiem na podstawie tak sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia takiej oferty nie można sporządzić i konieczne jest wykonanie dodatkowych czynności przez wykonawców tj. dokonania uprzedniego kontaktu z wykonawcą, przyjazdu do siedziby Zamawiającego, a następnie zapoznania się z dokumentacją w siedzibie Zamawiającego oraz prowadzi do nierównego traktowania wykonawców oraz nadmiernego ograniczenia konkurencyjności.

- Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert pn. „Okres gwarancji” w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 1 w zw. z zapisami zawartymi w sekcji 6.5.2 pkt. 9 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Beneficjent wskazał w ogłoszeniu dwa kryteria oceny ofert: cenę z wagą ... oraz okres gwarancji z wagą Opisując kryterium pn. „Okres gwarancji Beneficjent nie wskazał ani minimalnego ani maksymalnego okresu gwarancji. Brak niejednoznaczności i precyzyjności omawianego kryterium może prowadzić do sytuacji, w której Beneficjenci mogą wskazywać długotrwałe, (nierealne) okresy gwarancji wyłącznie w celu pozyskania zamówienia.

Wobec powyższego, Beneficjent naruszył również przepisy sekcji 6.5 pkt 7 lit. a) wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków polegające na udzieleniu zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności w sytuacji, w której nie została spełniona przesłanka niezbędna dla udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu tj. przesłanka zastosowania zasady konkurencyjności w sposób prawidłowy.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca na podstawie art. 143 Rozporządzenia 1303/2013, art. 9 ust. 2 pkt 8 ustawy wdrożeniowej oraz rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień ustaliła wartość pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w następujący sposób:

$$W_k = W\% \times W_{kw} \times W_s = 100\% \times 100\,710,39 \text{ zł} \times 85\% = 85\,603,83 \text{ zł}$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

W_k – wartość korekty finansowej,

W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia, $W\%$ – stawka procentowa wskazana w pkt 1 załącznika do Rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 r. pn.: „Stawki procentowe przy obniżeniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych”, z tytułu nieuzasadnionego, bezpośredniego udzielenia zamówienia w związku z tym, iż przeprowadzone postępowanie miało istotne wady i Beneficjent nie był uprawniony do wyłonienia wykonawcy „z wolnej ręki”.

W_s – procentowa wartość współfinansowania.

Ponadto, kontroli poddane zostało również postępowanie, którego celem był wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy ... – kontynuacja robót budowlanych. W wyniku dokonania oceny stwierdzono, Zespół kontrolny podzielił stanowisko przedstawione w informacji pokontrolnej z dnia ...kwietnia 2022 r. nr KCI.432.....1..../...-2, dotyczące nałożonej korekty finansowej.

Beneficjent za pismem z dnia ... lutego 2023 r. wniósł zastrzeżenia do ustaleń Zespołu kontrolnego wyrażonych w Informacji Pokontrolnej nr KC-I.432.....2..../...-4 wraz z wnioskiem o wydanie decyzji administracyjnej. Beneficjent w niniejszym piśmie wskazał, że pismo Beneficjenta z dnia sierpnia 2022 r. zawiera odpowiedź na zarzuty odnośnie wyników kontroli postępowania na kontynuację robót budowlanych, które zostały powielone w ww. informacji pokontrolnej.

Jednocześnie w piśmie tym postawiono analogiczne zarzuty dotyczące postępowania na roboty

budowlane do stanu surowego rozbudowywanego budynku, co do których odpowiedź Beneficjenta jest również analogiczna jak przy postępowaniu na kontynuację robót.

W odpowiedzi na powyższe, Instytucja Zarządzająca podtrzymała swoje stanowisko w przedmiocie nałożonej korekty finansowej. Beneficjent odmówił podpisania ostatecznej Informacji Pokontrolnej oraz wniósł o wydanie decyzji administracyjnej.

Mając na uwadze powyższe, skierowane zostało do Beneficjenta wezwanie do zwrotu ww. środków wraz z odsetkami - pismo z dnia ... marca 2023 r. W odpowiedzi na wezwanie do zwrotu pismem z dnia marca 2023 r. Beneficjent poinformował Instytucję Zarządzającą, że nie dokona zwrotu środków wskazanych w ww. wezwaniu. W przekonaniu Beneficjenta w przedmiotowej sprawie wezwanie do zwrotu jest bezzasadnie i dlatego nie zostanie spełnione.

Mając na uwadze powyższe, Instytucja Zarządzająca stosownie do postanowień art. 10 § 1 ustawy k.p.a. sporządziła w dniu ... kwietnia 2023 r. zawiadomienie Strony o przygotowaniu materiału dowodowego do wydania decyzji w sprawie zwrotu części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszego zawiadomienia, Strona mogła zapoznać się z aktami sprawy, w oparciu o które zostanie podjęta stosowna decyzja i wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Dokumentacja została udostępniona do wglądu w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach, Departament Inwestycji i Rozwoju.

W dniu ... kwietnia 2023 r. Pełnomocnik Beneficjenta zapoznał się w aktami sprawy w siedzibie Instytucji Zarządzającej na okoliczność czego został sporządzony stosowny protokół.

W związku z powyższym w dniu ... maja 2023 r. Zarząd Województwa Świętokrzyskiego podjął decyzję nr w sprawie wszczętej z urzędu w przedmiocie określenia pani przypadającej do zwrotu kwoty dofinansowania ze środków EFRR w łącznej wysokości zł, terminu od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków.

W uzasadnieniu swej decyzji Instytucja Zarządzająca wskazała, że doszło do naruszenia przez Beneficjenta treści § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5 pkt 1, 6.5.2 pkt 5, pkt 8, pkt 9 oraz przepisy sekcji 6.5 pkt 7 lit. a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, poprzez pominięcie zasady konkurencyjności w sytuacji, w której nie została spełniona przesłanka niezbędna dla udzielenia zamówienia na podstawie przepisu sekcji 6.5 pkt 7 lit. a) wytycznych tj., przesłanka prawidłowego zastosowania zasady konkurencyjności, poprzez:

1. nie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania,

2. postawienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewyższające wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia,

3. sformułowanie kryterium oceny ofert dot. gwarancji w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

W związku z powyższym w ww. decyzji ... określono, że w stosunku do umowy nr .../2020 z dnia ...listopada 2020 r. na wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy do zwrotu przypada kwota dofinansowania z EFRR w wysokości ... zł wraz z odsetkami, natomiast do umowy nr z dnia ... marca 2021 r. na kontynuację robót budowlanych w zakresie rozbudowy ... do zwrotu przypada kwota dofinansowania z EFRR w wysokości zł wraz z odsetkami.

W związku z powyższym stwierdzono, że wszystkie środki dofinansowania wypłacone w ramach umowy o dofinansowanie zostały wykorzystane z naruszeniem art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. tj. naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu.

W przedmiotowej decyzji zgodnie z art. 207 ust. 12a pkt 1 u.f.p. zawarto pouczenie o możliwości zwrócenia się do Instytucji Zarządzającej z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia lub wniesienia do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach skargi na decyzję w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia.

W przewidzianym prawem terminie, Beneficjent złożył do Urzędu Marszałkowskiego wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy. W przedmiotowym wniosku Beneficjent zarzucił decyzji nr, że „w trakcie procedowania sprawy doszło do naruszenia szeregu przepisów administracyjnych jak i przepisów ustaw szczególnych, na które powoływał się Organ a w szczególności:

1. naruszenie art.6 k.p.a w zw. z art. 145 k.p.a w zw. z § 12 pkt.7 i 8 umowy o dofinansowanie nr RPSW.02.05.00-26-...../19-00 w zakresie w jakim postępowanie w sprawie zostało wszczęte po upływie terminu wskazanego w umowie, organ pomimo braku ujawnienia nowych dowodów w sprawie wszczął postępowanie w materii która została zakończona;

2.naruszenie art. 8 k.p.a poprzez odstąpienie od utrwalonej praktyki rozpatrywania sprawy, stosowania odmiennych kryteriów rozstrzygnięcia sprawy o takim samym stanie faktycznym tj. naruszenie zasady proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania;

3. naruszenie art. 7 k.p.a w zw. z art. 77 § 1 k.p.a w zw. z art. 80 k.p.a poprzez dokonanie dowolnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, umowy o dofinansowanie i wniosku o

dofinansowanie, pominięcie opinii sporządzonej przez radcę prawnego Urzędu Marszałkowskiego z dnia ...lipca 2022 r., informacji pokontrolnej z dnia2022r;

4. naruszenie art. 78 § 1 k.p.a poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań zgłoszonych świadków opinii biegłego z zakresu zamówień publicznych oraz stanowiska prawnego z dnia07.2022 r. mimo, iż przedmiotem były okoliczności mające znaczenie dla sprawy;

5. naruszenie art. 12 k.p.a w zw. z art.35 w zw. z art. 36 k.p.a poprzez procedowania sprawy w sposób przewlekły;

6. naruszenie art.107§ 1 i 3 k.p.a poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonej decyzji w sposób uniemożliwiający zweryfikowanie zarzutów stawianych skarżącemu, brak w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazania szczegółowych przyczyn, z uwagi, na które Instytucja Zarządzająca uznała, że doszło do naruszenia procedury wydatkowania środków unijnych i krajowych, a tym samym wydatki te nie spełniają kryteriów kwalifikowalności;

7. naruszenie przepisów art. 44 ust. 3 pkt 1u.f.p.poprzez uznanie, że zastosowane w postępowaniu ofertowym Beneficjenta kryterium oceny ofert nie zapewnia wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo tego, że zastosowane przez Beneficjenta kryterium zapewniało wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

8. naruszenie przepisów prawa materialnego: art. 207 ust.1 pkt 2, ust. 2a oraz art. 207 ust. 9 pkt 1 i art.60 pkt 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305), dalej „f.p” w zw. z art.6 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020.818) poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że w przypadku skarżącego doszło do naruszenia procedury wydatkowania środków unijnych i krajowych, a tym samym wydatki te nie spełniają kryteriów kwalifikowalności, co prowadzić ma do uznania środków przyznanych w ramach dofinansowania za wydatkowane z naruszeniem procedur i tym samym podlegających zwrotowi, podczas gdy w ramach przedmiotowego dofinansowania żadne środki nie były wydatkowane sprzecznie z wnioskiem o dofinansowanie, umową o dofinansowanie, regulaminem konkursu oraz wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 lipca 2017 r;

Przed wydaniem niniejszej decyzji stosownie do postanowień art. 10 § 1 k.p.a. Instytucja Zarządzająca w piśmie znak: IR-XIV.432.2.....2022 z dnia ... czerwca 2023 r. zawiadomiła Stronę, że został przygotowany materiał dowodowy do wydania decyzji w sprawie ponownego rozpatrzenia sprawy. Ponadto Organ powiadomił Stronę o możliwości zapoznania się w siedzibie Instytucji Zarządzającej z aktami sprawy, w oparciu o które zostanie podjęta stosowna decyzja oraz o możliwości wypowiedzenia się, co do zebranych materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego zawiadomienia. Jednocześnie zgodnie z art. 36 § 1 k.p.a. Instytucja Zarządzająca zawiadomiła, że ze względu na konieczność doręczenia niniejszego pisma oraz umożliwienia Stronie wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, sprawa nie może być rozpatrzona w ustawowym terminie. W związku z tym zostanie ona załatwiona do dniasierpnia 2023 r. Beneficjent odbiór ww. zawiadomienia potwierdził w dniu ... czerwca 2023 r. W przewidzianym zawiadomieniem terminie, Strona nie skorzystała z możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym. Instytucja Zarządzająca pismem z dniasierpnia 2023 r., ze względu na konieczność wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, w ramach autokontroli powziętego przez Instytucję Zarządzającą stanowiska w zakresie nałożonej korekty finansowej i w związku tym przeprowadzenia dodatkowego postępowania wyjaśniającego w kwestii stwierdzonych naruszeń, wydłużyła termin załatwienia sprawy do listopada 2023 r.

Zespół kontrolny w nowo wyznaczonym składzie osobowym w wyniku ponownej analizy materiału dowodowego podzielił stanowisko co do wcześniej stwierdzonych naruszeń (Informacja pokontrolna nr KC-I.432.....1.....-5 pismo znak: KC-I.432.....1.2023 z dnia ... października 2023 r.). W odpowiedzi na ww. Informację pokontrolną, Strona pismem z dnia ... października 2023 r. wniosła zastrzeżenia które dotyczyły m.in. braku podstaw do przeprowadzenia kontroli w sytuacji gdy toczy się postępowanie administracyjne oraz kolejny raz nie zgodziła się ustaleniami dotyczącymi braku opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania jak również nie zgodziła się ustaleniami dotyczącymi sformułowania kryterium oceny ofert dot. gwarancji w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Ponadto, po raz pierwszy zarzuciła, że Instytucja Zarządzająca nie uwzględniła zmian jakie miały miejsce w związku z pandemią SARS-COV-2, które polegały na częściowym zawieszeniu przez Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej stosowania Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w terminie od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2023 r. Strona wskazała, że wystąpienie stanu epidemii należało zakwalifikować jako

zdarzenie spełniające przesłanki siły wyższej, pozwalającej wyłączyć stosowanie zasady konkurencyjności w ramach zamówień niezbędnych do przeciwdziałania skutkom COVID-19. Strona odmówiła podpisania Informacji pokontrolnej nr KC-I.432.....-5.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia Strony, Instytucja Zarządzająca w piśmie znak KC-I.432..... z dnia listopada 2023 r. podtrzymała swoje dotychczasowe ustalenia co do naruszenia § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie z tytułu nie zastosowania się przez Stronę do zapisów podrozdziału 6.5 pkt 7 lit a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków z dnia 22 sierpnia 2019 r. i z dnia 21 grudnia 2020 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem by wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy i w postępowaniu o udzielenie zamówienia na kontynuację robót budowlanych w zakresie rozbudowy

Następnie odnosząc się do zastrzeżenia dotyczącego braku podstaw do przeprowadzenia kolejnej kontroli projektu, Instytucja Zarządzająca podtrzymała, że przeprowadzenie kontroli było zasadne w celu ostatecznego wyjaśnienia wątpliwości, gdyż przedmiotem postępowania administracyjnego jest nałożenie na Beneficjenta obowiązku w postaci zwrotu dofinansowania z odsetkami, a w sprawie powstała wątpliwość, co do zasadności nałożenia korekty finansowej na projekt, co skutkuje koniecznością zwrotu środków zatem Organ przed wydaniem ostatecznej decyzji jest zobowiązany rozstrzygnąć wszelkie wątpliwości zgodnie z k.p.a.

