

ZARZĄD WOJEWÓDZTWA  
ŚWIĘTOKRZYSKIEGO

**EFS-III.433.48.2022**

**DECYZJA NR 334/24**  
**Zarządu Województwa Świętokrzyskiego**  
**z dnia 21 lutego 2024 roku**

Zarząd Województwa Świętokrzyskiego pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej w składzie:

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

działając na podstawie

- art. 207 ust. 1 pkt 2 i ust. 9 pkt 1 w zw. z art. 61 ust.1 pkt 2 lit. a oraz art. 67 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1270 z późn. zm.),
- art. 104 i art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 775 z późn.zm.),
- art. 41 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2094 z późn. zm.),
- art. 9 ust. 1 pkt 2 i art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 818 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą wdrożeniową”,
- art. 54 § 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t. j. Dz.U. z 2023 r. poz. 2383 z późn. zm.), zwanej dalej „Ordynacją podatkową”.

w sprawie wszczętej z urzędu, dotyczącej:

określenia: (...) ( (...), ul. (...)), NIP: (...), REGON: (...), KRS: (...) przypadającej do zwrotu kwoty dofinansowania ze środków przeznaczonych na realizację Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego otrzymanej na podstawie umowy o dofinansowanie projektu pn. (...) z dnia (...), terminu od którego nalicza się odsetki oraz sposobu zwrotu środków,

**orzeka:**

**1) określa (...) (NIP: (...), REGON: (...), KRS: (...)), ul. (...), (...), przypadającą do zwrotu kwotę dofinansowania ze środków przeznaczonych na realizację Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 w wysokości 41 210,18 zł (słownie: czterdzieści jeden tysięcy dwieście dziesięć złotych 18/100), w tym środki Europejskiego Funduszu Społecznego (zwane dalej „UE”) w kwocie 40 264,66 zł (słownie: czterdzieści tysięcy dwieście sześćdziesiąt cztery złote 66/100) oraz środki Budżetu Państwa (zwane dalej „BP”) w kwocie 945,52 zł (słownie: dziewięćset czterdzieści pięć złotych 52/100), wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych;**

**2) określa, że odsetki w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych nalicza się od kwoty 41 210,18 zł od dnia ich przekazania, tj.:**

**- dla kwoty 15 156,23 zł (w tym: UE – 14 808,49 zł oraz BP - 347,74 zł) od dnia 16.07.2020 r. do dnia zwrotu;**

**- dla kwoty 26 053,95 zł (w tym: UE - 25 456,17 zł oraz BP – 597,78 zł) od dnia 15.02.2022 r. do dnia zwrotu;**

**3) określa, że zwrot następuje poprzez dokonanie wpłaty należności, o której mowa w pkt 1 decyzji, wraz z należnymi odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, o których mowa w pkt 2 decyzji, na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach nr 95 1020 2629 0000 9502 0342 7440 prowadzony w banku PKO Bank Polski w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji.**

**Uzasadnienie**

## Stan faktyczny

W październiku 2019 r. Departament Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego (zwany dalej: "DW EFS") ogłosił konkurs numer (...) (zwany dalej „Konkursem”) w ramach osi priorytetowej 8 – „*Rozwój edukacji i aktywne społeczeństwo*”, Poddziałanie 8.5.3 „*Edukacja formalna i pozaformalna dla osób dorosłych*”.

W odpowiedzi na ww. nabór (...) (zwaną dalej „Beneficjentem”, „Stroną”, „(...)”, „Zamawiającym”) złożyła wniosek o dofinansowanie projektu: (...) (zwany dalej „Wnioskiem”). Projekt został zakwalifikowany do negocjacji, w wyniku których poprawiona jego wersja wpłynęła do DW EFS dnia 21.02.2020 r. (suma kontrolna nr (...)), została następnie przyjęta do weryfikacji i pozytywnie oceniona i rekomendowana do dofinansowania. Wniosek w trakcie realizacji przedmiotowego projektu był aktualizowany, a jego ostateczna wersja o sumie kontrolnej: (...) wpłynęła do DW EFS w dniu 30.05.2022 r. (zatwierdzona została dnia 15.06.2022 r.)

W dniu 26.06.2020 r. Województwo Świętokrzyskie, reprezentowane przez Zarząd Województwa pełniący funkcję Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 (zwaną dalej: „IZ” lub „Organem”) zawarło z Beneficjentem umowę o dofinansowanie projektu pn. (...) w ramach RPO WŚ na lata 2014-2020 nr (...) (zwaną dalej: „Umową”). Powyższa umowa została zmieniona aneksem z dnia 24.06.2022 r. Wprowadzone zmiany dotyczyły między innymi zmiany wartości projektu, dofinansowania, wkładu własnego.

Celem projektu było podniesienie kompetencji zawodowych u 109 osób (50 kobiet/59 mężczyzn) – dorosłych mieszkańców (...) poprzez realizację kursów oraz nabycie nowych kwalifikacji zawodowych przez 84 osób (kobiet i mężczyzn) w okresie od 01.05.2020 r. do 30.04.2022 r. Grupą docelową stanowiło 50 kobiet i 59 mężczyzn będących osobami dorosłymi, zamieszkującymi/pracującymi/uczącymi się na terenie województwa świętokrzyskiego w (...)

, które z własnej inicjatywy były zainteresowane zdobyciem, uzupełnieniem lub podnoszeniem kompetencji lub kwalifikacji zawodowych. Obszar realizacji projektu podyktowany był sytuacją na rynku pracy oraz malejącą liczbą mieszkańców powodowaną emigracją zarobkową.

Beneficjent w ramach projektu zaplanował w nim 3 zadania:

- 1) Realizację szkoleń i kursów w obszarze budowlanym;
- 2) Realizację szkolenia kierowców samochodów ciężarowych;
- 3) Realizację kursów zawodowych branży gastronomicznej, opiekuńczo-medycznej, florystycznej.

Projekt był realizowany w partnerstwie z (...) (zwaną dalej: „Partnerem”)

Zgodnie z § 3 ust. 2 Umowy IZ przyznała Beneficjentowi kwotę dofinansowania w łącznej wysokości 447 081,19 zł, stanowiącą 86,95% określonych we wniosku całkowitych wydatków kwalifikowanych. Pozostałe 13,05% tych wydatków stanowił wkład własny który zobowiązał się wnieść Beneficjent w kwocie 67 100,00 zł z dwóch źródeł tj. ze swojego budżetu (32 000,00 zł) oraz budżetu Partnera(35 100,00 zł)

W ramach ww. kwoty dofinansowania kwota 437 054,01 zł pochodziła ze środków europejskich zaś kwota 10 027,18 zł (słownie: dziesięć tysięcy dwadzieścia siedem złotych 18/100) stanowiła dotację celową z budżetu państwa.