W dalszej części pisma odnosząc się do zastrzeżenia Strony, co do ustaleń zawartych w ww. informacji pokontrolnej, że postawiony przez Instytucję Zarządzającą zarzut związany z opisem przedmiotu zamówienia (... *wymieniona dokumentacja projektowa znajduje się w posiadaniu Zamawiającej (zostanie każdorazowo udostępniona do wglądu po uprzednim kontakcie potencjalnego oferenta)*...) w jego ocenie jest zarzutem absurdalnym i godzącym w zasady logiki i doświadczenia życiowego i wskazał również, że dwa podmioty i w zapytaniach ofertowych zamieściły analogiczny zapis wskazać należy, że podmioty które decydują się na realizację inwestycji, dofinansowanej jest z środków UE, zobowiązane są do udzielenia zamówienia celem realizacji dostaw, usług czy robót budowlanych, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W tym przypadku podmiot gospodarczy jakim jest podpisując umowę o dofinansowanie projektu pn. „.....” zobowiązał się przy udzieleniu zamówień do przestrzegania zasady konkurencyjności wynikającej z Wytycznych. Zatem Instytucja Zarządzająca sprawdzając poprawność udzielonych przez Beneficjenta zamówień zwraca uwagę, czy dane zamówienie zostało udzielone zgodnie z

przepisami zawartymi właśnie w Wytycznych. W zakresie powołania się przez Stronę na zapisy zawarte w zapytaniach ofertowych, które publikowały inne podmioty celem udzielenia zamówienia, Instytucja Zarządzająca wskazuje, że nie może odnieść się do tych zapisów gdyż zamówienia te nie były nigdy przedmiotem kontroli Instytucji Zarządzającej, nie były one również realizowane w ramach projektów, które były dofinansowane ze środków UE pochodzących z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020.

Ponadto odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, które dotyczyły opisanie przez Beneficjenta przedmiotu zamówienia w przeprowadzonych postępowaniach należy jeszcze raz przypomnieć:

W ramach realizacji projektu Beneficjent przeprowadził:

- postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był *wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy*

oraz

- postępowanie, którego przedmiotem był *wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy - kontynuacja robót budowlanych*

w których, w ocenie Instytucji Zarządzającej nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytycznych: „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.” Opis przedmiotu zamówienia powinien zatem umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję. Zamawiający kiedy przeprowadza postępowanie ma obowiązek przeprowadzić go w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje wyraz w przepisach dotyczących poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie

zamówienia. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. W zakresie przedmiotu zamówienia takie ograniczenie, nieuzasadnione celem udzielania zamówienia, może polegać na wskazaniu wąskiej grupy produktów, usług czy wykonawców robót budowlanych.

Zasada równego traktowania to przede wszystkim wdrożenie traktatowej zasady niedyskryminacji. Oznacza ona zakaz różnicowania pozycji wykonawców w postępowaniu z jakiegokolwiek powodu – ze względu na kraj pochodzenia, miejsce prowadzenia działalności gospodarczej czy formę organizacyjną prowadzonej działalności. Bez tej zasady byłoby niemożliwe respektowanie swobód UE: swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji w każdej czynności zamawiającego. Obowiązek równego traktowania dotyczy wykonawców i świadczeń z UE oraz krajów, które podpisały umowy z Unią Europejską o równym traktowaniu. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (D. Koba, *Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik*, Warszawa 2004, s. 17). Dyskryminacja będzie miała miejsce, gdy zamawiający ograniczy lub utrudni dostęp do zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, ze względu na jakąś jego cechę, w sposób nieuzasadniony przepisami prawa. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny kwalifikacji podmiotowych oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów na podstawie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

W obu przypadkach w opisie przedmiotu zamówienia zostało jedynie wskazane, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i materiały budowlane niezbędne do wykonania rozbudowy budynku usługowego –”, zgodnie z zakresem robót określonym w dokumentacji projektowej, która zostanie udostępniona do wglądu po uprzednim kontakcie potencjalnego oferenta z Zamawiającym. Mając na uwadze te zapisy Instytucji Zarządzająca uważa, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, gdyż nie wskazano w nim

szczegółowego zakresu prac, parametrów ani też wymogów ilościowych i jakościowych związanych z przedmiotem zamówienia. Brak upublicznienia pełnego opisu przedmiotu zamówienia oraz możliwość pozyskania istotnej jego części jedynie w wyniku kontaktu z Zamawiającym, Instytucji Zarządzająca traktuje jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie przewidział w trakcie zapoznania się z dokumentacją u siebie na miejscu możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej, w trakcie której z reguły można zapoznać się z dokumentacją projektową w formie papierowej. Z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, aby prace wymagały oględzin miejsca zdarzenia, które to posiada charakterystyczne dla niego cechy, takie jak osiągnięcie rezultatów w postaci wykrycia nowych, nieznanych dotąd informacji i ich źródeł. W zakresie zadawania pytań przez wykonawców, IZ chce zauważyć, że kwestia potrzeby ich zadawania Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat złożenia ważnej oferty. Owszem wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści zapytania ofertowego, lecz wcale nie musi tego robić. Instytucja Zarządzająca stoi na stanowisku, że brak w ogłoszeniu szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, określenie warunków udziału w postępowaniu przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia oraz określenie kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji” w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, mógł być właśnie przyczyną braku zainteresowania potencjalnych wykonawców wykonaniem tego zamówienia, a tym samym brakiem pytań.

Zwarzywszy na powyższe, Instytucja Zarządzająca podtrzymuje zarzut naruszenia § 12 pkt 1 umowy o dofinansowanie projektu oraz zapisów podrozdziału 6.5 pkt 1 w związku z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (...), ponieważ w ogłoszeniu o zamówieniu (ogłoszenie nr oraz ogłoszenie nr) Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Kolejny argument Strony wyrażony w piśmie z dnia października 2023 r. w zastrzeżeniach do informacji pokontrolnej z dnia października 2023 r. dotyczy kryterium „okresu gwarancji”. Strona przedstawia pogląd, że prawo budowlane nie określa ile powinien wynosić okres gwarancji przy robotach budowlanych i że kontrolujący nie wskazali jaki okres gwarancji byłby zasadny. Dodatkowo przytoczyła art. 568 § 1 kc, który mówi o odpowiedzialności z tytułu rękojmi i

wskazała, że brak jest przepisów regulujących długość okresu gwarancji. Przechodząc do analizy przedstawionych powyżej poglądów wskazać należy, że nie rolą kontrolujących jest wskazanie Zamawiającemu jaki byłby właściwy „okres gwarancji” dla robót budowlanych, które zamierzał powierzyć potencjalnemu wykonawcy, przeprowadzającą postępowania, gdzie przedmiotem zamówienia były roboty związane z rozbudową a następnie kontynuacja robót od stanu surowego zamkniętego.

To Beneficjent pozostaje odpowiedzialny za prawidłową realizację projektu czy też za zapisy, które kształtują opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy kryterium oceny ofert. Co do przytoczonego art. 568 kc, trudno jest Instytucji Zarządzającej zrozumieć sens powoływania się na ten przepis, gdyż w przedmiotowej sprawie spornym tematem jest poprawność określenia przez Zamawiającego kryterium oceny ofert jakim jest „okres gwarancji” a nie rękojmia. W art. 568 kc mowa jest o odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi w momencie wykrycia wady fizycznej. Jednakże Instytucja Zarządzająca wskazuje, że gwarancja, w odróżnieniu od rękojmi za wady, ma charakter umowny, jest dobrowolna i uzależniona od woli gwaranta oraz obowiązuje na podstawie dokumentu gwarancyjnego, który określa czas jej trwania, sposób dochodzenia praw w przypadku stwierdzenia wady a także warunki utrzymania gwarancji i podmiot będący gwarantem. Wprowadzenie przez zamawiającego jako kryterium wyboru wykonawcy długości okresu gwarancyjnego nierozdzielnie wiąże się z koniecznością ustalenia przez zamawiającego w zapytaniu ofertowym jej minimalnej i maksymalnej oczekiwanej długości. Zamawiający powinien jak najbardziej precyzyjnie określić warunki korzystania z udzielonej gwarancji, by wyeliminować przypadki kalkulowania i formułowania ofert wyłącznie w celu pozyskania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający powinien w zapytaniu ofertowym tak sformułować wymagania dotyczące gwarancji, by nie utracić uprawnień wynikających z gwarancji. Zatem zastosowanie kryterium okresu gwarancji może przynieść spodziewany efekt jedynie przy dołożeniu przez Zamawiającego staranności zarówno przy formułowaniu opisu samego kryterium, jak i wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia oraz warunków przyszłej umowy z wykonawcą.

Strona w piśmie z dnia 16 października 2023 r. wskazała również, że przywołany przez kontrolujących wyrok KIO 369/16 odnosi się do okresu gwarancji urzędu, a w niniejszej sprawie mamy do czynienia z usługą.

Odnosząc się do powyższego, Instytucja Zarządzająca wskazuje, że zamówienia, które zrealizował Beneficjent w ramach projektu miały charakter robót budowlanych a nie usług. Wynika to z treści ogłoszeń, które były publikowane w bazie konkurencyjności a to czy dane zamówienie ma charakter dostaw, usług czy robót budowlanych, nie ma znaczenia dla zastosowania przez Zamawiającego kryterium oceny ofert jaki jest gwarancja. Zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 9 Wytycznych to: „Kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia są formułowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy czym:

- a) każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia,
- b) każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie poinformowany wykonawca, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób,
- c) wagi (znaczenie) poszczególnych kryteriów powinny być określone w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty

Wyrok, który został wskazany przez kontrolujących pokazuje, jak niewłaściwym jest postępowanie Zamawiającego, który zdecydował się oceniać złożone ofert według kryterium oceny oferty jakim jest okres gwarancji, nie podając minimalnych i maksymalnych wartości tego okresu.

Beneficjent, wskazując kryterium oceny ofert: "okres gwarancji" w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinien przynajmniej określić minimalne i maksymalne wymagania co do okresu oczekiwanej gwarancji, co stanowiłoby punkt odniesienia dla potencjalnych wykonawców. Tak sformułowane kryterium oceny ofert umożliwiłoby oferentom prawidłowe skalkulowanie oferty i w konsekwencji podjęcie decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy uwzględnieniu wszystkich elementów mających wpływ na kształt przedstawianej oferty. W przypadku nieokreślenia maksymalnej granicy okresu gwarancji przewagę mógł uzyskać wykonawca, który wskazałby najdłuższy a niekoniecznie realny okres gwarancji, de facto eliminując możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, którzy mimo przedstawiania krótszego okresu gwarancji, również byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie. Jeden z uczestników postępowania poprzez wykazanie bardzo długiego okresu gwarancji, przy aktualnych zasadach przyznawania punktów spowodowałby, że wykonawca wskazujący krótszy okres gwarancji, otrzymałby kilka razy mniej punktów i żeby móc konkurować o zamówienie z wykonawcą wskazującym najdłuższy okres gwarancji musiałby określić cenę na

znacznie niższym poziomie, aby mieć realną szansę na uzyskanie tego zamówienia. Premiowanie dłuższego okresu gwarancji musi mieć rozsądne granice dla jakości realizacji zamówienia.

Natomiast w przypadku nieokreślenia minimalnego wymogu okresu gwarancji jakości, może zaistnieć sytuacja, że Zamawiający nie dostanie żadnej gwarancji jakości: wykonawca wskaże w ofercie okres „0”, a mimo to jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą dzięki zaoferowaniu korzystniejszych od konkurencji parametrów ocenianych w innych kryteriach. Przy braku takiego określenia wykonawca może znacząco obniżyć cenę, jednocześnie obniżając jakość wykonania przedmiotu zamówienia – kwalifikacje zawodowe i doświadczenie wykonawcy kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, a zamawiający po jego odbiorze będzie miał ograniczone możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu wad, które ujawnią się w okresie późniejszym. Z tego powodu dla należytego wykonania zamówienia, zasadne i celowe było wprowadzenie przez Zamawiającego dolnego i górnego limitu dla okresu gwarancji w tym kryterium oceny ofert, nie narzucając jednak z góry, na jakim poziomie powinien on być ustalony.

Zwarzywszy na powyższe, Instytucja Zarządzająca podtrzymuje zarzut naruszył § 12 pkt 1 umowy o dofinansowanie projektu oraz zapisy podrozdziału 6.5 pkt 1 w związku z sekcją 6.5.2 pkt 9 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (...), ponieważ w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji”, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ostatniej części zastrzeżeń Strona podniosła argumentację, że zespoły kontrolne Instytucji Zarządzającej, które dotychczas prowadziły czynności kontrolne w/w projektu nie uwzględniły zmian jakie miały miejsce w związku z pandemią SARS-CoV-2 i że 25 listopada 2022 roku ze względów na panującą w kraju pandemię, Minister Funduszy i Polityki Regionalnej częściowo zawiesił stosowanie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (...) z dnia 21 grudnia 2021 r. Termin obowiązywania stosowania „Wytycznych” zawieszony został od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2023 r.

Odnosząc się do wyżej przytoczonej argumentacji należy zgodzić się ze Stroną tylko w tym zakresie, że Minister Funduszy i Polityki Regionalnej w dniu 25 listopada 2022 roku wydał dokument pn. *Informacja o częściowym zawieszeniu stosowania wytycznych wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020*, jednakże w żadnej części tegoż dokumentu nie ma mowy o

zawieszeniu zapisów podrozdziału 6.5 czy zapisów sekcji 6.5.2 Wytycznych. Minister Funduszy i Polityki Regionalnej zawiesił stosowanie Wytycznych, które dotyczą następujących postanowień:

- sekcja 6.12.1 pkt 6,
- podrozdział 6.15 pkt 8 lit. b,
- sekcja 6.15.1 pkt 1 i pkt 6,
- podrozdział 7.5 pkt 2.

Zatem mając na uwadze w/w postanowienia, które zostały zawieszono do stosowania w czasie pandemii, nie sposób jest się zgodzić z argumentacją, że w trakcie prowadzenia czynności kontrolnych zostały pominięte zapisy zawarte o częściowym zawieszeniu stosowania Wytycznych, gdyż nie mają one zastosowania do postanowień zawartych w podrozdziale 6.5 i w sekcji 6.5.2 Wytycznych. A właśnie zapisy te zostały naruszone przez Beneficjenta w trakcie udzielania zamówień.

W ostatniej części zastrzeżeń Strona przytoczyła także zapisy podrozdziału 6.5 pkt 7 Wytycznych:

*„... zgodnie z pkt 7 podrozdziału 6.5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 możliwe jest **niestosowanie zasady konkurencyjności** przy udzielaniu zamówień w następujących przypadkach:*

- lit e. - ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć (np. klęski żywiołowe, katastrofy, awarie), wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można zachować terminów określonych w sekcji 6.5.2 pkt 10,

- lit d. - ze względu na pilną potrzebę (konieczność) udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych w sekcji 6.5.2 pkt 10.