Zgodnie z Umową koszty pośrednie rozliczane ryczałtem stanowiły 25% poniesionych, udokumentowanych i zatwierdzonych w ramach projektu wydatków bezpośrednich (§ 5 ust. 2 Umowy). Całkowita wartość projektu wynosiła 514 181,19 zł (słownie: pięćset czternaście tysięcy sto osiemdziesiąt jeden złotych 19/100).

Beneficjent otrzymał całe przyznane dofinansowanie wypłacone w trzech transzach:

- kwotę 99 762,44 zł w dniu 27.07.2020 r.;
- kwotę 242 423,80 zł w dniu 15.12.2021 r.;
- kwotę 104 894,95 zł w dniu 15.02.2022 r.

Jednym z najistotniejszych obowiązków Beneficjenta zgodnie z postanowieniami Umowy (§ 7 ust.1 Umowy) była realizacja projektu w sposób, który zapewni osiągnięcie i utrzymanie celów, w tym wskaźników produktu i rezultatu zakładanych we wniosku w trakcie realizacji oraz w okresie trwałości projektu.

Ponadto zgodnie z § 26 ust. 1 Umowy przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu Beneficjent był zobowiązany stosować ustawę Pzp, zasadę konkurencyjności lub rozeznanie rynku na warunkach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020.

Realizacja projektu przez Beneficjenta miała następujący przebieg:

Pierwszy wniosek o płatność (zaliczkowy) został złożony w dniu 03.07.2020 r. We wniosku poza ubieganiem się o zaliczkę Beneficjent zadeklarował, że w najbliższym kwartale rozpocznie rekrutacje do trzech najbliższych z zaplanowanych kursów zawodowych, tj. Barman/Barista, Monter sieci i instalacji sanitarnych, Florysta. Wniosek został pozytywnie rozpatrzony 9.07.2020 r. a zaliczka w kwocie 99 762,44 zł została wypłacona Spółce w dniu 09.07.2020 r.

Drugi wniosek o płatność (sprawozdawczy) za okres od 01.05.2019 r. do 31.07.2020 r. został złożony w dniu 07.09.2020 r. Beneficjent w rubryce wniosku dotyczącego postępu rzeczowego realizacji projektu wskazał na podjęte przez niego działania polegające m.in. na opracowaniu dokumentacji zgłoszeniowej i materiałów informacyjno-promocyjnych wraz z Partnerem do Zadania 1 „Realizacja szkoleń i kursów w obszarze budowlanym”. W sekcji „Problemy napotkane w trakcie realizacji projektu” (...) i jej Partner wskazali na niepewną sytuację epidemiologiczną w kraju i związane z nią utrudnienia m.in. w kontaktach z potencjalnymi UP. Jednocześnie obydwie podmioty zadeklarowały intensyfikację działań promocyjnych i rekrutacyjnych oraz wybór wykonawcy najbliższego z zaplanowanych w projekcie szkoleń zawodowych. Wniosek został pozytywnie rozpatrzony 17.09.2020 r.

Beneficjent złożył w dniu 13.11.2020 r. trzeci wniosek o płatność (sprawozdawczy) za okres od 01.08.2020 do 31.10.2020 r. W ww. wniosku (...) poinformowała o stopniu realizacji zadań w projekcie, m.in. o: rekrutacji na kursy z obszaru: budowlanego oraz z zakresu zawodu florysty oraz barmana/baristy. W zakładce „Problemy napotkane w trakcie realizacji projektu” zaznaczyła, że w związku z wprowadzeniem obostrzeń z uwagi na sytuację pandemiczną utrudniona była realizacja szkoleń w trybie stacjonarnym. Strona wskazała również, że na wypadek braku zmian w sytuacji pandemicznej zabezpieczyła poprawną realizację projektu, wprowadzając wymóg dostosowania przez realizatora szkoleń zawodowych organizacji

szkoleń w trybie zdalnym lub hybrydowym. W ramach planowanego przebiegu realizacji projektu w kolejnym okresie Beneficjent zadeklarował rozpoczęcie realizacji szkoleń zawodowych przewidzianych w aktualnym harmonogramie. Organ rozpatrzył przedmiotowy wniosek pozytywnie w dniu 08.12.2020 r.

W dniu 23.12.2020 r. do Organu w systemie SL2014 wpłynęła wiadomość od Beneficjenta. Strona w przedmiotowej wiadomości informowała, że w związku z wprowadzonymi obostrzeniami i zagrożeniem związanym z pandemią, szkolenia zawodowe w ramach projektu zostaną przeprowadzone w formie zdalnej (wykłady). Zdaniem Beneficjenta tego rodzaju forma szkoleń została przez uczestników uznana za najbardziej bezpieczną i efektywną. Zapowiedziano również powrót do formy stacjonarnej szkoleń wtedy gdy będzie to możliwe.

W odpowiedzi na powyższą wiadomość Organ tego samego dnia wyraził zgodę na zdalną formę realizacji zajęć szkoleniowych w związku z ówczesną sytuacją pandemiczną. IZ zaznaczyła również listę warunków jakie Strona obowiązana będzie spełniać przy ww. formie zajęć.

Czwarty wniosek o płatność (sprawozdawczy) został przez (...) złożony za okres od 01.11.2020 r. do 31.12.2020 r. w dniu 15.01.2021 r. Beneficjent zrelacjonował postępy w realizowanych zadaniach oraz nie wskazał żadnych problemów napotkanych w trakcie realizacji projektu. Wniosek został pozytywnie rozpatrzony w dniu 12.02.2021 r.

Piąty wniosek o płatność (rozliczający, sprawozdawczy) złożony został przez Beneficjenta za okres od 01.01.2021 r. do 31.03.2021 r. w dniu 15.04.2021 r. W ramach „*Postępu rzeczowego realizacji projektu*” (...) informowała Organ o przebiegu realizacji zadań w projekcie. W rubryce „*Problemy napotkane w trakcie realizacji projektu*” Beneficjent nie wskazał żadnych problemów ani zakłóceń w dotychczasowej realizacji projektu.

Pismem z dnia 26.05.2021 r. Beneficjent został poinformowany, że w związku z realizowaną na projekcie kontrolą doraźną zgodnie z § 12 ust. 3 pkt 3 Umowy weryfikacja piątego wniosku o płatność ulega wstrzymaniu do dnia uzyskania przez IZ informacji o wykonaniu/zaniechaniu wykonania zaleceń pokontrolnych.

W korespondencji w systemie SL2014 w dniu 09.06.2021 r. (...) poinformowała Instytucję Zarządzającą o realizacji szkoleń z zakresu: Barman/Barista, Florysta, Monter sieci i instalacji

sanitarnych oraz Opiekun osób niepełnosprawnych kwalifikowana pierwsza pomoc. Beneficjent wskazał również realizowane na tamtejszą chwilę oraz planowane szkolenia. Beneficjent do przedmiotowego pisma załączył ponadto brakujące dokumenty dotyczące kompetencji i kwalifikacji kadry osób prowadzących szkolenia z zakresu: Barman/Barista oraz dotyczące Moderatorów tych szkoleń.

Szósty wniosek o płatność (sprawozdawczy) został złożony w dniu 14.07.2021 r. W przedmiotowym wniosku za okres od 01.04.2021 r. do 30.06.2021 r. w rubryce „*Postęp rzeczowy*” (...) ponownie informowała o stopniu realizacji kursów i szkoleń w ramach wszystkich trzech zadań projektowych. W danym okresie sprawozdawczym Beneficjent nie zgłaszał żadnych problemów z realizacją projektu. W związku z prowadzoną w danym czasie kontrolą doraźną projektu przedmiotowy wniosek został rozpatrzony i zatwierdzony przez IZ dopiero w dniu 24.09.2021 r.

Dnia 16.07.2021 r. sporządzona została Informacja pokontrolna nr (...) z kontroli doraźnej przeprowadzonej 17-19.05.2021 r. w siedzibie Beneficjenta z uwzględnieniem dokumentów przekazanych do IZ w dniu 22.06.2021 r. Ww. kontrolą objęta została weryfikacja prawidłowości realizacji zamówienia publicznego pn. „(...)” w związku ze skargą złożoną do IZ dnia 11.09.2020 r. oraz rozliczeniem przez Beneficjenta wydatków dotyczących wyżej wymienionego zamówienia. Kontrola przeprowadzona została z wykorzystaniem pisma otrzymanego od Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów z dnia 09.03.2021 r. przekazującego kopię zawiadomienia o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Kontrolą zostały objęte 4 postępowania przeprowadzone przez (...) w celu udzielenia zamówienia tj.:

- 1) Postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 24.08.2020 r.
- 2) Postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 03.09.2020 r.
- 3) Postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 02.11.2020 r.

4) Postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 03.11.2020 r.

W zakresie objętym kontrolą zespół kontrolujący stwierdził nieprawidłowość zgodnie z którą naruszono § 26 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu z tytułu niezastosowania się przez Beneficjenta do zapisów sekcji 6.5.2 pkt 11 ppkt b) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu spójności na lata 2014-2020 (zwane dalej „Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności”) z dnia 22.08.2019 r., ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy ((...) w składzie: (...), (...), „(...)”, zwanego dalej: „Konsorcjum”) dla zadania nr 2: „(...)” niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, tj. nieposiadającego wymaganego doświadczenia w realizacji 4 rodzajów szkoleń na łączną kwotę min. 90 000,00 zł. Weryfikacja dokumentacji z udzielonego zamówienia wykazała, że Konsorcjum w złożonej ofercie wykazał się doświadczeniem w realizacji 4 szkoleń na łączną wartość 92 650,46 zł, w tym doświadczeniem w realizacji kursu barmańskiego I stopnia w wymiarze 32 godzin o wartości 17 600,00 zł. Potwierdzeniem realizacji szkolenia był List referencyjny z dnia 13.11.2020 r. wystawiony przez (...) dla (...) (zwanej dalej: „(...)”, „Liderem Konsorcjum”). Zespół kontrolujący ustalił, że przedmiotowe szkolenie zostało zrealizowane w ramach projektu nr (...), którego Beneficjentem był członek Konsorcjum – (...) realizujący projekt w partnerstwie z (...) oraz (...) Wykonawcą zaś usługi szkoleniowej na przeprowadzenie kursu barmańskiego I stopnia dla (...) był podmiot (...) za cenę 17 600 zł. Z powyższego wynikało, że (...) jako członek Konsorcjum był zamawiającym usługę szkoleniową, tym samym nie mógł wykazać jej w ramach swojego doświadczenia. Oferent nie mógł być jednocześnie zamawiającym i wykonawcą, na co zwrócił uwagę Beneficjent w unieważnionym postępowaniu nr (...) w przypadku doświadczenia wykazanego przez (...) w realizacji szkolenia pn. (...). Kontrolujący następnie stwierdzili, że Konsorcjum wybrane do realizacji zadania nr 2 nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie posiada wymaganego doświadczenia w realizacji 4 rodzajów szkoleń na łączną kwotę min. 90 000,00 zł. Wybór wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu stanowił zdaniem kontrolujących naruszenie sekcji 6.5.2 pkt 11 ppkt b) Wytycznych w wersji z dnia 22.08.2019 r. Mając powyższe na uwadze oraz art. 143 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r., art. 9 ust.2 pkt 8 ustawy wdrożeniowej oraz Rozporządzenia Ministra Funduszy i Polityki



Regionalnej z dnia 22 czerwca 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień nałożona została na Beneficjenta korekta finansowa w wysokości 25% wartości zamówienia dla zadania nr 2 (pkt 14 załącznika do rozporządzenia). Zgodnie z wyliczeniami zespołu kontrolującego kwota korekty przypadająca na zadanie nr 2 wyniosła 5 000,00 zł. W Informacji pokontrolnej zastrzeżono również, że w przypadku rozliczania kolejnych wydatków dotyczących weryfikowanego postępowania w części dotyczącej ww. szkoleń barmańskich I stopnia również należy będzie je pomniejszyć o stawkę 25 % zgodnie z ww. Rozporządzeniem Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 22 czerwca 2020 r. Organ dodatkowo zobowiązał Beneficjenta do przestrzegania, by wydatki na realizację kolejnych zamówień, były ponoszone zgodnie z warunkami ujętymi w Wytocznych w zakresie kwalifikowalności, w tym zgodnie z zasadą konkurencyjności. O sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych oraz podjętych działaniach lub przyczynach ich nie podjęcia zobowiązano Beneficjenta do poinformowania Departamentu Kontroli i Certyfikacji RPO w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania przedmiotowych dokumentów. Zawarto także pouczenie o przysługującym Beneficjentowi prawie do złożenia umotywowanych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

W związku z otrzymaną Informacją pokontrolną nr (...) (...) złożyła z dniem 02.08.2021 r. wyjaśnienia jak i zastrzeżenia do ustaleń Zespołu Kontrolującego odnośnie kontroli projektu pn. „(...)”. W ww. piśmie Beneficjent odniósł się do wykazanej przez Zespół Kontrolny nieprawidłowości, stwierdzając, że w ocenie Beneficjenta ustalenia kontroli są nieprecyzyjne i nieprawdziwe.