W związku z tym, że stan pandemii (SARS-CoV-2) należało zakwalifikować jako zdarzenie spełniające przesłanki wystąpienia siły wyższej (tzn. wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć), wyłączenie zasad konkurencyjności w ramach zamówień niezbędnych do przeciwdziałania skutkom COVID-19 będzie możliwe ze względu na wymaganą natychmiastową realizację zamówienia lub wystąpienie natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia (w związku z czym nie jest możliwe

przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem terminów przewidzianych dla zasady konkurencyjności)”.

Odnosząc się do powyższych zapisów Wytycznych, na które powołuje się Strona próbując przekonać Instytucję Zarządzającą, że Beneficjent nie musiał udzielać zamówień zgodnie z zasadą konkurencyjności należy podkreślić: Beneficjent udzielając zamówień w ramach projektu, każdorazowo **sam decydował się na zastosowanie procedur (zasady konkurencyjności)** określonych w sekcji 6.5.2 Wytycznych, poprzez upublicznienie zapytania ofertowego w bazie konkurencyjności, jednakże procedury te nie zostały zastosowane prawidłowo. W przypadku zamówienia, którego przedmiotem był *wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy ...* stwierdzono dwa naruszenia przepisów Wytycznych, tj.: pkt 5 sekcji 6.5.2 oraz pkt 9 lit. b) sekcji 6.5.2, natomiast w przydatku zamówienia, którego przedmiotem był *wybór wykonawcy kompleksowych robót budowlanych w zakresie rozbudowy ... – kontynuacja* stwierdzono trzy naruszenia przepisów Wytycznych, tj.: pkt 5 sekcji 6.5.2, pkt 8 sekcji 6.5.2 oraz pkt 9 lit. b) sekcji 6.5.2. Na podkreślenie zasługuje fakt, że ewentualne stwierdzenie tylko jednego naruszenia procedur określonych w sekcji 6.5.1 lub 6.5.2 przy przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia eliminuje możliwość skorzystania przez Zamawiającego z zapisów zwartych w podrozdziale 6.5 i udzielenia zamówienia w trybie z „wolnej ręki” czy rozeznania rynku.

Dodatkowo warto zauważyć, że oba postępowania zostały wszczęte w okresie obowiązywania pandemii SARS-CoV-2, zatem nie jest to sytuacja, której nie można było przewidzieć, jak uzasadnia Strona w zastrzeżeniach. Gdyby nawet uznać, że pomimo powyższego, Beneficjent miał podstawy do niestosowania procedur, to jak sama Strona zauważyła, zgodnie z pkt 9 podrozdz. 6.5 Wytycznych, spełnienie przesłanek z pkt 7 i 8 **musi być pisemnie uzasadnione**. Beneficjent w trakcie żadnej z kontroli Instytucji Zamawiającej nie przedstawił pisemnego uzasadnienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia lub wyjątkowej sytuacji, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której wcześniej nie dało się przewidzieć, a która byłaby przesłanką odstąpienia od stosowania procedur. To obowiązkiem Beneficjenta jest wykazanie spełnienia przesłanek dających mu możliwość niestosowania procedur obowiązujących dla zamówień o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. PLN netto. Warto również zwrócić uwagę, że w obu podpunktach jest mowa o pilnej potrzebie/natychmiastowym wykonaniu zamówienia oraz braku możliwości zachowania terminów określonych w sekcji 6.5.2 pkt 10 (termin na złożenie oferty (decyduje data wpływu oferty do zamawiającego) wynosi co najmniej 7 dni – w

przypadku dostaw i usług, **co najmniej 14 dni - w przypadku robót budowlanych** oraz w przypadku zamówień sektorowych o wartości niższej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp). Z dokumentacji przedstawionej IZ nie wynikało, by zaistniała pilna potrzeba (konieczność) udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć bądź by wymagana była natychmiastowa realizacja zamówienia. Argumentacja powyższego nie została również zawarta w piśmie stanowiącym zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej z dnia 3 października 2023 r. Dlatego też Instytucja Zarządzająca nie zgadza się z tym, że Beneficjent miał podstawy do niestosowania procedur o których jest mowa w sekcji 6.5.2 Wytycznych ze względu na wyjątkową sytuację, której wcześniej nie można było przewidzieć oraz ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Reasumując powyższe a także mając na uwadze, iż przeprowadzone postępowania o udzielenie zamówień miały istotne wady (brak w ogłoszeniu szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, określenie warunków udziału w postępowaniu przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia oraz określenie kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji” w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców), **Instytucja Zarządzająca uważa, że Beneficjent nie był uprawniony do wyłonienia wykonawcy „z wolnej ręki” czy też w trybie rozeznania rynku, gdyż zapis wyżej wymienionych Wytycznych w punkcie 7 podrozdziału 6.5 mówi wyraźnie: „możliwe jest niestosowanie procedur określonych w sekcjach 6.5.1 i 6.5.2 przy udzielaniu zamówień w następujących przypadkach:**

a) w wyniku prawidłowego zastosowania zasady konkurencyjności określonej w sekcji 6.5.2 nie wpłynęła żadna oferta lub wpłynęły tylko oferty podlegające odrzuceniu, albo wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu; zawarcie umowy w sprawie realizacji zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności jest możliwe, gdy pierwotne warunki zamówienia nie zostały zmienione.”

Instytucja Zarządzająca podkreśla, że Beneficjent zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie był zobowiązany do bezwzględnego stosowania zasad i warunków dofinansowania w niej zawartych tj. Beneficjent nie miał pełnej swobody i dyspozycyjności w podejmowaniu interpretacji zapisów umowy o dofinansowanie, ponieważ realizował projekt dofinansowany z udziałem środków publicznych, a nie całkowicie środków własnych. Poprzez zawarcie umowy o dofinansowanie projektu beneficjenci mają obowiązek zrealizować i rozliczyć swój projekt według zasad określonych w umowie o dofinansowanie w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego

Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, a których to zasad Beneficjent zobowiązany był również przestrzegać, poddając się ich rygorowi poprzez podpisanie przedmiotowej umowy o dofinansowanie. Takie działanie pozostawałoby również w sprzeczności z art. 37 ust. 1 ustawy wdrożeniowej, na podstawie którego Instytucja Zarządzająca jest zobowiązana do uwzględniania zasady równego dostępu do pomocy wszystkich kategorii beneficjentów oraz zapewniania przejrzystości reguł stosowanych przy ocenie projektu.

W przedmiotowej sprawie należy podkreślić, iż w ramach projektu, który realizowany jest na podstawie umowy o dofinansowanie, Beneficjent dysponował środkami publicznymi z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020, w odniesieniu do których, gdy chodzi o ich dystrybucję oraz wykorzystywanie, obowiązują szczególnego rodzaju zasady, w tym między innymi takie zasady ogólne, jak zasada przejrzystości, czy też transparentji, a co do przestrzegania tych zasad Beneficjent był zobowiązany przez postanowienia m.in. umowy o dofinansowanie (vide: § 3 ust.1 tejże Umowy).

Naruszenie zatem przez Beneficjenta procedur opisanych w Wytycznych czy w umowie o dofinansowanie projektu dało Instytucji Zarządzającej podstawę do stwierdzenia obowiązku zwrotu tych środków jako wykorzystanych sprzecznie z tymi procedurami (art. 207 ust.1 pkt 2 u.f.p).

Zgodnie z art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. w przypadku gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, – podlegają zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Podstawowy akt prawa krajowego, który określa zasady prowadzenia polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, podmioty prowadzące tę politykę oraz tryb współpracy między nimi, stanowi ustawa wdrożeniowa. Zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej za przygotowanie i prawidłową realizację programu operacyjnego odpowiada instytucja zarządzająca, którą w przypadku programu regionalnego jest zarząd województwa. Do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi (vide: art. 9 ust. 2) dokonywanie płatności ze środków programu operacyjnego na rzecz beneficjentów, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów - w

przypadku regionalnego programu operacyjnego, monitorowanie postępów realizacji programu operacyjnego, odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań oraz decyzji o zapłacie odsetek, o których mowa odpowiednio w art. 207 ust. 9 i art. 189 ust. 3b ustawy o finansach publicznych.

Szczegółowe zasady dofinansowania projektu, który został wybrany w ramach RPOWŚ na lata 2014-2020 regulowane są w formie umowy, zawieranej pomiędzy beneficjentem, którego projekt został wybrany do dofinansowania, a Instytucją Zarządzającą. Umowa ta określa prawa i obowiązki beneficjenta, w tym zasady zwrotu otrzymanych środków w przypadku nieprawidłowego ich wykorzystania oraz podstawy uznania, że środki są wykorzystywane nienależycie. Cywilnoprawny charakter umowy o dofinansowanie powoduje, że w zakresie w niej nieunormowanym zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego oraz przepisy aktów właściwych dla systemu wdrażania funduszy europejskich, takich jak ustawa wdrożeniowa, a także procedury, wytyczne i instrukcje wydawane przez właściwe instytucje zaangażowane w proces realizacji programu operacyjnego. Treść takiej umowy nie może zostać ukształtowana w sposób dowolny, gdyż zawierana jest w warunkach związania stron systemem realizacji programu operacyjnego przyjętym przez Instytucję Zarządzającą na podstawie art. 6 ustawy wdrożeniowej. Umowa o dofinansowanie jest więc elementem projektu, tj. przedsięwzięcia realizowanego w ramach programu operacyjnego. W związku z powyższym, nie wypełnienie jej postanowień przez beneficjenta ma wpływ na realizację przez instytucję zarządzającą kompetencji do odzyskiwania kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację projektu.

Z punktu widzenia regulacji zamieszczonych w umowie o dofinansowanie projektu, których celem jest ochrona interesów UE należy zauważyć, że w każdym wzorze umowy dostępnym na stronie internetowej instytucji zarządzającej znalazły się regulacje dotyczące szczegółowych zasad i warunków, na jakich miało być dokonywane przekazywanie, wykorzystanie i rozliczanie wydatków kwalifikowalnych poniesionych przez beneficjenta na realizację projektu w tym unormowania, które określały m.in.: całkowitą wartość realizacji projektu, wydatki kwalifikowalne, okres realizacji projektu, wkład własny beneficjenta, zasady kwalifikowalności wydatków, zabezpieczenie prawidłowej realizacji umowy a także zasady ponoszenia wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych oraz ponoszenia wydatków zgodnie z

zasadą uczciwej konkurencji. Ponadto we wzorze umowy znalazły się regulacje dotyczące zasad monitoringu i sprawozdawczość projektu, obowiązki w zakresie archiwizacji oraz informacji i promocji; zasady zachowania trwałości projektu, kontrolę realizacji projektu, skutki prawne nieprawidłowości przy wykorzystaniu dofinansowania, odpowiedzialności beneficjenta za dysponowanie środkami publicznymi.

W przypadku w którym umowa o dofinansowanie projektu zobowiązywała Beneficjenta do stosowania Wytycznych kwalifikowalności wówczas Beneficjent był zobowiązany do ich stosowania. Wobec powyższego, Instytucja Zarządzająca zwraca uwagę, że Beneficjent zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie był zobowiązany do bezwzględnego stosowania zasad i warunków dofinansowania w niej zawartych ponieważ realizował projekt dofinansowany z udziałem środków publicznych, a nie całkowicie środków własnych.

Zgodnie z sekcją 6.2 pkt 3 Wytycznych kwalifikowalności wydatków:

„(...) Wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający następujące warunki:

- został faktycznie poniesiony w okresie wskazanym w umowie o dofinansowanie projektu, z zachowaniem warunków określonych w podrozdziale 6.1
- został poniesiony zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie projektu,
- jest niezbędny do realizacji celów projektu i został poniesiony w związku z realizacją projektu,
- został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- został należycie udokumentowany, zgodnie z wymogami w tym zakresie określonymi w Wytycznych, Wytycznych PT, o których mowa w rozdziale 4 pkt 2, lub ze szczegółowymi zasadami określonymi przez IZ PO,
- został wykazany we wniosku o płatność zgodnie z Wytycznymi w zakresie warunków gromadzenia i przekazywania danych w postaci elektronicznej,
- jest zgodny z innymi warunkami uznania go za wydatek kwalifikowalny określonymi w Wytycznych (...).

Obowiązki państw członkowskich i Komisji w zakresie wydatkowania środków finansowych budżetu Unii doprecyzowano w odpowiednich przepisach Rozporządzenia nr 1303/2013.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013 „nieprawidłowość - oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa

unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem".

Mając na uwadze omówioną powyżej definicję nieprawidłowości, obowiązującą w prawie wspólnotowym, należy więc wskazać, iż skutki finansowe wynikające z danego naruszenia, na jakie mógł być narażony budżet Wspólnoty mają wymiar nie tylko rzeczywisty (udowodniony), ale również i wymiar potencjalny (trudny do oszacowania).

Taki sposób rozumienia definicji nieprawidłowości ugruntował się już w utrwalonej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w Wyroku TSUE w sprawie C-406/14 z dnia 14 lipca 2016 r. oraz w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 w sprawie C-408/16 stwierdził, że: „naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych.”

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów z wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w którym Beneficjent zarzucił Organowi *„naruszenie art.6 k.p.a w zw. z art. 145 k.p.a w zw. z § 12 pkt.7 i 8 umowy o dofinansowanie nr RPSW.02.05.00-26-.../19-00 w zakresie w jakim postępowanie w sprawie zostało wszczęte po upływie terminu wskazanego w umowie, organ pomimo braku ujawnienia nowych dowodów w sprawie wszczął postępowanie w materii która został zakończona”* Organ stwierdza, że zarzut nie ma pokrycia w obowiązujących przepisach.

Beneficjent w uzasadnieniu ww. zarzutu wskazał, że *Organ wydał swoją decyzję w oparciu o raport pokontrolny z dnia04.2022 r, kontrola przeprowadzona była w dniu04.2022 r. Zgodnie z § 12 pkt 7 i 8 umowy o dofinansowanie (...) wskazano, że Instytucja (...) ma prawo w terminie 14 dni od dnia zawarcia przez Beneficjenta umowy z wykonawcą do weryfikacji pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzeniem zamówień publicznych i wzywania Beneficjenta do składania wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca, podnoszenie rzekomych nieprawidłowości nastąpiło w sprawie po upływie terminu do zgłoszenia zastrzeżeń. (...) Nie wskazano podstawy prawnej podjęcia postępowania. Doszło więc do naruszenia art.6 k.p.a w zw. z art. 145 k.p.a.”* Dalej Beneficjent wskazuje, że wznawiając postępowanie z urzędu w oparciu o sprecyzowaną w przepisie art. 145§ 1 pkt 5 k.p.a. przesłankę wznowienia, organ precyzuje także

dowody lub okoliczności faktyczne potwierdzające jej zaistnienie, natomiast w niniejszej sprawie organ podjął postępowanie pomimo, że nie zrobił tego na wcześniejszych etapach, dochodziło do wypłaty kolejnych transz dofinansowania, nie podnoszono uchybień w okresie w którym była ku temu sposobność.