Beneficjent następnie stwierdził, że Beneficjent wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie roli (...) w organizacji szkolenia pn. „(...)” i jej doświadczenia w tym zakresie, (...) jako Lider Konsorcjum w odpowiedzi przedłożyła pismo, z którego wynikają zdaniem Beneficjenta istotne argumenty świadczące, iż Lider Konsorcjum był organizatorem i realizatorem przedmiotowego szkolenia. Beneficjent wskazał swym piśmie, że należyta jakość przeprowadzonej ww. usługi szkoleniowej potwierdziła dyrekcja (...), czyli szkoła, która kierowała uczniów na szkolenia i dla której dedykowane było to szkolenie. Opierając się na otrzymanej ww. korespondencji Beneficjent zapewniał w swym piśmie Organ iż „(...) była

bezpośrednim organizatorem tego szkolenia, jak i pozostałych szkoleń w projekcie”. Zdaniem Beneficjenta Lider Konsorcjum miał zdiagnozować potrzeby uczniów (...) w zakresie zwiększenia kwalifikacji zawodowych i kompetencji na rynku pracy. Na tej podstawie (...) miała opracować autorski, dedykowany specjalnie dla uczniów wspomnianej placówki program nauczania, zatwierdzony następnie przez jej dyrekcję i wprowadzony w życie. Następnie do realizacji wspomnianego programu nauczania miał zostać zatrudniony (...) prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą pn. „(...)”. Jego rola zdaniem Beneficjenta polegała na pełnieniu funkcji trenera w części szkolenia związanej z przeprowadzaniem zajęć dydaktycznych narzuconych programem i harmonogramem przygotowanym przez (...) (łącznie 32 godz.). (...) miał być również zatrudniony do procesu walidacji-egzaminowania i certyfikacji jako osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia. W opinii Beneficjenta te czynności nie były usługami szkoleniowymi, gdyż nie polegały na kształceniu, a na weryfikacji nabytych umiejętności i wiedzy uczestników podczas szkolenia. Przedstawił również pogląd oparty o bliżej nie sprecyzowaną opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z którą „w przypadku osób fizycznych lub osób fizycznych prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą zawarcie umowy cywilnoprawnej z taką osobą uprawnia do wykazania takiej osoby jako zasobu własnego a nie jako udostępnionego”. Zaznaczono także, że (...) składając wyjaśnienia przedłożyła również oświadczenie (...) odnośnie jego roli w organizacji szkolenia. Kontynuując swoje wyjaśnienia Beneficjent stanął na stanowisku, że to (...) jako organizator szkolenia była odpowiedzialna za pełną obsługę merytoryczną oraz organizacyjno-techniczną szkolenia, w tym wybór i zatrudnienie trenera do zrealizowania opracowanego już programu. (...) miała również odpowiadać za: systematyczny nadzór nad szkoleniem, w tym codzienny nadzór pedagogiczny prowadzony przez jej pracowników, rekrutację uczestników szkolenia, przygotowanie i nadzór nad prowadzeniem dokumentacji szkoleniowej, zakup odzieży ochronnej i roboczej dla uczestników, zapewnienie poczęstunku, wypłatę zwrotu kosztów dojazdu uczestników, opiekę oraz codzienne kontakty dla uczestników szkolenia. Beneficjent wskazał, że (...) zapewniła sale dydaktyczne w szkole zarówno do części teoretycznej szkolenia jak i pracowni w pełni wyposażonych w profesjonalny sprzęt do zajęć praktycznych, Ponadto stwierdził, że (...) przygotowała kompletną dokumentację szkoleniową ww. kursu i widnieje zarówno w dzienniku zajęć, programie, harmonogramie, ankietach oceniających szkolenia, arkuszach ewaluacyjnych i pozostałej dokumentacji szkoleniowej jako organizator szkolenia. Beneficjent stwierdził także, że szkolenie pn. „(...)” zostało wysoko

ocenione przez uczestników szkolenia, co udokumentowane zostało Listem referencyjnym stanowiącym załącznik do oferty cenowej Konsorcjum. Mając na uwadze powyższe informacje Beneficjent uznał (...) zamiast (...) za rzeczywistego realizatora analizowanego szkolenia, przedstawiając jednocześnie pogląd zgodnie z którym: „w 90% usługi, dostawy czy roboty budowlane realizowane są przez podwykonawców i nawet zrealizowanie zamówienia w przeważającej większości przez podwykonawcę nie daje mu prawa wykazania się tym zamówieniem jako wykonawca usługi, dostawy czy też prac budowlanych. W takich sytuacjach będzie miał on status podwykonawcy i będzie posiadał prawo wykazać się częścią usługi wykonanej na rzecz organizatora, który wyda mu list referencyjny z oceną wykonanej części zamówienia”. Zdaniem Beneficjenta zatrudnienie do wykonania usługi osoby lub podmiotu nie czyni ich w rozumieniu prawa jej wykonawcami, gdyż takowi zawsze będą mieć status podwykonawcy.

W następnej kolejności odniósł się do kwestii oceny oferty (...), Beneficjent stwierdził, że podmiot ten przedstawił referencje poświadczające jego doświadczenie wydane przez (...), który był instytucją pośredniczącą i nie był podmiotem oceniającym należyte wykonanie poszczególnych szkoleń i ich jakości. Wskazał, że szkolenie takie mogłyby ocenić podmiot, który kierował kierowców na szkolenie, a w tym przypadku takiego podmiotu zamawiającego usługę nie było. Jednocześnie wskazał, że w świetle obecnie przyjętego jednolitego orzecznictwa KIO Wykonawca nie może wykazywać doświadczenia własnego, czyli doświadczenia zdobytego m.in. w toku realizacji projektów unijnych i potwierdzonego przez Instytucję Pośredniczącą lub Zarządzającą. Realizując projekt współfinansowany ze środków unijnych nie świadczy on bowiem żadnych usług na rzecz podmiotu nadzorującego realizację projektu. Ponadto Beneficjent zwrócił uwagę, że nie uznano referencji IP i doświadczenia (...) w zakresie organizacji szkolenia, jednak pomimo tego nie odrzucono oferty, gdyż na skutek dostrzeżonych błędów własnych w opisie przedmiotu zamówienia postępowanie unieważniono i powtórzono. Beneficjent wskazał, że generalnie zgodnie z orzecznictwem KIO Wykonawcy nie mogą wykazywać doświadczenia własnego z projektów unijnych z uwagi na brak poświadczenia należytego wykonania usługi przez podmiot, na rzecz którego usługa była świadczona i który to podmiot posiada wiedzę o jakości wykonania usługi. Jednocześnie stwierdził, że w przypadku realizacji projektu przez firmę szkoleniową, gdzie projekt zakłada szkolenia dla grupy osób zorganizowanych to wykazanie się doświadczeniem jest możliwe,

gdyż występuje podmiot trzeci, który zlecił usługę i ocenił, a IP lub IZ jako finansująca tę usługę. Taka okoliczność wystąpiła zdaniem Beneficjenta w kwestionowanym przez Zespół kontrolny doświadczeniu (...) przy realizacji szkolenia pn. „(...)” . Jest to sytuacja zdaniem Beneficjenta diametralnie inna od sytuacji , kiedy (...) posłużył się referencją (...) (IP), który nie posiadał wiedzy o jakości wykonania usługi, gdyż usługa była wykonana i kierowana dla osób z wolnego naboru, a nie dla z góry zakładanej grupy osób skierowanych przez inny podmiot, który może i ma prawo wykonaną usługę ocenić. Przypomniał także, że to szkoła kierowała wybranymi uczniami do uczestnictwa w szkoleniu i która to wskazywała swe oczekiwania organizatorowi szkolenia (...) w zakresie założeń programu szkolenia i która finalnie oceniła jakość szkolenia. Proces organizacji i realizacji szkolenia był oceniony przez dyrekcję i kadre dydaktyczną szkoły. Beneficjent wskazał, że dowodem na ocenę i badanie jakościowe przeprowadzonego przez (...) szkolenia jest wystawiony przez dyrekcję szkoły list referencyjny. List referencyjny od dyrektora szkoły dla (...) jest wg Strony niekwestionowanym wykazaniem należytej realizacji usługi szkoleniowej przez (...).