W związku z powyższym, Instytucja Zarządzająca pragnie zaznaczyć, że we wszystkich pismach kierowanych do Beneficjenta wskazana była podstawa prawna działania Instytucji Zarządzającej. Beneficjent powołuje się m.in. na informację pokontrolną z dnia ... kwietnia 2022 r. w związku z tym Instytucja Zarządzająca wyjaśnia, że każdy beneficjent realizujący projekt dofinansowany ze środków unijnych musi liczyć się z obowiązkiem poddania się kontroli. Staje się ona swojego rodzaju sprawdzianem z poprawnej realizacji prowadzonego przedsięwzięcia i zastosowania wszystkich wiążących zasad związanych z pozyskaniem funduszy unijnych, a jej wynik uzależniony jest przede wszystkim od poprawnego przygotowania beneficjenta. Kontrole w projektach unijnych prowadzone są w oparciu o art. 23 Ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 czyli ustawy wdrożeniowej, a także na podstawie zapisów umowy o dofinansowanie. Biorąc pod uwagę tryb ich przeprowadzania, Beneficjent może mieć do czynienia z dwoma rodzajami kontroli – planowymi oraz doraźnymi. Kontrole realizacji programu operacyjnego służą zapewnieniu, że system zarządzania i kontroli programu operacyjnego działa prawidłowo, a wydatki w ramach programu ponoszone są zgodnie z prawem oraz zasadami unijnymi i krajowymi. Formą kontroli planowej jest również wizyta monitoringowa przed pierwszą płatnością przekazywaną w ramach projektu (w formie zaliczki lub refundacji), jednakże przeprowadzenie takiej kontroli to prawo a nie obowiązek Instytucji Zarządzającej.

Wspólną cechą wszystkich rodzajów kontroli jest sporządzana po ich zakończeniu informacja pokontrolna. Zawiera ona treści dotyczące uchybień czy nieprawidłowości, które zdiagnozował zespół kontrolujący, a także zalecenia pokontrolne służące beneficjentowi jako wytyczne do naprawienia wszelkich nieprawidłowości. Po otrzymaniu informacji pokontrolnej beneficjent ma prawo do zgłoszenia w terminie 14 dni zastrzeżeń do informacji pokontrolnej i w tym terminie następuje także wyjaśnienie wszelkich wątpliwości zaistniałych po kontroli.

W związku z powyższym, dany projekt może być poddawany kontroli wielokrotnie w trakcie realizacji jak iw okresie trwałości, a wszelkie ustalenia poczynione w ich trakcie należy uznać za wiążące. Co więcej, zgodnie z 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 ustawy wdrożeniowej w przypadku późniejszego stwierdzenia jej wystąpienia.

Jak wyżej wskazano, kontrole działają w oparciu o ustawę wdrożeniową w której z kolei wskazano, że do kontroli nie znajdują zastosowania przepisy kodeksu postępowania administracyjnego, natomiast informacja pokontrolna to nie decyzja administracyjna w rozumieniu k.p.a. – art. 24 ust. 4 ustawy wdrożeniowej. W związku z powyższym zarzut jakoby Instytucja Zarządzająca naruszyła zasadę praworządności o której mowa w art. 6 k.p.a jest bezzasadny, tak samo jak bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 145 k.p.a. Instytucja Zarządzająca przeprowadzając kolejne kontrole w projekcie w żadnym momencie nie wznowiła postępowania zakończonego decyzją ostateczną, nawet decyzja administracyjna nr ... z dnia ...maja 2023 r. wydana zgodnie z przepisami k.p.a. nie jest ostateczna, ponieważ Beneficjent złożył wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Ponadto, Instytucja Zarządzająca w toku wszczętego postępowania administracyjnego, jeżeli pojawią się jakiegokolwiek wątpliwości co do dotychczasowych ustaleń w projekcie ma prawo przeprowadzać kolejne kontrole w celu wyjaśnienia wątpliwości.

Kolejnymi zarzutami postawionymi przez Beneficjenta to pod pkt 2 wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy - *naruszenie art. 8 k.p.a poprzez odstąpienie od utrwalonej praktyki rozpatrywania sprawy, stosowania odmiennych kryteriów rozstrzygania sprawy o takim samym stanie faktycznym tj. naruszenie zasady proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania;*

Pkt 7 wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy - *naruszenie przepisów art. 44 ust. 3 pkt 1 u.f.p.poprzez uznanie, że zastosowane w postępowaniu ofertowym Beneficjenta kryterium oceny ofert nie zapewnia wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo tego, że zastosowane przez Beneficjenta kryterium zapewniało wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;*

Pkt 8 wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy - *naruszenie przepisów prawa materialnego: art. 207 ust.1 pkt 2, ust. 2a oraz art. 207 ust. 9 pkt 1 i art.60 pkt 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305), dalej „f.p” w zw. z art.6 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020.818) poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że w przypadku skarżącego doszło do naruszenia procedury wydatkowania środków unijnych i krajowych, a tym samym wydatki te nie spełniają kryteriów kwalifikowalności,*

co prowadzić ma do uznania środków przyznanych w ramach dofinansowania za wydatkowane z naruszeniem procedur i tym samym podlegających zwrotowi, podczas gdy w ramach przedmiotowego dofinansowania żadne środki nie były wydatkowane sprzecznie z wnioskiem o dofinansowanie, umową o dofinansowanie, regulaminem konkursu oraz wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 lipca 2017 r;

Uzasadniając ww. zarzuty Beneficjent kolejny raz nie zgodził się z zarzutem naruszenia przez niego § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 Wytycznych kwalifikowalności wydatków. Według Beneficjenta postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zasady konkurencyjności zostało prawidłowo przeprowadzone. Dochował wyższej staranności niż wymagana i przeprowadził prawidłowo dodatkowe rozeznanie rynku. Beneficjent podtrzymał, że niezależnie od opisu przedmiotu zamówienia w samym zapytaniu ofertowym, to w ogłoszeniu przedmiotowego postępowania wskazano na możliwość zapoznania się z pełną dokumentacją projektową (techniczno – budowlaną) na miejscu w siedzibie Zamawiającego, a że dokumentacja była obszerna uniemożliwiło to jej zeskanowanie do formatów i objętości dozwolonej w Bazie Konkurencyjności. Ponadto, w ogłoszeniu podany był kontakt do Zamawiającego, istniała także możliwość składania pytań przez Bazę konkurencyjności, a więc jeśli którykolwiek z wykonawców miałby jakiegokolwiek wątpliwości do opisu przedmiotu zamówienia to zadałby pytanie, a nikt się z żadnym pytaniem nie zgłosił.

Dalej Beneficjent nie zgodził się z ustaleniem, że kryterium oceny ofert – okres gwarancji- został sformułowany w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (nie wykazując dolnej i górnej granicy gwarancji). Beneficjent wskazuje, że za kryterium „okres gwarancji” możliwe było do uzyskania maksymalnie ... pkt., sposób jej obliczenia pozwalał na proporcjonalne porównanie ofert, co jest bardziej sprawiedliwe bo można proporcjonalnie a nie arbitralnie przez narzucony przez Zamawiającego system punktowy je porównać. Żaden z obowiązujących dokumentów prawnych w tym Wytycznych kwalifikowalności nie wprowadza nakazów stosowania systemu punktowego. Beneficjent zarzucił Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Świętokrzyskiego stosowanie proporcjonalnego modelu zastosowanego przez Beneficjenta w zaproszeniu do składania ofert na wykonanie i montaż oznakowania granic ..., znak: ...2019 (pomimo tego, że wskazano iż ww. dokument jest w załączeniu do pisma – dokument nie został załączony).

Ponadto, Beneficjent zakwestionował ustalenia co do naruszenia przez niego art. 207 ust.1 pkt 2, ust. 2a oraz art. 207 ust. 9 pkt 1 i art. 60 pkt 6 u.f.p., gdyż według niego organ musi wskazać na konkretne zachowanie beneficjenta, które spowodowało naruszenie określonej normy prawnej lub postanowienia umownego, a więc procedur o których mowa w art. 184 u.f.p. Ponadto, konieczne jest jednoczesne wykazanie, że wskutek ich naruszenia doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. W przedmiotowej sprawie w przekonaniu Beneficjenta Organ nie dopełnił w należyty sposób wskazanego wyżej obowiązku. Beneficjent nie zgodził się również ze sposobem wyliczenia dofinansowania do zwrotu kwoty ... zł według niego żądana kwota nie uwzględnia przesłanek zawartych w art. 143 Rozporządzenia 1303/13. Kwotę korekty należy określić przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności czyli charakteru, wagi stwierdzonej nieprawidłowości, straty finansowej poniesionej przez dany fundusz. W przypadku nieprawidłowości jednorazowej a nie powtarzającej się, należy badać każdy przypadek indywidualnie. W ocenie Beneficjenta Organ, w sposób nienależyty wykazał, że doszło do naruszenia przepisów sekcji 6.5.1. pkt 1 w zw. z przepisami 6.5.2 pkt 9 w zw. z przepisami 6.5 pkt 7 lit a). Niewystarczające jest dla zastosowania 100 % stawki korekty, że doszło do zastosowania zasady konkurencyjności w sposób nieprawidłowy, a na podstawie § 9 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie warunków obniżania korekt finansowych (...) jeżeli zostanie stwierdzone w ramach jednego zamówienia kilka nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę o najwyższej wartości.

Mając na względzie powyższe zarzuty, jak również zarzut sformułowany w pkt. 6 wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy dotyczący naruszenia przez Instytucję Zarządzającą „*art.107§ 1 i 3 k.p.a poprzez sporządzenie uzasadnienia zaskarżonej decyzji w sposób uniemożliwiający zweryfikowanie zarzutów stawianych skarżącemu, brak w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazania szczegółowych przyczyn, z uwagi, na które Instytucja Zarządzająca uznała, że doszło do naruszenia procedury wydatkowania środków unijnych i krajowych, a tym samym wydatki te nie spełniają kryteriów kwalifikowalności*” Instytucja Zarządzająca ponownie wyjaśnia, z jakich powodów doszło do uznania, że Beneficjent naruszył procedury wydatkowania środków dofinansowania.

W związku z powyższym, w tym miejscu należy przytoczyć kilka zapisów sekcji Wytycznych kwalifikowalności wydatków, które w opinii Instytucji Zarządzającej zostały przez Beneficjenta naruszone.

Zgodnie z sekcją 6.5 pkt 1 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków

„(...) Instytucja będąca stroną umowy o dofinansowanie projektu zobowiązuje beneficjenta w tej umowie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT), w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Spełnienie powyższych wymogów następuje w drodze zastosowania Pzp albo zasady konkurencyjności określonej w sekcji 6.5.2.”

Zgodnie z sekcją 6.5 pkt 7 lit a Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków

„(...) Możliwe jest niestosowanie procedur określonych w sekcjach 6.5.1 i 6.5.2 przy udzielaniu zamówień w następujących przypadkach:

a) w wyniku prawidłowego zastosowania zasady konkurencyjności określonej w sekcji 6.5.2 nie wpłynęła żadna oferta, lub wpłynęły tylko oferty podlegające odrzuceniu, albo wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu; zawarcie umowy w sprawie realizacji zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności jest możliwe, gdy pierwotne warunki zamówienia nie zostały zmienione.”

Zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków

„(...) Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, opis przedmiotu zamówienia nie może zawierać odniesień do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. W wyjątkowych przypadkach dopuszcza się stosowanie takich odniesień, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób zgodnie ze zdaniem pierwszym. Takim odniesieniom muszą towarzyszyć słowa „lub równoważne”. W przypadku gdy zamawiający korzysta z możliwości zastosowania takich odniesień, nie może on odrzucić oferty jako niezgodnej z zapytaniem ofertowym, jeżeli wykonawca udowodni w swojej ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w zapytaniu ofertowym.”

Zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 8 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków

„(...) Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, o ile zostaną zawarte w zapytaniu ofertowym, o którym mowa w pkt 11 lit. a, określane są w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można formułować warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

Kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia są formułowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy czym:

- a) każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia,
- b) każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie poinformowany wykonawca, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób,
- c) wagi (znaczenie) poszczególnych kryteriów powinny być określone w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty,
- d) kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej oraz doświadczenia. Zakaz ten nie dotyczy zamówień na usługi społeczne i innych szczególnych usług oraz zamówień o charakterze nie priorytetowym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- e) cena może być jedynym kryterium oceny ofert. Poza wymaganiami dotyczącymi ceny wskazane jest stosowanie jako kryterium oceny ofert innych wymagań.

Zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 9 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków

„(...) Kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia są formułowane w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy czym:

- a) każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia,
- b) każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie poinformowany wykonawca, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób,
- c) wagi (znaczenie) poszczególnych kryteriów powinny być określone w sposób umożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty,
- d) kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego

wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej oraz doświadczenia. Zakaz ten nie dotyczy zamówień na usługi społeczne i innych szczególnych usług oraz zamówień o charakterze nie priorytetowym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

e) cena może być jedynym kryterium oceny ofert. Poza wymaganiami dotyczącymi ceny wskazane jest stosowanie jako kryterium oceny ofert innych wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, takich jak np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia, koszty eksploatacji oraz organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.”

W wyniku dokonanej w dniach od ... do ... lutego 2022 r. oraz na dokumentach zamieszczonych w systemie SL do ... kwietnia 2022 r. oraz w dniu .. grudnia 2022 r., a także na dokumentach zamieszczonych przez Beneficjenta w systemie SL 2014 w dniach ... stycznia 2023 r. i ...stycznia 2023 r. oraz ... września 2023r. weryfikacji dokumentów dotyczących zamówień udzielonych w ramach projektu nr RPSW.02.05.00-26-.../19 stwierdzono uchybienia i nieprawidłowości w ramach postępowania na kontynuację robót budowlanych w zakresie rozbudowy Postępowanie zostało wszczęte ... lutego 2021 r. poprzez zamieszczenie zapytania ofertowego na stronie <https://.bazakonkurencyjnosfunduszeuropejskie.gov.pl> (nr ogłoszenia ...).

W wyniku przeprowadzonego postępowania nie wpłynęła żadna oferta, wobec czego Beneficjent w dniu ... marca 2021 r. dokonał rozeznania rynku u trzech potencjalnych wykonawców czego efektem było podpisanie w tym samym dniu umowy na roboty budowlane nr ... z Wykonawcą – ... Kielce, na warunkach udzielonych w zamówieniu. Wartość wynagrodzenia Wykonawcy została ustalona w wysokości ... 000,00 zł netto z terminem realizacji umowy do ... czerwca 2021 r.

Instytucja Zarządzająca stwierdziła, że przeprowadzone postępowanie miało istotne wady wobec czego Beneficjent nie był uprawniony do wyłonienia wykonawcy z „wolnej ręki”.