Na zakończenie swoich wyjaśnień i zastrzeżeń Beneficjent stanął na stanowisku, iż nie można mówić o jakichkolwiek nieprawidłowościach, które mogłyby stanowić podstawę nałożenia korekty finansowej. Stwierdził także, że z zachowaniem zasady należytej staranności, rzetelnie i dokładnie zbadał oferty przedłożone we wszystkich przeprowadzonych przez niego postępowaniach, które wpłynęły od wykonawców i doprowadził do wyboru najkorzystniejszych ofert i zawarcia umów z wybranymi Wykonawcami. Następnie tak wybrani Wykonawcy zrealizowali zaplanowane szkolenia zawodowe zgodnie z założonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunkami oraz opisem przedmiotu zamówienia, zaś wspomniane szkolenia zostały bardzo wysoko ocenione przez uczestników projektu. W związku z powyższym (...) uznała iż w przedmiotowym projekcie nie może być mowy o jakimkolwiek szkodliwym a nawet potencjalnym wpływie na budżet UE, jako skutku naruszenia prawa wynikającego z działania lub zaniechania Beneficjenta w związku z czym w jej opinii nie zostały spełnione żadne przesłanki nieprawidłowości zdefiniowanej w art. 2 pkt 36 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 i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (zwanego dalej: „Rozporządzeniem nr 1303/2013”), Konkludując swoją argumentację Beneficjent wniósł o powtórny analizę przedstawionych przez Zespół Kontrolny zarzutów i nieprawidłowości oraz ich uchylenie jako pozbawionych podstawy prawnej i faktycznej.

Instytucja Zarządzająca pismem znak (...) z dnia 13.08.2021 r. odniosła się do zastrzeżeń i wyjaśnień złożonych przez Beneficjenta w piśmie z dnia 02.08.2021 r. W przedmiotowym piśmie IZ wskazała, że kontrola realizowanego przez (...) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 02.11.2020 r. znak sprawy (...) pn. „(...)” wykazała, że wybrany do realizacji zamówienia Wykonawca (tj. Konsorcjum) w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kwestii technicznej i zawodowej zdolności w zakresie wykonania usług szkoleniowych wykazał doświadczenie w realizacji 4 szkoleń, w tym doświadczenie w prowadzeniu szkolenia w formie kursu barmańskiego I stopnia. Wskazane doświadczenie miało zostać wniesione przez jednego z uczestników Konsorcjum, czyli (...) (zwanego dalej: „liderem Konsorcjum”), zaś potwierdzeniem posiadania ww. doświadczenia miał być list referencyjny z dnia 13.11.2020 r. wystawiony przez (...). Organ zaznaczył, że przedmiotowe szkolenie barmańskie było realizowane w ramach projektu nr (...), którego beneficjentem był właśnie lider Konsorcjum. Wykonawca szkolenia został wyłoniony przez Beneficjenta – (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „(...)” (ogłoszenie nr (...) opublikowane na stronie Bazy konkurencyjności w dniu 27.12.2017 r.). Wykonawcą usługi szkoleniowej na przeprowadzenie „(...)” został podmiot „(...)”, który miał zrealizować zamówienie za cenę 17 600,00 zł. W dokumencie pn. „Szczegółowa charakterystyka przedmiotu zamówienia” stanowiącym załącznik nr 1 Zaproszenia do złożenia oferty cenowej Zamawiający – (...) zawarł informację, iż w cenę kursu należało wliczyć: przygotowanie programu i harmonogramu kursu wg wzorów otrzymanych od Zamawiającego; zapewnienie trenera/trenerów posiadających wiedzę i doświadczenie w prowadzeniu zajęć dydaktycznych w zakresie tematycznym kursu; prowadzenie dokumentacji z realizacji kursu wg wzorów Zamawiającego; zapewnienie materiałów szkoleniowych niezbędnych do prawidłowej realizacji kursu, w tym notatnik, długopis, skrypt/podręcznik; zapewnienie sprzętu

barowego oraz materiałów/produktów do prowadzenia zajęć praktycznych w zakresie zgodnym z programem kursu; ubezpieczenie NNW uczestników w trakcie trwania kursu; wynagrodzenie, dojazdy i ewentualne noclegi wykonawcy/trenerów; przeprowadzenie procesu walidacji, potwierdzające nabycie przez uczestników kompetencji/kwalifikacji zawodowych zgodnych ze Zintegrowanym Rejestrem Kwalifikacji Zawodowych; przeprowadzenie egzaminu teoretycznego i praktycznego; wydanie zaświadczeń/certyfikatów o ukończeniu kursu barmańskiego I stopnia.

Usługa szkoleniowa została przez ww. wykonawcę w pełni zrealizowana oraz zakończona egzaminem i wydaniem dyplomów uzyskania kwalifikacji barmana w zakresie podstawowym. (...) jako podmiot uprawniony i wpisany do rejestru instytucji szkoleniowych przeprowadził również proces certyfikujący. Instytucja Zarządzająca następnie podsumowując powyższe stwierdziła, że Wykonawcą/Realizatorem usługi był podmiot (...) wyłoniony w postępowaniu publicznym prowadzonym w procedurze zasady konkurencyjności. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia na Wykonawcy spoczywał szereg obowiązków warunkujących prawidłowe i kompleksowe wykonanie szkolenia zakończonego egzaminem i wydaniem zaświadczeń/certyfikatów. Ponadto Organ odnosząc się do wyjaśnienia Beneficjenta dotyczące sposobu realizacji zamówienia przez (...), stwierdził, że usługa szkoleniowa realizowana w taki sposób podważałaby postanowienia zawarte w „Szczegółowej charakterystyce przedmiotu zamówienia”, ponieważ w cenie kursu (tzn. kosztach po stronie wykonawcy) było kompleksowe zrealizowanie usługi tj. m.in. szkolenie osób, zapewnienie sprzętu barowego oraz materiałów/produktów do prowadzenia zajęć praktycznych, ubezpieczenie NNW, walidacja wraz z egzaminami oraz wydanie stosownych certyfikatów/zaświadczeń.