W trakcie weryfikacji przedmiotowego postępowania Instytucja Zarządzająca stwierdziła następujące uchybienia i nieprawidłowości:

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewyższające wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 8 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji” w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencyjności oraz równego traktowania Wykonawców co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie.

Ponadto, w wyniku dokonanej w dniu ... grudnia 2022 r. oraz na dokumentach zamieszczonych przez Beneficjenta w systemie SL 2014 w dniach ... stycznia 2023 r. i ... stycznia 2023 r. oraz ... września 2023r. weryfikacji dokumentów dotyczących zamówień udzielonych w ramach projektu nr RPSW.02.05.00-26-0.../19 stwierdzono uchybienia i nieprawidłowości w ramach postępowania na roboty budowlane w zakresie rozbudowy Niniejsze postępowanie zostało wszczęte ... listopada 2020 r. poprzez zamieszczenie zapytania ofertowego na stronie <https://.bazakonkurencyjnosfunduszeuropejskie.gov.pl> (nr ogłoszenia ...).

W wyniku przeprowadzonego postępowania nie wpłynęła żadna oferta, wobec czego Beneficjent przeprowadził postępowanie na wybór wykonawcy z „wolnej ręki” czego efektem było podpisanie w dniu ... listopada 2020 r. umowy na roboty budowlane nr/2020 z Wykonawcą – ul. ... Kielce, na warunkach udzielonych w zamówieniu. Wartość wynagrodzenia Wykonawcy została ustalona w wysokości ... 000,00 zł netto z terminem realizacji umowy do stycznia 2021 r.

Instytucja Zarządzająca stwierdziła, że przeprowadzone postępowanie miało istotne wady wobec czego Beneficjent nie był uprawniony do wyłonienia wykonawcy z „wolnej ręki”.

W trakcie weryfikacji przedmiotowego postępowania Instytucja Zarządzająca stwierdziła następujące uchybienia i nieprawidłowości:

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

- w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający sformułował kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji” w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencyjności oraz równego traktowania Wykonawców co stanowi naruszenie § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie.

Odnosząc się do naruszenia § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie, w związku z nieopisaniem przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania na wstępie należy zwrócić uwagę, że w przypadku, kiedy zamawiający będący beneficjentem środków europejskich udziela zamówienia poza ustawą Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest do stosowania Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, regulujących sposób prowadzenia procedury, która ma doprowadzić do podpisania umowy. Brak dopełnienia procedur przewidzianych w ww. wytycznych w zakresie sposobu wyboru wykonawcy skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych. Zamawiający udzielający zamówienia o wartości szacunkowej powyżej ... 000,00 zł netto zobowiązany jest do opublikowania zapytania ofertowego w Bazie Konkurencyjności. Powyższe stanowi o prawidłowym wszczęciu postępowania prowadzonego zgodnie z zasadą konkurencyjności W ramach przedmiotowego projektu Beneficjent miał do zrealizowania roboty budowlane związane z rozbudową ...”. Wartość całkowita robót, zgodnie z kosztorysem inwestorskim wynosiła ... zł netto, a prace zostały podzielone na dwa etapy: stan surowy zamknięty oraz wykończenie, dla których Beneficjent przeprowadził odrębne postępowania. Zamówienie na wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową ... zostało oszacowanie przez Zamawiającego w wysokości ... 000,00 zł netto. Zamówienie na wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową ... – kontynuacja robót zostało oszacowane przez Zamawiającego w wysokości ... 000 00 zł netto i oba zamówienia zostały opublikowane przez Zamawiającego na Bazie Konkurencyjności.

Zgodnie z zapisami sekcji 6.5.2 pkt 10 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością, z uwzględnieniem ewentualnych zamówień, o których mowa w pkt 7 lit. g., przy czym ustalając wartość zamówienia należy wziąć pod uwagę konieczność łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- usługi, dostawy oraz roboty budowlane są tożsame rodzajowo lub funkcjonalnie,
- możliwe jest udzielenie w tym samym czasie,
- możliwe jest wykonanie zamówienia przez jednego wykonawcę.

W przypadku udzielania zamówienia w częściach wartość zamówienia ustala się jako łączną wartość poszczególnych jego części. Ponadto, w pkt 12 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków wskazano, że w przypadku zamówień realizowanych przez beneficjentów, którzy nie są

zamawiającymi w rozumieniu Pzp, wartość zamówienia ustala się w odniesieniu do danego projektu.

W ramach postępowania na roboty budowlane w zakresie”, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że „Przedmiotem zamówienia są roboty i materiały budowlane niezbędne do wykonania rozbudowy budynku usługowego –” zgodnie z zakresem robót określonym w dokumentacji projektowej. Wymieniona dokumentacja projektowa znajduje się w posiadaniu Zamawiającego (zostanie każdorazowo udostępniona do wglądu po uprzednim kontakcie potencjalnego oferenta). Zakres robót i materiałów budowlanych niniejszego postępowania obejmuje stan surowy zamknięty.”

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył następujących kodów CPV:

44000000-0 Konstrukcje i materiały budowlane,

45000000-7 Roboty budowlane

45111200-0 roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne

45111230-9 roboty w zakresie stabilizacji gruntu

45261000-4 Wykonanie pokryć i konstrukcji dachowych oraz podobne roboty,

45262500-6 Roboty murarskie i murowe,

45310000-3 Roboty instalacyjne elektryczne,

45320000-6 Roboty izolacyjne,

45343000-3 Roboty instalacyjne przeciwpożarowe,

4521100-5 Instalowanie drzwi i okien i podobnych elementów.

Zgodnie z załączonym do ogłoszenia o zamówieniu zapytaniu ofertowym z dnia ... listopada 2020 r. przedmiotem zamówienia były kompleksowe roboty budowlane w zakresie rozbudowy na działce zlokalizowanej w dz. Nr do stanu surowego zamkniętego, a rozbudowa polegać miała na powiększeniu dotychczas istniejącego budynku o dodatkowe m² powierzchni.

Szczegółowy zakres zamówienia określała dokumentacja projektowa budynku, obejmująca roboty budowlane oraz instalacyjne. W zakres zamówienia wchodził stan surowy zamknięty. W treści zapytania ofertowego Zamawiająca wskazała, że będzie kontaktowała się z Oferentami za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz telefonicznie.

W ramach postępowania na **kontynuację robót budowlanych w zakresie rozbudowy**

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że „Przedmiotem zamówienia są roboty i materiały budowlane niezbędne do wykonania rozbudowy budynku usługowego –” zgodnie z

zakresem robót określonym w dokumentacji projektowej. Wymieniona dokumentacja projektowa znajduje się w posiadaniu Zamawiającego (zostanie każdorazowo udostępniona do wglądu po uprzednim kontakcie potencjalnego oferenta). Zakres robót i materiałów budowlanych niniejszego postępowania obejmuje kontynuację budowy od stanu surowego zamkniętego.”

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył następujących kodów CPV:

44000000-0 Konstrukcje i materiały budowlane,

45000000-7 Roboty budowlane

45261000-4 Wykonanie pokryć i konstrukcji dachowych oraz podobne roboty, 45262500-6 roboty murarskie i murowe,

45310000-3 roboty instalacyjne elektryczne,

45320000-6 roboty izolacyjne,

45343000-3 roboty instalacyjne przeciwpożarowe,

4521100-5 Instalowanie drzwi i okien i podobnych elementów.

Nie ulega wątpliwości, że jedną z najważniejszych czynności zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Czynność ta stanowi podstawę do ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia, a także powinna umożliwić potencjalnym wykonawcom bez jakichkolwiek wątpliwości i dodatkowych interpretacji prawidłowe zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie niezbędne do jego realizacji, jak również obliczyć cenę oferty. Zamawiający zobowiązany jest więc opisać świadczenie, jakiego oczekuje od wykonawców, a wykonawcy na podstawie sporządzonego opisu mogą składać oferty (dokonując ich wyceny) na warunkach określonych w dokumentach zamówienia. Nie można wykluczyć, że w przypadku, kiedy opis przedmiotu zamówienia zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu jest niewystarczający lub niedokładny to może to uniemożliwić potencjalnym oferentom pełne określenie przedmiotu zamówienia.

W ramach przedmiotowych zamówień szczegółowy opis robót budowlanych zawierała dokumentacja projektowa, która znajdowała się w posiadaniu Zamawiającego. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokumentacja miała zostać każdorazowo udostępniona do wglądu po uprzednim kontakcie potencjalnego oferenta. Z treści opisu przedmiotu zamówienia nie wynikało w jaki sposób dokumentacja zostanie udostępniona potencjalnym oferentom.

W trakcie czynności kontrolnych postępowania na kontynuację robót budowlanych w piśmie z dnia ... maja 2022 r. Beneficjent wskazał, że „*Niezależnie od opisu przedmiotu zamówienia w samym zapytaniu ofertowym, to w ogłoszeniu przedmiotowego postępowania wskazano bowiem na możliwość zapoznania się z pełną dokumentacją projektową (techniczno-budowlaną) na miejscu w siedzibie Zamawiającego. Należy zaznaczyć, iż dokumentacja była obszerna, przygotowana w większych formatach niż A4, co uniemożliwiło zeskanowanie jej do formatów i objętości dozwolonej w Bazie konkurencyjności. Nie tylko Beneficjenta, ale i wielu innych zamawiających w postępowaniach ogłaszanych na Bazie konkurencyjności odsyłają wykonawców do zapoznania się z dokumentacją u siebie na miejscu (...) co jest także uzasadnione, iż przy tej okazji dokonywana jest wizja lokalna, które jest pożądana dla prawidłowego zrozumienia zakresu robót do wykonania. Nadto, w ogłoszeniu podany był kontakt do Zamawiającego, istniała także możliwość składania pytań poprzez bazę konkurencyjności. Nikt się z żadnym pytaniem nie zgłosił, a więc jeśli którykolwiek z wykonawców miałby jakiegokolwiek wątpliwości do opisu zamówienia, to był sformułowałby pytania i wyraził swoje wątpliwości”.* Dodatkowo, w piśmie z dnia ... sierpnia 2022 r. Beneficjent wskazał, że „*Oba postępowania na roboty budowlane (...) oparte były na tej samej konstrukcji logicznej, opis przedmiotu zamówienia w treści zapytania ofertowego i dostępność projektów budowlanych do wglądu na miejscu u Beneficjentki projektu*”.

Zgodnie z sekcją 6.5.2 pkt 5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Instytucji Zarządzającej brak upublicznienia pełnego opisu przedmiotu zamówienia oraz możliwość pozyskania istotnej jego części w wyniku kontaktu z Zamawiającym jedynie na miejscu prowadzenia prac/ siedzibie zamawiającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać wykonawcy wszystkie warunki i przedmiot jego przyszłego świadczenia, gdyż od niego będzie zależeć decyzja wykonawcy o złożeniu oferty a następnie kalkulacja ceny.

W przypadku zamówienia na rozbudowę w opisie przedmiotu zamówienia zostało jedynie wskazane, że przedmiotem zamówienia są roboty i materiały budowlane niezbędne do wykonania rozbudowy budynku usługowego ... zgodnie z zakresem robót określonym w dokumentacji projektowej, natomiast zakres robót i materiałów obejmował stan surowy zamknięty, przy czym dokumentacja projektowa znajdowała się w posiadaniu Zamawiającego. Podobnie było w przypadku zamówienia na kontynuację robót, gdzie wskazano w opisie przedmiotu zamówienia, że

przedmiotem zamówienia są roboty i materiały budowlane niezbędne do wykonania rozbudowy budynku usługowego od stanu surowego zamkniętego. Dokumentacja projektowa i w tym przypadku znajdowała się w posiadaniu Zamawiającego.

W ocenie Instytucji Zarządzającej brak określenia materiałów z jakich miał być wykonany budynek ..., ilości materiałów do budowy instalacji elektrycznych, rodzaju pokrycia budynku, ilości okien, drzwi, etc. nie pozwalał na rzetelną wycenę prac. Podanie jedynie powierzchni budynku przy zamówieniu na rozbudowę ... lub, że zakres robót i materiałów budowlanych obejmuje kontynuację budowy od stanu surowego nie jest opisem wyczerpującym i jednoznacznym, na podstawie którego potencjalny wykonawca może złożyć rzetelnie wycenioną ofertę.

Podstawowe zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 99-103 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023, poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Co prawda Beneficjent nie był zobowiązany do stosowania ustawy Pzp., jednak na podstawie zawartej umowy był zobowiązany do stosowania Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W tym miejscu na uwagę zasługuje wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 27 stycznia 2021 r. sygn. akt III SA/GI 595/20, gdzie wskazano, że *„... w sprawie Beneficjent nie był wprost zobowiązany do stosowania reguł prawnych z P.z.p. to jednak wypracowane na gruncie tej ustawy zasady winny być przezzeń zachowane. Stanowią one bowiem powtórzenie regulacji P.z.p. bądź do nich nawiązują, stąd też wypracowane na ich gruncie orzecznictwo może mieć w sprawie pośrednie zastosowanie jako zawierające wskazówki co do zasad prawidłowego postępowania przy wylanianiu wykonawców. Skład orzekający podziela w całości pogląd WSA zawarty w wyroku z 8 maja 2012 r. w sprawie V SA/Wa 274/12, gdzie stwierdzono, iż "zasada uczciwej konkurencji jest w zasadzie traktowana jako odpowiednik zamówień publicznych, mającym zastosowanie do podmiotów, które nie podlegają ustawie prawo zamówień publicznych. Wprowadzenie reguł ograniczających swobodę wydatkowania środków publicznych przez podmioty realizujące projekty miało określony cel, a celem tym było zagwarantowanie jak najszerszego dostępu do zamówień poprzez uczciwą konkurencję i równe traktowanie wszystkich podmiotów". Podobne stanowisko zostało wyrażone przez WSA w Białymstoku w wyroku z dnia 12 maja 2021r. I SA/Bk 167/21.*

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż zgodnie z art. 99 ust 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie

dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W tym miejscu, na uwagę zasługuje choćby Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. sygn. KIO 2944/21, który wskazuje jak istotne jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia, gdzie wskazano „... że opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu i jest z jednej strony uprawnieniem, z drugiej zaś obowiązkiem Zamawiającego, który musi pamiętać o tym, aby w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić swoje wymagania, z drugiej uczynić to z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Doniosły charakter tej czynności wynika z tego, że dokonywany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia ... Dostrzeżenia wymaga, że prawidłowy opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny nie tylko dla ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia ale przede wszystkim odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby Zamawiającego a także umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.” Zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy Pzp zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jak słusznie zauważono w orzecznictwie: *Obowiązkiem zamawiającego działającego na podstawie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych jest opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 p.z.p.) oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty* za: wyrok SA w Krakowie z dnia 25 czerwca 2018 r. I AGa 17/18. Jakkolwiek wyrok ten odwołuje się do nieobowiązującej już ustawy Prawo zamówień publicznych, to należy zauważyć, iż treść powołanego w nim art. 31 odpowiada obecnej treści art. 103 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Instytucji Zarządzającej dokonany przez Beneficjenta opis przedmiotu zamówienia w ramach dwóch prowadzonych postępowań był niewystarczający co mogło uniemożliwić potencjalnym wykonawcom pełne określenie przedmiotu zamówienia, a to z kolei mogło mieć skutek odstrasżający, a tym samym potencjalnie ograniczający konkurencję,

zwłaszcza, że w ramach przeprowadzonych postępowań o zamówienie zapoznanie się potencjalnych wykonawców z zakresem robót do zrealizowania w ramach powyższych postępowań miało nastąpić jedynie w siedzibie Beneficjenta. W ocenie Instytucji Zarządzającej w przypadku, gdy zamawiający zaniechał wskazania informacji niezbędnych do przygotowania oferty na równych warunkach przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, dochodzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ nałożone ograniczenie do zapoznania się z zakresem robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji w siedzibie Beneficjenta, co jasno zostało dookreślone przez Beneficjenta w ramach przekazanej Instytucji Zarządzającej korespondencji, oznacza, że w korzystniejszej sytuacji znaleźli się ci z potencjalnych wykonawców, którzy mają swoją siedzibę/oddziały położone w pobliżu siedziby Beneficjenta. Nie ulega wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia powinien jednak umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, nawet jeśli wartość zamówienia jest stosunkowo niewielka. Zasada równego traktowania potencjalnych wykonawców sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wszystkim zainteresowanym określenie tych elementów robót, które są niezbędne dla kalkulacji ceny, takich jak np. wymiar robót, rodzaj wymaganych materiałów itp. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego, nawet jeśli wartość zamówienia jest stosunkowo niewielka i skierowana raczej na rynek lokalny.