Na poparcie swego stanowiska Organ przedstawił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 06.02.2020 r. KIO 126/20, zgodnie z którym „istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zamówienia w takim zakresie i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Zatem każdy wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział.” Zgodnie z powyższym posiadanie doświadczenie musi oznaczać, że samodzielnie zrealizował on konkretne zamówienie, czy chociaż określoną jego część. Organ uznał, że list referencyjny wystawiony przez (...) (jednostkę podległą partnerowi projektu (...))

nie jest właściwym potwierdzeniem zrealizowania szkolenia, ponieważ podmiotem uprawnionym do wystawienia referencji w kwestii jakości wykonania usługi był Zamawiający tj. (...), która zawarła umowę z wykonawcą i sprawowała nadzór nad jej prawidłowym wykonaniem. Organ w dalszej części pisma podniósł, że kwestia wykazywania się doświadczeniem nabytym podczas realizacji projektów finansowanych ze środków europejskich była poruszana także przez samego Beneficjenta w unieważnionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z 03.09.2020 r., znak sprawy: (...). W ramach ww. zamówienia (...) nie uznała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kwestii zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania usług szkoleniowych przez (...) (zwany dalej „(...)”). Strona nie uznała wtedy doświadczenia oferenta, ponieważ usługa wskazana w wykazie wykonanych usług była realizowana w projekcie „(...)”, w którym beneficjentem był właśnie (...) a faktycznym wykonawcą usługi szkoleniowej wyłonionym na podstawie ogłoszenia nr (...) zamieszczonego na stronie Baza Konkurencyjności był podmiot (...). Zdaniem IZ różne traktowanie dwóch powyższych przypadków prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasada ta zakłada, że porównywalne/tożsame sytuacje nie mogą być interpretowane w odmienny sposób, gdyż takie działanie rodzi podejrzenia o stronniczość przy ocenie ofert, a także stoi w sprzeczności zarówno z przepisami prawa jak i z zasadami transparentności procesu wyboru najkorzystniejszej oferty. Mając na uwadze posiadany przez IZ materiał dowodowy i powyższe informacje Organ stanął na stanowisku, że Konsorcjum wybrane w do realizacji usług szkoleniowych z zakresu kursu barmańskiego faktycznie nie posiadało doświadczenia w realizacji 4 rodzajów szkoleń wymaganego do udziału w postępowaniu z dnia 02.11.2020 r. – znak sprawy: (...) określonymi przez Zamawiającego Beneficjenta. Organ uznał więc, że w przedmiotowej sprawie doszło do powstania nieprawidłowości, która ma szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej (zwanej dalej: „UE”), poprzez wydatkowanie środków finansowych pochodzących z UE niezgodnie z przeznaczeniem i procedurami. Następnie przedstawił argumenty przemawiające za zaistnieniem przesłanek nieprawidłowości i nałożeniem korekty finansowej w wysokości 25% wartości zamówienia dla Zadania nr 2, ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu tj. nieposiadającego wymaganego doświadczenia w realizacji 4 rodzajów szkoleń spośród 7 objętych zamówieniem.

Organ poinformował także Beneficjenta, że przygotował Ostateczną Informację Pokontrolną jako załącznik do pisma oraz wyraził prośbę o jej podpisanie.

W dniu 24.08.2021 r. Beneficjent odniósł się do otrzymanej Ostatecznej Informacji Pokontrolnej nr (...). Na wstępie swego pisma Strona wskazała, że projekt dokumentu/pisma przewodniego nie został podpisany przez osobę odpowiedzialną, co Strona uznaje że fizycznie nie zostało złożone, jednak jej zdaniem pomimo braku skutków prawnych otrzymanego projektu postanowiła się ustosunkować do zarzutów i uwag w nim zawartych, wskazując „rażące błędy i ustalenia Zespołu Kontrolującego w kontrolowanym projekcie pn. „(...)”. Na wstępie (...) zdecydowała się krytycznie odnieść do stanowiska Zespołu Kontrolującego zgodnie z którym w kontrolowanym projekcie doświadczenie (...) przy organizacji szkolenia „(...)” nie jest jej własnym doświadczeniem. Zdaniem Strony ww. stanowisko jest oparte jedynie na własnych spostrzeżeniach, a nie poparte żadną podstawą prawną. Beneficjent utrzymywał również, że przywołując w piśmie przewodnim z dnia 13.08.2021 r. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 126/20 Kontrola wywiodła daleko idące nieprawdziwe informacje dokonał jego daleko niepoprawnej interpretacji. Zdaniem Beneficjenta Zespół Kontroli nie dodał, że użyte w wyroku Izby zdanie *„Każdy Wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział”* odnosi się do wykazania się doświadczeniem nabytym w ramach zamówień realizowanych przez konsorcjum, a nie wykonawców realizujących zamówienia samodzielnie lub z udziałem podwykonawców.

Strona ponadto wyraziła stanowisko, że „zamówienie zrealizowane przez jednego wykonawcę z wykorzystaniem podwykonawców jest doświadczeniem wykonawcy a nie podwykonawcy”. W następnej kolejności Beneficjent zaprzeczył zarzutowi zgodnie z którym w jednym z przeprowadzonych wcześniej postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie nr (...) pn. „(...)”) nie uznano doświadczenia wykonawcy (...) w wykonaniu szkolenia pn. „(...)”. Swoje stanowisko Strona argumentowała powołując się na nie podjęcie przez siebie w ramach ww. postępowania o zamówienie publiczne decyzji o uznaniu bądź nie doświadczenia (...) z uwagi na przerwanie czynności oceny ofert na etapie składanych wyjaśnień przez (...) z uwagi na dostrzeżone błędy w opisie przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu i jego unieważnieniu. W swej argumentacji Strona podkreślała



ponadto, że „unieważnione postępowania nie podlegają ocenie z uwagi na braki poniesionych wydatków i brak możliwości stwierdzenia nawet potencjalnych skutków poniesionej szkody „nie ma wydatków nie ma szkody”, a kontroli podlegają wydatki w oparciu o dokonanie płatności. Beneficjent wskazał także, iż (...) został wezwany w opisywanym postępowaniu do złożenia wyjaśnień w unieważnionym postępowaniu w celu wykazania się odpowiednim doświadczeniem przez innego wykonawcę tj. (...) oraz z uwagi na brak załączenia listu referencyjnego zleceniodawcy usługi tj. podmiotu poświadczającego poziom i jakość usługi, który jest koniecznym elementem wykazanego doświadczenia.

Z uwagi na powyższe zdaniem Beneficjenta twierdzenie o nierównym traktowaniu wnioskodawców tj. (...) i (...) jest nieprawdziwe, gdyż w przypadku (...) nie odrzucono oferty. W opinii Strony dwa ww. przykłady zamówień stanowią odmienne stany faktyczne, gdyż po pierwsze (...) realizował szkolenie dla otwartej grupy z wolnego naboru, gdzie nie ma podmiotu, który jest uprawniony do oceny jakości wykonanej usługi szkoleniowej – zdaniem Strony w takiej sytuacji zgodnie z orzeczeniem KIO takim podmiotem nie może być instytucja zarządzająca lub instytucja pośrednicząca. Po drugie zaś zdaniem Beneficjenta (...) zrealizowała usługę szkoleniową z udziałem podwykonawcy dla grupy uczniów skierowanych przez jedną szkołę, a oceny wykonanej przez nią usługi dokonała Dyrektor tej szkoły.