Zdaniem Instytucji Zarządzającej, uzasadnienie udostępnienia dokumentacji projektowej potencjalnym wykonawcom w siedzibie Zamawiającego dokonaniem wizji lokalnej, która, w ocenie Beneficjenta jest pożądana dla prawidłowego zrozumienia zakresu robót do wykonania zamówienia, nie może zastąpić sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który jak już wskazano jest jednym z podstawowych obowiązków spoczywających na zamawiającym. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców obowiązku zapoznania się z warunkami realizacji zamówienia podczas wizji lokalnej. Ewentualna wizja lokalna może mieć jedynie charakter pomocniczy dla wykonawców ubiegających się o zamówienie, tymczasem w niniejszej sprawie wizja lokalna stała się elementem obowiązkowym, niezbędnym do tego, aby wykonawca mógł sformułować ofertę w

postępowaniu. Nadmienić w tym miejscu należy, że w ogłoszeniu o zamówieniu nie było żadnej informacji o możliwości przeprowadzenia ewentualnej wizji lokalnej.

W zakresie zadawania pytań przez wykonawców, Instytucja Zarządzająca chce zauważyć, że kwestia potrzeby ich zadawania Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat złożenia ważnej oferty. Owszem wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści zapytania ofertowego, lecz wcale nie musi tego robić. Instytucja Zarządzająca stoi na stanowisku, że brak w ogłoszeniu szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, określenie warunków udziału w postępowaniu przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia oraz określenie kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji” w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, mógł być właśnie przyczyną braku zainteresowania potencjalnych wykonawców wykonaniem tego zamówienia, a tym samym brakiem pytań.

Mając na uwadze powyższe, Instytucja Zarządzająca stwierdza, że Beneficjent poprzez brak zachowania wymogu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, naruszył § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5 pkt 1, sekcją 6.5.2 pkt 5 oraz sekcją 6.5 pkt 7 lit a. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

Odnosząc się do naruszenia § 12 ust 1 umowy o dofinansowanie, w związku z sformułowaniem kryterium oceny ofert – „okres udzielenia gwarancji” w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencyjności oraz równego traktowania Wykonawców Instytucja Zarządzająca wskazuje, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu w ramach ww. postępowań kryteria oceny ofert stanowiły cena (...%) oraz okres gwarancji (...%).

W odniesieniu do okresu gwarancji Zamawiający wskazał, że „...% punkty za kryterium „Okres gwarancji” zostaną przyznane według następującego wzoru: *(Okres gwarancji o ofercie badanej/ Okres gwarancji w ofercie z najdłuższym okresem gwarancji) x100x...%= ilość punktów.*

Wobec powyższego należy zaznaczyć, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest poinformowanie potencjalnych wykonawców o wszystkich kryteriach, jakimi będzie się on kierował przy wyborze oferty. Opis kryterium winien być jednoznaczny i zrozumiały, aby wyeliminować sytuację wygrywania ofert z nieracjonalnie długim okresem gwarancji. A zatem Zamawiający powinien konkretnie i racjonalnie określić maksymalny okres dopuszczalnej

gwarancji bez używania w jednym opisie kryterium nieprecyzyjnych określeń z jednej strony „wymagany” a z drugiej strony „oczekiwany”, bo tylko konkretne określenie maksymalnego okresu gwarancji zapewni uczciwą konkurencyjność postępowania. Istotne jest również to, że tak sformułowane kryteria mogą doprowadzić do sytuacji (szczególnie jeżeli waga takiego kryterium jest istotna), w której najkorzystniejszą ofertę złoży wykonawca oferujący nierealny termin obowiązywania gwarancji (np. 30 lat) lub nierealny, zbyt krótki termin wykonania zamówienia. Brak ograniczenia górnej granicy gwarancji rodzi ryzyko, że zamawiający otrzyma ofertę, której zakres wykracza poza potrzeby zamawiającego lub jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawcę. Oczywiście, należy także wziąć pod uwagę przedmiot zamówienia. O ile 30 letni okres gwarancji w przypadku robót budowlanych może nie wywołać wątpliwości zamawiającego co do jego realności, to np. już w przypadku dostawy sprzętu komputerowego lub informatycznego bez posiadania specjalistycznej wiedzy można stwierdzić, że taki okres gwarancji jest nierealny i niewykonalny (biorąc pod uwagę czas użytkowania takiego sprzętu, który wynosi co najwyżej kilka lat). Niezależnie jednak od tego, czy zamawiający dopuścił się przy tak określonym kryterium oceny ofert naruszenia, to wskazanie przez wykonawcę nierealnego (zbyt długiego) okresu obowiązywania gwarancji może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Na taki problem wskazała KIO w wyroku z dnia 23 marca 2016 roku (KIO 369/16), w którym stwierdziła, że „sztuczne wydłużenie okresu gwarancji urządzenia należy pożytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres.”. Oznacza to, że ewentualne zaoferowanie nierealnego okresu gwarancji wiązałoby się właśnie z czynem nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji oznaczać może odrzucenie oferty takiego wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że ocena ofert może być dokonana tylko przy użyciu jasno określonych i przede wszystkim mierzalnych kryteriów, a także określonego sposobu ich stosowania. Informacja o sposobie oceny jest dla potencjalnych wykonawców przecież wskazówką, czego oczekuje zamawiający, jak przygotować ofertę i według jakich zasad oferta ta będzie oceniana.

W ocenie Instytucji Zarządzającej Beneficjent w opisie przedmiotu zamówienia nie określił właściwie minimalnej oraz maksymalnej granicy gwarancji, powyżej której nie będzie już przyznawana wyższa punktacja, wskazał jedynie **oczekiwany** okres gwarancji ... m-ce, wobec czego Instytucja Zarządzająca stoi na stanowisku, że Zamawiający w sposób ogólnikowy

sformułował kryterium wyboru ofert wskazując jedynie, że najwyższą liczbę punktów uzyska oferta z najdłuższym okresem gwarancji.

Mając na uwadze powyższe, Instytucja Zarządzająca stwierdza, że Beneficjent poprzez brak zachowania wymogu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na sformułowanie kryterium ofert „Okres gwarancji” w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, poprzez brak określenia minimalnego oraz maksymalnego okresu gwarancji naruszył § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5 pkt 1, sekcją 6.5.2 pkt 5 oraz sekcją 6.5 pkt 7 lit a. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

Beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, powołał się na dokument Urzędu Marszałkowskiego znak:2019 zarzucając, że Urząd zastosował taki sam proporcjonalny model jaki zastosowała Beneficjentka. Instytucja Zarządzająca zaznacza jednak, że w ww. sprawie przedmiotem zamówienia było wykonanie i montaż oznakowania i dlatego w opinii Instytucji Zarządzającej chociażby ze względu na sam przedmiot zamówienia i zakres robót te dwie sprawy nie mogą być porównywane i IZ nie może odnieść się do zapisów przywołanego dokumentu gdyż zamówienie nie było przedmiotem kontroli Instytucji Zarządzającej nie było również realizowane w ramach projektów dofinansowanych ze środków UE w ramach RPOWŚ na lata 2014-2020.

Ponadto, Beneficjent powołuje się na zasadę proporcjonalności, która według Instytucji Zarządzającej oznacza, iż opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Adekwatność, konieczność i wystarczalność to wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, zaś ważną wskazówką jest obowiązek oceny sytuacji rynkowej przez Zamawiającego przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu.

Dalej Beneficjent przedstawia pogląd, że porównanie ofert proporcjonalne a nie arbitralne przez narzucony przez zamawiającego system punktowy jest bardziej sprawiedliwy. Dodatkowo zaznacza, że żaden z obowiązujących dokumentów prawnych nie wprowadza nakazów stosowania systemu punktowego. W związku z tym, ponownie wskazać należy, że kryterium oceny ofert, w odróżnieniu do warunków udziału w postępowaniu, które zasadniczo związane są z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania danego zamówienia, a więc dotyczą właściwości wykonawcy, odnosi się do oferowanego świadczenia i ma na celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. O ile najkorzystniejsza oferta może być wybrana również na podstawie

kryteriów jakościowych (tu gwarancja), to ich dobór i stosowanie muszą być z wyprzedzeniem starannie przez zamawiającego przemyślane, ponieważ od nich zależy, czy wybrana oferta będzie istotnie ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego. Gwarancja jakości jest uprawnieniem kupującego do żądania od gwaranta usunięcia wady sprzedanej rzeczy lub jej wymiany, jeśli wada ujawni się w okresie gwarancji. Jest narzędziem zapewniającym utrzymanie jakości przedmiotu umowy przez określony czas po zawarciu transakcji, odnoszą się do niej zatem często także podmioty udzielające zamówień w kryteriach oceny ofert. Gwarancja, w odróżnieniu od rękojmi za wady, ma charakter umowny, jest dobrowolna i uzależniona od woli gwaranta oraz obowiązuje na podstawie dokumentu gwarancyjnego, który określa czas jej trwania, sposób dochodzenia praw w przypadku stwierdzenia wady a także warunki utrzymania gwarancji i podmiot będący gwarantem. Kryterium terminu na jaki zostanie udzielona gwarancja nierozzerwalnie wiąże się z koniecznością ustalenia przez zamawiającego w zapytaniu ofertowym zasad i warunków korzystania z gwarancji. Zamawiający powinien jak najbardziej precyzyjnie określić warunki korzystania z udzielonej gwarancji, by wyeliminować przypadki kalkulowania i formułowania ofert wyłącznie w celu pozyskania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający powinien w zapytaniu ofertowym tak sformułować wymagania dotyczące gwarancji, by nie utracić uprawnień wynikających z gwarancji. Zatem zastosowanie kryterium okresu gwarancji może przynieść spodziewany efekt jedynie przy dołożeniu przez Zamawiającego staranności zarówno przy formułowaniu opisu samego kryterium, jak i wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia oraz warunków przyszłej umowy z wykonawcą. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił właściwie warunków gwarancji. Również w opisie kryterium oceny ofert nie zawarł informacji w jakim zakresie pozostają w związku z przedmiotem zamówienia. Dodatkowo, to właśnie w związku z brakiem opisu przedmiotowego kryterium i określenia poziomów okresu gwarancji, mogła nastąpić rażąca dysproporcjonalność terminów w złożonych ofertach. Ponadto to jedynie od Zamawiającego zależałoby, czy taka dysproporcjonalność terminów jest już rażąca, czy też nie. Zarówno określenie kryteriów oceny ofert, jak i opis tych kryteriów powinny wyłączać możliwość dowolnej oceny dokonywanej przez zamawiającego, a jest to możliwe, jeżeli kryteria oceny ofert i ich opis będą jednoznacznie określone i nie będą pozostawiały wątpliwości, co i w jaki sposób w ramach danego kryterium będzie podlegało ocenie. Zatem kryterium powinno być sformułowane w sposób umożliwiający wszystkim odpowiednio poinformowanym i dochowującym należytej staranności oferentom zapoznanie się z ich dokładnym zakresem i zinterpretowanie ich w ten sam sposób. Nieprecyzyjny opis kryterium oceny ofert mógł doprowadzić do odmiennej interpretacji analizowanego kryterium przez każdego z oferentów, a w konsekwencji do pominięcia przy

formułowaniu oferty istotnych dla Zamawiającego elementów składowych. Niezaprzeczalnie, kryterium odnoszące się do terminu trwania gwarancji ma bezpośredni wpływ na sporządzenie ofert, w szczególności w aspekcie wysokości ceny zamówienia. Ustanowienie dłuższego okresu gwarancji jakości zwykle wiąże się ze zwiększeniem kosztów należytego wykonania umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Koszty związane z gwarancją należy bowiem powiązać z kosztami ewentualnych napraw, wymiany zużytych elementów, przeglądów gwarancyjnych, utrzymania jakości instalacji na niezmienionym poziomie. Zatem wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość wyceny ofert przez wykonawców - ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie. Beneficjent, wskazując kryterium oceny ofert: "okres gwarancji" w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinien przynajmniej określić minimalne i maksymalne wymagania co do okresu oczekiwanej gwarancji, co stanowiłoby punkt odniesienia dla potencjalnych wykonawców. Tak sformułowane kryterium oceny ofert umożliwiłoby oferentom prawidłowe skalkulowanie oferty i w konsekwencji podjęcie decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia przy uwzględnieniu wszystkich elementów mających wpływ na kształt przedstawianej oferty. W przypadku nieokreślenia maksymalnej granicy okresu gwarancji przewagę mógł uzyskać wykonawca, który wskazałby najdłuższy a niekoniecznie też realny okres gwarancji, de facto eliminując możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, którzy mimo przedstawiania krótszego okresu gwarancji, również byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie. Jeden z uczestników postępowania poprzez wykazanie bardzo długiego okresu gwarancji, przy aktualnych zasadach przyznawania punktów spowodowałby, że wykonawca wskazujący krótszy okres gwarancji, otrzymałby kilka razy mniej punktów i żeby móc konkurować o zamówienie z wykonawcą wskazującym najdłuższy okres gwarancji musiałby określić cenę na znacznie niższym poziomie, aby mieć realną szansę na uzyskanie tego zamówienia. Premiowanie dłuższego okresu gwarancji musi mieć rozsądne granice dla jakości realizacji zamówienia. Realizując zamówienie Beneficjent powinien kierować się m.in. zasadą uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, wprowadzając natomiast zbyt ogólne założenia do opisu kryteriów oceny ofert, Beneficjent wprowadził zbyt dużą dowolność w kształtowaniu okresu na jaki zostanie udzielona gwarancja i stworzył ryzyko, że przedstawione oferty nie będą mogły zostać porównane. Z powyższego wynika, że dokonanie przez Zamawiającego nieprecyzyjnego opisu kryteriów oceny ofert doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przestrzeganie zasady równego traktowania polega przede wszystkim na stosowaniu wobec wszystkich wykonawców jednej miary, czyli stawianiu takich samych wymagań, takiej samej weryfikacji ich

spełniania oraz konsekwencji w ich egzekwowaniu. Natomiast zasada uczciwej konkurencji z kolei nakazuje stosowanie uczciwych praktyk. Uwzględnianie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie oznacza zapewnienia możliwości udziału w tym postępowaniu każdemu przedsiębiorcy, jednakże określenie przez Zamawiającego nieprecyzyjnych wymagań względem wykonawców może naruszać zasadę uczciwej konkurencji. O ile w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał minimalny wymagany okres gwarancji – ... m-ce i oczekiwany okres gwarancji – ... m-ce to nie koresponduje to z kryterium oceny ofert – „okres gwarancji”. Zamawiający sformułował kryterium wyboru ofert "okres gwarancji" w sposób zbyt ogólnikowy, wskazując jedynie, że najwyższą liczbę punktów uzyska oferta z najdłuższym okresem gwarancji. Charakter stwierdzonego naruszenia mógł w konsekwencji wyeliminować z udziału w zamówieniu podmioty, które przedstawiłyby ofertę z niższą ceną, a to z kolei zaowocowałoby możliwością zmniejszenia wydatkowanych z budżetu Unii Europejskiej środków na realizację tego projektu. Działanie Beneficjenta spowodowało zatem ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie doprowadziło do wyboru oferty, która niekoniecznie była najkorzystniejsza. W konsekwencji budżet UE mógł zostać narażony na straty finansowe. Mając na uwadze powyższe nie sposób zgodzić się z Beneficjentem, że brak ofert nie wynikał z nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia ani warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert, ale z uwarunkowań zewnętrznych rynku usług budowlanych w Polsce. W tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym, udzielenie zamówienia z „wolnej ręki” i pominięcie zasady konkurencyjności w sytuacji, gdy przeprowadzone postępowanie miało istotne wady, jest niedopuszczalne w świetle pkt 7 sekcji 6.5 ww. Wytycznych.

Odnosząc się do naruszenia § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie, w związku z określeniem przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu na rozbudowę przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia Instytucja Zarządzająca wskazuje, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, że „*Składający ofertę musi spełniać poniższe warunki oraz przedłożyć dokumentację potwierdzającą ich spełnienie tj. wykazać realizację co najmniej 2 podobnych zamówień w okresie ostatnich 3 lat od upływu terminu składania ofert (a jeśli okres działalności jest krótszy – w tym czasie co najmniej 1 zamówienia), gdzie wartość każdego zamówienia wynosiła min. ... 000,00 pln netto*”, przy czym szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w wysokości ... 000,00 zł netto. Warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane z zachowaniem zasady proporcjonalności. W ocenie Instytucji Zarządzającej Beneficjent sformułował w przeprowadzonym postępowaniu warunek udziału w postępowaniu

dotyczący realizacji podobnych robót budowlanych w sposób nieproporcjonalny i dyskryminujący potencjalnych wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu mają przecież na celu zbadanie, czy potencjalny wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, a zatem muszą być określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, przy czym warunki te nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony, tym samym ograniczający dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie.

Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie jest zobowiązany do umożliwienia wszystkim wykonawcom konkurującym na danym rynku, udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej jednak, ustalenie warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia uzasadnionych jego potrzeb oraz umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców. To na zamawiającym ciąży trudny obowiązek zapewnienia, by warunki te pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, bez jednoczesnego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt: KIO 262/17 wskazała, że zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu – ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy – musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Podkreśliła przy tym, iż zamawiający zobowiązany jest do postępowania według określonych w art. 7 ustawy zasad, mając na względzie przesłanki z art. 22 ust. 1a ustawy, zatem warunek udziału w postępowaniu musi być związany bezpośrednio z przewidzianym do wykonania w ramach danego zamówienia przedmiotem. Izba zauważyła, że warunek udziału w postępowaniu stanowi materię, która jest zindywidualizowana na dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, i jego ukształtowanie stanowi szczególne uprawnienie w ramach podejmowanych przez zamawiającego czynności. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że ukształtowanie warunku przez zamawiającego doznaje ograniczenia, w ten sposób że zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej zdolności niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania

przedmiotu zamówienia. Izba odwołała się do orzeczenia Trybunału (wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. sygn. akt C-448/01) mówiącego, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa a dyskryminować małych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie.

Mając na uwadze powyższe, Instytucja Zarządzająca stwierdza, że Beneficjent poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia naruszył § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 8 oraz sekcją 6.5 pkt 7 lit a. Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

Celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi.

Minister Rozwoju w Rozporządzeniu z 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2020 r. poz. 2179, z późn. zm.), określił warunki obniżania wartości korekt finansowych, wynikających m.in. ze stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej, a także ich stawki procentowe, mając na względzie charakter i wagę nieprawidłowości, w związku ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, określającym możliwość obniżania tych wartości korekty.

Zgodnie z tym dokumentem wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniu UE poniesionych w ramach tego zamówienia. Wartość korekty finansowej może być obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania UE jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej a charakter i wagę nieprawidłowości ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszeń zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. Zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 pn. "Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych", dla kategorii nieprawidłowości indywidualnej z tytułu nieuzasadnionego, bezpośredniego udzielenia zamówienia w związku z tym, że przeprowadzone

postępowanie miało istotne wady i Beneficjent nie był uprawniony do wyboru wykonawcy z „wolnej ręki” (pkt. 1 załącznika do rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r.) stawka korekty wynosi: 100%. Wskazać należy, że w Rozporządzeniu z dnia 29 stycznia 2016 r. konkretne naruszenia przepisów P.z.p. mają przypisany wymiar szkody, a więc już samo ich wystąpienie jest jednoznaczne z wystąpieniem szkody i jej wymiarem. Bez znaczenia pozostaje to, czy szkoda ma charakter rzeczywisty, czy potencjalny, bowiem nieprawidłowością w rozumieniu Rozporządzenia 1303/2013 jest "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". Wobec czego nieprawidłowością może być nie tylko naruszenie przepisów P.z.p. ale również innych przepisów, które to naruszenia wyczerpują znamiona nieprawidłowości wskazane w Rozporządzeniu 1303/2013. W przypadku stwierdzonych naruszeń przepisów P.z.p. w odniesieniu do kontrolowanych zamówień wystąpiła tzw. szkoda potencjalna, a co się z tym wiąże - naliczenie korekty następuje przy zastosowaniu metody wskaźnikowej, zawartej w rozporządzeniu o korektach. Zgodnie z treścią § 5 ust. 2 tego rozporządzenia, stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych, pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych są określone w załączniku do rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości w analizowanej sprawie są trudne do oszacowania, bowiem nie można stwierdzić ile ofert mogłoby zostać złożonych, w przypadku gdyby:

- Beneficjent opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, nie budzący żadnych wątpliwości potencjalnych wykonawców (w ramach obu postępowań),
- określił w sposób jednoznaczny i precyzyjny kryterium oceny ofert „Okres gwarancji, (w ramach obu postępowań),
- postawił warunki udziału w postępowaniu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców (postępowanie na rozbudowę ...).

W ocenie Instytucji Zarządzającej powyższe działanie Beneficjenta doprowadziło do udzielenia ww. zamówień z pominięciem zastosowania zasady konkurencyjności w sytuacji, w której nie została spełniona przesłanka niezbędna do udzielenia zamówienia z „wolnej ręki”. Brak w dokumentacji przetargowej szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz określenie kryterium

oceny ofert (okres udzielenia gwarancji) i warunków udziału w postępowaniu w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wykluczają zastosowanie pkt 7 podrozdziału 6.5 Wytycznych i pominięcie zasady konkurencyjności.

Instytucja Zarządzająca wskazuje że w przypadku stwierdzenia konkretnej nieprawidłowości organ dokonuje własnej oceny jej charakteru, znaczenia szkody, jaką wywołała lub mogłaby wywołać w okolicznościach danej operacji lub programu. W przedmiotowej sprawie organ na etapie kontroli dokonał oceny szkody w kontekście stwierdzonego naruszenia i nałożył korektę finansową. Zastosowanie procentowej wartości korekty zgodnie z Taryfikatorem oznacza automatycznie miarkowanie korekty. Beneficjent poprzez błędne przygotowanie ww. postępowań naruszył naczelne zasady związane z udzielaniem zamówienia, w tym zasadę konkurencyjności. Wskutek tego naruszył zasady, dotyczące stosowania prawa unijnego, powodując tym samym powstanie szkody potencjalnej w budżecie UE. Instytucja Zarządzająca ponownie pragnie zaznaczyć, że gdyby skutki finansowe popełnionej przez Stronę nieprawidłowości były możliwe do oszacowania to wtedy wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu byłaby równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia (vide: § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r.).

Obowiązek przeprowadzenia postępowania wyłaniającego wykonawcę w sposób zgodny z prawem wspólnotowym i krajowym poprzez m.in. zapewnienie przestrzegania zasad przejrzystości, jawności i ochrony uczciwej konkurencji oraz równości szans wykonawców na rynku ofert w trakcie tego postępowania, jest jednym z fundamentalnych obowiązków jakie Beneficjent musi spełnić w celu zachowania prawidłowej realizacji Projektu. W związku z czym, aby wydatki ponoszone w trakcie realizacji Projektu mogły być uznane za kwalifikowalne do dofinansowania, Strona była zobowiązana do ścisłego przestrzegania procedur i przepisów obowiązujących przy ich wykorzystaniu. W sytuacji, gdy obowiązki te zostały również określone w umowie o dofinansowanie czy dokumentach stanowiących podstawę systemu realizacji RPOWŚ na lata 2014-2020, Strona zobowiązana była do ich przestrzegania w sposób ścisły i obligatoryjny. Jeżeli program stawia określone wymagania, należy je spełnić, by skorzystać z możliwości dofinansowania projektu. Ustalone kryteria, jak i wytyczne wiążą w równym stopniu wszystkich beneficjentów (por. wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 23 sierpnia 2011 r. sygn. akt II SA/Bd 672/11, wyrok NSA z 18 maja 2011 r. sygn. akt II GSK 817/11, wyrok NSA z 16 listopada 2010 r. sygn. akt II GSK 1234/10).

W przedmiotowej sprawie warunki kwalifikowalności wydatków nie zostały spełnione, bowiem nie sposób uznać za kwalifikowalny wydatku, który został zrealizowany niezgodnie z postanowieniami Umowy o dofinansowanie (vide: § 12 ust.1 umowy o dofinansowanie), a także niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego.

Zgodnie z ugruntowanym już w poprzedniej perspektywie finansowej orzecnictwem sądów administracyjnych takie istotne naruszenie przez Stronę procedury obowiązującej przy wykorzystaniu otrzymanego dofinansowania, określonej w umowie o dofinansowanie, stanowi wystarczającą podstawę do przyjęcia, że zaistniała przesłanka określona w art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p, uzasadniająca wydanie decyzji określającej kwotę dofinansowania podlegającą zwrotowi (wyrok NSA sygn. akt: II GSK 732/11).

Na tej podstawie stwierdzić można, iż zaszła niezależna podstawa do żądania zwrotu części dofinansowania, gdyż Strona naruszyła procedurę wydatkowania środków z zachowaniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Materialnoprawne przesłanki zwrotu przez Stronę środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich określa art. 207 ust. 1 pkt 2 u.f.p. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184, podlegają zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od doręczenia ostatecznej decyzji stwierdzającej ten obowiązek.

Odnosząc się w tym miejscu do przytaczanej wielokrotnie definicji *nieprawidłowości* zawartej w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013, należy zwrócić uwagę, że na gruncie poprzednio obowiązującego Rozporządzenia, tj. Rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 roku ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 nieprawidłowością było „*jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego*”. Aktualnie obowiązująca definicja nieprawidłowości doprecyzowała kwestię tego, jakiego systemu porządku prawnego ma dotyczyć naruszenie tj. naruszenie jakich przepisów prawa oceniane będzie w kategoriach nieprawidłowości.

Poprzednio definicja wskazywała na naruszenie przepisów prawa wspólnotowego. Obecnie zapis Rozporządzenia 1303/2013 wskazuje na *każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego*. W treści art. 12 wskazano: „*Przedsięwzięcia EFSI oraz operacje, które są wspierane z tych funduszy, powinny być zgodne z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i odpowiednimi przepisami prawa krajowego i, które wdrażają bezpośrednio lub pośrednio niniejsze rozporządzenie i przepisy dotyczące poszczególnych funduszy*”.

Przywołany wyżej przepis wiąże pojęcie nieprawidłowości ze skutkiem w postaci szkody, jednakże poprzez tę szkodę rozumie nie tylko szkodę rzeczywistą, stanowiącą obiektywnie rzecz biorąc uszczerbek w budżecie Unii Europejskiej, o charakterze wymiernym, ale także szkodę potencjalną. Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego. Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej sądów administracyjnych: WSA we Wrocławiu w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt III SA/Wr 881/14 wskazał, że: "Wystarczy jednak samo tylko wykazanie, że określone nieprawidłowości powstałe wskutek zachowania się beneficjenta mogły jedynie (choć wcale nie musiały) narazić ogólny budżet Unii Europejskiej na uszczerbek, nawet bliżej niewykazany ("potencjalny)". " (...) szkoda o której mowa w tym przepisie nie musi być konkretną stratą finansową, bowiem do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy istnienie ryzyka, czy też zagrożenia, że szkoda ta powstanie. Już językowa wykładnia tego przepisu wskazuje, że szkoda może mieć charakter potencjalny (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 marca 2013 r. sygn. akt II GSK 51/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r. sygn. akt II GSK 159/12, z dnia 21 listopada 2014 r. sygn. akt II GSK 919/13)". "Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad przepisów u.p.z.p. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Ponadto "Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE". (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 2015 r., sygn. akt II GSK 1653/14).