Podsumowując swoje stanowisko Strona wystąpiła z prośbą o sprawdzenie i zweryfikowanie:

1. Prawdziwości oceny czy doszło do odrzucenia oferty (...) za nie wykazanie się doświadczeniem w zrealizowanej usłudze szkoleniowej – „(...)”,
2. Zasadności przywoływanego wyroku sygn.. akt KIO 126/20, czy faktycznie ma on zastosowanie do wykonawców, którzy nabyli doświadczenie poza konsorcjum,
3. Wskazania podstawy prawnej lub orzecznictwa, że wykonawca korzystający z podwykonawcy nawet w zdecydowanej większości nie może wykazać się tym doświadczeniem w całości jako własnym,
4. Wskazania przepisu lub orzecznictwa KIO, które zabrania wykazania się doświadczeniem nabytym w realizowanych projektach z środków UE, gdy szkolenie jest realizowane dla określonej zidentyfikowanej grupy uczestników kierowanych przez jeden podmiot, który jest uprawniony do oceny jakości wykonanej usługi.

Beneficjent zwrócił się również z prośbą o wyjaśnienie, na podstawie którego dokumentu dotyczącego postępowania odnośnie kursu barmańskiego przeprowadzonego przez (...) członek Zespołu Kontrolnego stwierdził, że przedmiotem zamówienia było „kompleksowe zrealizowanie usługi”.

Beneficjent ponownie odniósł się do Ostatecznej Informacji Pokontrolnej nr (...) w swoim piśmie z dnia 30.08.2021 r. Nawiązując do przesłanego IZ w odpowiedzi na Ostateczną Informację pokontrolną pisma z kancelarii swego pełnomocnika z dnia 24.08.2021 r. (...) podtrzymała stanowisko odnośnie braku akceptacji Ostatecznej Informacji Pokontrolnej. W związku z tak przedstawionym oświadczeniem Strona przesłała w załączniku do danego pisma przewodniego niepodpisany przez siebie egzemplarz Ostatecznej Informacji Pokontrolnej oraz wezwała IZ do udzielenia informacji na temat dalszej procedury przewidzianej dla spornej sprawy nawiązując jednocześnie do treści art. 9 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t. j. Dz.U. z 2023 r. poz. 755 wraz z późn. zm. – zwanej dalej „KPA”).

Dnia 10.09.2021 r. Beneficjent został poinformowany o wyniku weryfikacji wniosku o płatność nr (...) za okres od 1.01.2021 r do 31.03.2021 r.. Informacja ta została skorygowana w dniu 10 listopada 2021 r.. W przedmiotowym wniosku o płatność z kwoty wydatków rozliczanych wnioskiem w wys. 22 756,25 zł za kwalifikowane uznano 17 756,25 zł, stwierdzając jednocześnie kwotę wydatków niekwalifikowalnych w wys. 5 000,00 zł. W treści Informacji o weryfikacji ww. wniosku o płatność wskazano również, że nałożona korekta finansowa w wys. 25% na postępowanie dotyczące szkoleń zawodowych – 4000,00 zł oraz kosztów pośrednich w wys. 1 000,00 zł (w tym dofinansowania w kosztach pośrednich w wys. 688,83 zł) wynika z zaleceń Ostatecznej informacji pokontrolnej nr (...).

W dniu 24.09.2021 r. zostały przekazane Beneficjentowi wyniki weryfikacji szóstego wniosku o płatność za okres 01.04.2021 r do 30.06.2021 r.. Organ nie dopatrył się w ww. wniosku o płatność nieprawidłowości, jednak poinformował Beneficjenta, że z uwagi na niski poziom rozliczenia wydatków zobowiązuje go do intensyfikacji działań w projekcie z uwagi na zbliżający się termin zakończenia projektu.

Pismem z dnia 24 września 2021 r. pełnomocnik Beneficjenta zwrócił się z prośbą o wskazanie podstawy prawnej w oparciu o którą poinformowane zostały osoby postronne o wynikach

kontroli projektu pn. „(...)”. Wskazano, że nie doszło do podpisania informacji pokontrolnej oraz brak jest decyzji administracyjnej w zakresie nałożenia korekty finansowej na beneficjenta. Ponadto wskazano, że takie postępowanie nosi znamiona przestępstwa administracyjnego. Ponadto zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na postawione pytania postawione w piśmie z dnia 24.09.2021 r.

Pismem z dnia 25.10.2021 r. Organ odniósł się do zarzutu dotyczącego udostępnienia wyników kontroli podając, że podstawą prawną jest art. 6 pkt 1 ust. 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Ponadto wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy wdrożeniowej do czynności kontrolnych prowadzących do stwierdzenia nieprawidłowości nie stosuje się przepisów k.p.a.

Siódmy wniosek o płatność (zaliczkowy, rozliczający zaliczkę, sprawozdawczy) za okres 01.07.2021-30.09.2021 r. został złożony przez (...) w systemie SL2014 w dniu 14.10.2021 r. W pozycji „Postęp rzeczowy” Beneficjent poinformował IZ o przebiegu i stopniu realizacji poszczególnych realizowanych kursów i szkoleń.. Organ został również poinformowany o planowanych przez Beneficjenta rekrutacjach na pozostałe objęte Wnioskiem kursy i szkolenia. Beneficjent nie stwierdził żadnych „problemów napotkanych w trakcie realizacji projektu” zarówno przez niego jak i jego Partnera. Przedmiotowy wniosek o płatność został pozytywnie zweryfikowany w Informacji o pozytywnej weryfikacji wniosku o płatność z dnia 10.11.2021 r. IZ zdecydowała się jednak wprowadzić poprawkę co do wnioskowanej kwoty drugiej zaliczki o którą występował Beneficjent na kwotę zgodną z aktualnym harmonogramem płatności tj. z 318 281,25 zł na 242 423,80 zł.