Mając powyższe na uwadze, Instytucja Zarządzająca potwierdza stanowisko zawarte w decyzji nr ... stwierdzające, że zaszła podstawa do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w odniesieniu do Beneficjenta, w łącznej

wysokości: ... zł (słownie: ...) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

Instytucja Zarządzająca odnosząc się do kolejnego zarzutu z pkt 4 wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy „*naruszenie art. 78 § 1 k.p.a. poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań zgłoszonych świadków opinii biegłego z zakresu zamówień publicznych oraz stanowiska prawnego z dnia 15.07.2022 r. mimo, iż przedmiotem były okoliczności mające znaczenie dla sprawy*”, podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Postanowieniu nr .../22 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia ... listopada 2022 r. W ocenie Organu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do wydania rozstrzygnięcia i nie było konieczności jego uzupełniania o dowody z zeznań świadków.

Z treści art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a. wynika, że w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności, z urzędu lub na wniosek stron podejmują wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli, zaś organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy. Z kolei, stosownie do art. 75 § 1 k.p.a. jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny.

Zgodnie z art. 78 § 1 k.p.a. żądanie strony dotyczące przeprowadzenia dowodu powinno być uwzględnione, jeżeli przedmiotem dowodu jest okoliczność mająca znaczenie dla sprawy. Organ może nie uwzględnić żądania strony, które nie zostało zgłoszone w toku przeprowadzania dowodów lub w czasie rozprawy, jeżeli żądanie to dotyczy okoliczności już stwierdzonych innymi dowodami, chyba że mają one znaczenie dla sprawy (art. 78 § 2 k.p.a.). Zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 sierpnia 2017 r. (sygn. I OSK 1607/16, LEX nr 2345355), w każdym postępowaniu organ ma obowiązek zgromadzenia dowodów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia danej sprawy i poczynienia na tej podstawie niezbędnych ustaleń faktycznych. O tym, jakie ustalenia faktyczne są konieczne dla załatwienia sprawy, decydują jednak prawidłowo wyłożone przepisy prawa materialnego, a nie subiektywne przekonanie strony. Żaden organ prowadzący postępowanie nie ma obowiązku przeprowadzenia wszystkich dowodów wnioskowanych przez stronę. Wskazywanych przez nią środków dowodowych nie można pominąć tylko wtedy, gdy nie zostały wyjaśnione sporne fakty mające

znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Powoduje to, że tylko nieustalenie okoliczności mających znaczenie dla sprawy można uznawać za naruszenie reguł procedowania, które mogłoby mieć wpływ na treść ustaleń faktycznych, a w konsekwencji na treść orzeczenia kończącego postępowanie w danej sprawie. (wyrok NSA z 29 listopada 2016 r., sygn. II GSK 3322/15, LEX nr 2230883).

Dodatkowo, jak wskazał WSA w Krakowie w wyroku z dnia 9 sierpnia 2018 r., sygn. akt: III SA/Kr 221/18 „Organ może odmówić przeprowadzenia dowodu, jeżeli strona za pomocą zgłaszanego dowodu ma zamiar udowodnić okoliczności już udowodnione, a zatem dotychczas zebrane dowody potwierdzają tezę dowodową wnioskującego, z materiału już zgromadzonego wynikają fakty zgodne z ową tezą.”

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że obowiązek wyczerpującego zebrania przez organ materiału dowodowego nie oznacza nieograniczonego obowiązku poszukiwania przez ten organ materiałów dowodowych, które miałyby wykazać okoliczności korzystne dla strony postępowania. To strona postępowania ma obowiązek przedstawić takie dowody, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki. Na stronie postępowania administracyjnego ciąży bowiem obowiązek udowodnienia okoliczności, na podstawie których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Podsumowując, to strona powinna przekazać organowi dowody dotyczące okoliczności, których wykazanie leży w jej interesie, pod rygorem negatywnych dla niej skutków procesowych. Podobnie, strona powinna przedłożyć dowody, gdy ich przekazanie zależy wyłącznie od jej woli. W takich sytuacjach nieskuteczne będzie, co do zasady, późniejsze kwestionowanie przez stronę ustaleń faktycznych poczynionych przez organ administracji i podnoszenie zarzutu niewyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy. Beneficjent naruszył treści § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5.2 pkt 1, pkt 5, pkt 8, pkt 9 oraz przepisy sekcji 6.5 pkt 7 lit. a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, co zostało wykazane w trakcie kontroli projektu i prowadzonym postępowaniu administracyjnym.

W niniejszym zarzucie Beneficjent przedstawia również pogląd, powołując się na Informację pokontrolną z dnia ... sierpnia 2022 r., w której stwierdzono, że dokonał zakupów zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie oraz zrealizował w 100 % wskaźniki produktu i rezultatu, to że skoro zrealizował przedmiot umowy to nie doszło do wyrządzenia szkody w budżecie UE. W związku z tym, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i stwierdzone naruszenia w tym szczegółowy opis na czym szkoda polega, w opinii Instytucji Zarządzającej Beneficjent

dokonał dowolnej oceny zarówno stwierdzonych nieprawidłowości jak i samej wykładni szkody w budżecie UE.

Co do nie uwzględnienia opinii radcy prawnego z dnia ...lipca 2022 r., Instytucja Zarządzająca stoi na stanowisku, że opinia prawna jest pomocniczym materiałem analitycznym, który jest pomocny ale nie jest wiążący dla Organu, natomiast pracownicy Organu - zespołu kontrolnego dysponują dostateczną wiedzą i doświadczeniem by ostatecznie zająć stanowisko w sprawie. Co należy podkreślić, opinia prawna została sporządzona w oparciu o przedstawiony stan faktyczny, który nie uwzględniał wyników kontroli przeprowadzonej w grudniu 2022r.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu z pkt 5 wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy tj., procedowania sprawy w sposób przewlekły, Instytucja Zarządzająca zaznacza, że w trakcie postępowania administracyjnego w pismach znak: IR-XIV.432.....2022 z dnia ... listopada 2022 r. , IR-XIV.432.....2022 z dnia ... grudnia 2022 r., IR-XIV.432.....2022 z dnia ... marca 2023 r., IR-XIV.432.....2022 z dnia ... kwietnia 2023 r. oraz IR-XIV.432.....2022 z dnia ... czerwca 2023 r. Beneficjent był informowany, że zgodnie z art. 37 § 1 k.p.a. przysługuje mu prawo wniesienia ponaglenia do organu prowadzącego postępowanie w przypadku uznania, że zachodzi:

1. beczynność organu, czyli niezakończenie sprawy w terminie określonym w art. 35 k.p.a. lub przepisach szczególnych ani w terminie wskazanym zgodnie z art. 36 § 1,
2. przewlekłość postępowania, czyli prowadzenie postępowania trwa dłużej niż to jest niezbędne do zakończenia sprawy.

Ponaglenie wnosi się do Zarządu Województwa Świętokrzyskiego jako Instytucji Zarządzającej RPOWŚ na lata 2014-2020. Z powyższego prawa Beneficjent skorzystał w trakcie trwania postępowania odwoławczego, składając ponaglenie na rażącą przewlekłość postępowania z dnia ... sierpnia 2023 r. (wpływ do IZ w dniu .. sierpnia 2023r.) oraz pismo w sprawie z dnia ... września 2023 r. (wpływ do IZ w dniu ... września 2023r.). W odpowiedzi na ww. pisma, Instytucja Zarządzająca w piśmie z dnia ... września 2023 r. oraz ... września 2023r. wyjaśniła Stronie, że w opinii IZ w niniejszej sprawie nie ma podstaw do uznania, że postępowanie było prowadzone w sposób przewlekły lub z rażącym naruszeniem prawa.

W przypadku zaistnienia przesłanek skutkujących żądaniem zwrotu środków, instytucja zarządzająca orzeka w formie decyzji (art. 207 ust. 9 u.f.p i odpowiednio art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy wdrożeniowej).

Nie ulega wątpliwości, iż w przypadku zaistnienia okoliczności skutkujących żądaniem zwrotu środków, instytucja zarządzająca orzeka w trybie administracyjnym. Ponadto należy podkreślić, że z normy zawartej w art. 207 u.f.p. wynika, że procedury zwrotu, o których mowa w tym przepisie mają charakter powszechnie obowiązującego przepisu prawa.

W tym stanie rzeczy przesłanki zwrotu środków determinuje treść art. 207 ustawy u.f.p. Istotą postępowania administracyjnego w sprawie zwrotu środków jest wyłącznie stosunek administracyjny, który wymaga ustalenia jednej z przesłanek o których mowa w art. 207 niniejszej u.f.p. W ocenie Instytucji Zarządzającej w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi przesłanka o której mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ustawy u.f.p. Obowiązek zwrotu środków przez ... jest następstwem ich wykorzystania z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 u.f.p.

Zgodnie z art. 184 u.f.p. wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Jak wynika z orzecznictwa sądów administracyjnych słowem "procedura" określa się zazwyczaj normowany przepisami lub zwyczajami sposób prowadzenia lub załatwienia jakiejś sprawy. Pod pojęciem „inne procedury obowiązujące przy wykorzystaniu środków”, o których mowa w art. 208 ust. 1 u.f.p. (odpowiednio: art. 184 ustawy u.f.p.) należy w związku z tym rozumieć reguły postępowania obowiązujące przy wykorzystywaniu środków pomocowych. Wspomniane reguły nie są przedmiotem regulacji prawa unijnego. Z kolei w prawie krajowym systemy realizacji programów operacyjnych krajowych i regionalnych tworzone są przede wszystkim aktami nie mającymi waloru przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Projekty są realizowane przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie, która stanowi podstawowe źródło uprawnień i obowiązków jej stron, w tym beneficjenta. Wzór umowy o dofinansowanie jest elementem systemu realizacji programu operacyjnego. Wspomniany wzór umowy składa się także na dokumentację konkursową. Uczestnik konkursu ma możliwość zapoznania się z warunkami umowy, w tym z zasadami obowiązującymi przy wykorzystaniu dofinansowania i swobodnego podjęcia decyzji o nawiązaniu stosunku prawnego na zasadach określonych w umowie.

W przypadku zawarcia umowy o dofinansowanie zgodnie z przyjętym przez właściwą instytucję wzorem reguluje również procedurę realizacji projektu. Przy takich rozwiązaniach przyjętych w prawie krajowym, należało uznać, że racjonalny ustawodawca stanowiąc w art. 208 ust. 1 u.f.p.

(odpowiednio: art. 184 ustawy u.f.p.) o "innych procedurach" obowiązujących przy wykorzystywaniu środków finansowych musiał uwzględnić rangę przepisów regulujących omawianą kwestię. Nadanie analizowanemu terminowi innego znaczenia prowadziłoby do sytuacji, w której odzyskiwanie kwot dofinansowania na podstawie art. 211 ust. 1 pkt 2 u.f.p. (odpowiednio: art. 207 ust.1 ustawy u.f.p.) byłoby wyłączone. Taką sytuację należy wykluczyć, gdyż nie sposób przyjąć, że ustawodawca wprowadził rozwiązania, które w istocie nie byłyby możliwe do stosowania (vide: wyrok NSA z dnia 19.06.2012 r., sygn. akt II GSK 732/11).

Z jednej strony, prawa i obowiązki Beneficjenta określa umowa o dofinansowanie zawarta w dniu września 2020 r. z drugiej, stosunek prawny jest kształtowany postanowieniami dokumentów opracowanych przez Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju w tym: „Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków”, czy „Wytucznych w zakresie monitorowania postępu rzeczowego realizacji projektów”.

Zasady kwalifikowalności wydatków były znane Beneficjentowi, gdyż zarówno na etapie składania wniosku o dofinansowanie, jak i na etapie realizacji Projektu miał obowiązek zapoznania się z wytycznymi oraz procedurami postępowania wskazanymi w umowie o dofinansowanie projektu. Beneficjent korzystając z możliwości, jakie daje regionalny program operacyjny musi się dostosować do jego wymogów. Jeżeli program stawia określone wymagania, należy je spełnić, by skorzystać z możliwości dofinansowania projektu. Ustalone kryteria, jak i wytyczne wiążą w równym stopniu wszystkich beneficjentów (por. wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 23.08.2011 r. sygn. akt II SA/Bd 672/11, wyrok NSA z 18.05.2011 r. sygn. akt II GSK 817/11, wyrok NSA z 16.11.2010 r. sygn. akt II GSK 1234/10).

W obu ww. dokumentach tj. Wytycznych kwalifikowalności wydatków oraz w umowie o dofinansowanie projektu, stanowiących element składowy systemu realizacji regionalnego programu operacyjnego, zawarto zasadę, iż aby wydatek mógł być uznany za kwalifikowalny musi być poniesiony zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa wspólnotowego i krajowego, w tym zgodnie z procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu, a wynikającymi z podpisanej umowy o dofinansowanie.

Projekt został zrealizowany z naruszeniem zapisów: § 12 ust. 1 umowy o dofinansowanie w związku z sekcją 6.5 pkt 1, pkt 5, pkt 8, pkt 9 oraz przepisy sekcji 6.5 pkt 7 lit. a) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków umowy o dofinansowanie, a co za tym idzie środki dofinansowania wypłacone w ramach umowy o dofinansowanie zostały wykorzystane z

naruszeniem procedur obowiązujących przy ich wykorzystaniu, w związku z czym podlegają zwrotowi.

W związku z czym Instytucja Zarządzająca po przeprowadzonym ponownym rozpatrzeniu sprawy stwierdziła, że decyzja nr ... z dnia ... maja 2023 r. została wydana w sposób prawidłowy i znajdujący swoje uzasadnienie w obowiązującym stanie prawnym. W sytuacji gdy Instytucja Zarządzająca rozpoznająca wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy stwierdzi brak podstaw do jej uchylenia ma obowiązek wydać decyzję o utrzymaniu w mocy zaskarżonej decyzji, zgodnie z art. 138 § 1 pkt 1 k.p.a.

Kierując się powyższym, mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, stan faktyczny sprawy, Instytucja Zarządzająca utrzymuje w mocy decyzję administracyjną ... z dnia maja 2023 r. orzekającą zwrot środków dofinansowania otrzymanych w ramach umowy nr RPSW.02.05.00-26-.../19-00 z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. W świetle powyższego Zarząd Województwa Świętokrzyskiego, jako Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 orzeka jak w sentencji.

Pouczenie

Decyzja jest ostateczna w administracyjnym toku instancji. Na decyzję służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach, wnoszona w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji za pośrednictwem Zarządu Województwa Świętokrzyskiego.

Wpis od skargi w sprawie należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem wynoszącej ponad 50 000,00 zł do 100 000,00 zł wynosi 2 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 1 500,00 zł. Strona ma możliwość ubiegania się przed sądem o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

WICEMARSZAŁEK
WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO
MAREK BOGUSŁAWSKI

(dokument podpisano elektronicznie)

Decyzję otrzymują:

- 1);
- 2) a/a