W dniu 03.01.2022 r. został przez Beneficjenta złożony ósmy wniosek o płatność (zaliczkowy, rozliczający zaliczkę, sprawozdawczy) za okres od 1.10.2021 r. do 31.12.2021 r. Podobnie jak w ww. poprzednich wnioskach o płatność (...) wskazała w nim na stopień realizacji projektu i zrealizowane dotychczas kursy i szkolenia przewidziane we Wniosku. Poinformowała również o braku stwierdzenia jakichkolwiek problemów w trakcie realizacji projektu oraz zadeklarowała w sekcji „Planowany przebieg realizacji” podjęcie dalszych kroków w celu realizacji kolejnych kursów zawodowych w projekcie. Przedmiotowy wniosek został zweryfikowany przez IZ w dniu 01.02.2022 r. w Informacji o pozytywnej weryfikacji wniosku o płatność nr (...). W wyniku weryfikacji zatwierdzono jednak wydatki kwalifikowane we

wniosku na kwotę 156 093,75 zł z 208 125,00 zł przedstawionych w ósmym wniosku. Z uwagi na nałożoną na Beneficjenta zgodnie z informacją pokontrolną nr (...) korektę finansową w wys. 25% wydatków za niekwalifikowalną uznano kwotę 52 031,25 zł (w tym koszty bezpośrednie – 41 625,00 zł, koszty pośrednie – 10 406,25 zł oraz wkład własny w kosztach pośrednich – 3 056,52 zł) zgłoszoną do rozliczenia w ramach postępowania dotyczącego szkoleń zawodowych. W związku z powyższym IZ w przedmiotowym piśmie wezwała Beneficjenta do zwrotu na konto projektu kwoty dofinansowania wynikającej z w/w 25 % korekty z rozliczanego wniosku ósmego tj. kwoty w wys.: 48 974,73 zł oraz kwoty dofinansowania wynikającej z 25% korekty z wniosku o płatność nr (...) tj. kwoty w wys.: 4 688,83 zł w terminie 14 dni. Beneficjent został przy tym pouczone, że o ww. zwrocie należy poinformować opiekuna projektu przesyłając potwierdzenie przelewu oraz, że w przypadku rozliczania w kolejnych wnioskach o płatność wydatków dotyczących weryfikowanego postępowania należy również dokonać ich pomniejszenia o stawkę 25%.

Dziewiąty wniosek o płatność nr (...) (sprawozdawczy) za okres od 01.01.2022 do 31.03.2022 r. (...) złożył w dniu 06.05.2022 r. W przedmiotowym wniosku Beneficjent poinformował Organ o stopniu realizacji poszczególnych zadań w projekcie i przewidzianych w ich ramach kursów i szkoleń zawodowych. W przedmiotowym wniosku Beneficjent nie stwierdził żadnych problemów w realizacji projektu informując jednocześnie w sekcji ”planowany przebieg realizacji” o utrzymywaniu świetlic wiejskich w dostępności w celu przeprowadzenia w nich ostatnich szkoleń zawodowych. Powyższy wniosek został pozytywnie zweryfikowany w ramach Informacji o pozytywnej weryfikacji wniosku o płatność z dnia 27.05.2022 r.

W dniu 01.07.2022 r. został przez Beneficjenta złożony dziesiąty wniosek o płatność (wniosek końcowy) w którym Beneficjent poinformował o zarówno przebiegu, realizacji oraz przeprowadzeniu egzaminów na zakończenie ostatnich kursów i szkoleń przewidzianych w ramach projektu. Nie zgłoszono żadnych problemów, które mogłyby wystąpić w ostatnim okresie realizacji projektu. Dnia 29.07.2022 r. Organ poinformował Beneficjenta iż w związku z przewidzianą kontrolą planową weryfikacja dziesiątego wniosku o płatność zostanie wstrzymana aż do otrzymania informacji pokontrolnej.

Z dniem 20.09.2022 r. Organ otrzymał pismo Beneficjenta z dnia 14.09.2022 r. W ww. korespondencji Beneficjent poinformował IZ o otrzymaniu z biura Prokuratury Rejonowej

w (...) Informacji dotyczącej postępowania o sygn. (...), którą to informację załączył do przedmiotowego pisma. Z załączonego pisma Prokuratury wynikało, że postępowanie wszczęte zawiadomieniem (...) z dnia 18.01.2021 r. a dotyczące nieprawidłowości przy organizacji w 2020 roku przez (...) przetargów na realizację zadania pn. „(...)” zostało w dniu 16.12.2021 r. umorzone. Wydane tak postanowienie zostało utrzymane w mocy przez Sąd Rejonowy w (...) postanowieniem z dnia 27.07.2022 r. o sygn.. akt (...). Odnosząc się do ww. pisma Prokuratury Beneficjent uznał je za dowód na to, że zarzuty (...) o wystąpieniu nieprawidłowości po stronie (...) przy przeprowadzaniu ww. przetargów są bezpodstawne i całkowicie pozbawione jakichkolwiek argumentów merytorycznych skoro zarówno Prokuratura jak i sąd po analizie pełnej dokumentacji wszystkich postępowań przetargowych Beneficjenta nie stwierdzili jakichkolwiek nieprawidłowości przy ich realizacji.

W dniu 26.09.2022 r. została w ramach przeprowadzonej w siedzibie Beneficjenta kontroli planowej z 29-31.08.2022 r. sporządzona przez Zespół kontrolujący Informacja pokontrolna nr (...). W wyniku powyższej kontroli stwierdzono błędy polegające na:

- braku wdrożenia wydanych zaleceń pokontrolnych zgodnie z wymogami określonymi w Ostatecznej Informacji pokontrolnej nr (...) z dnia 13.08.2021 r.;
- niedopełnieniu obowiązku przekazania do Instytucji Zarządzającej informacji o zamiarze powierzenia przetwarzania danych osobowych zgodnie z § 29 ust. 13 Umowy.

W ramach zaleceń pokontrolnych mając na uwadze ww. uchybienia (...) została zobligowana do przestrzegania postanowień § 29 ust. 13 Umowy.

Pismem z dnia 12.10.2022 r. Beneficjent zgłosił zastrzeżenia do informacji pokontrolnej nr (...) w zakresie w jakim zespół kontrolujący stwierdził błędy polegające na braku wdrożenia wydanych zaleceń pokontrolnych zgodnie z wymogami określonymi w Ostatecznej informacji pokontrolnej z dnia 13.08.2021 r.

Beneficjent wskazał, że jego argumenty przedstawione w piśmie złożonym 13.08.2021 r. nie zostały rozpoznane, gdyż wcześniej tego samego dnia została wydana ostateczna informacja pokontrolna. Zdaniem Beneficjenta rozpatrzenie tych twierdzeń mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy tj. na stanowisko w ostatecznej informacji pokontrolnej. Ponadto zwrócił uwagę na brak reakcji kolejnych próśb Beneficjenta o zajęcie stanowiska wyrażonych w pismach z 24

sierpnia 2021 r. i 24 września 2021 r, 14 lutego 2022 r. wystosowane przez pełnomocnika (...). Beneficjent wniósł o rozpatrzenie argumentów w celu polubownego rozwiązania sporu dotyczącego nałożonej korekty. Jednocześnie Beneficjent poinformował, że będzie przestrzegał § 29 ust. 13 Umowy.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia Instytucja Zarządzająca podtrzymała pismem z 20.10.2022 r. swoje stanowisko w kwestii ustaleń pokontrolnych stwierdzających brak wdrożenia zaleceń pokontrolnych zgodnie z wymogami określonymi w ostatecznej informacji pokontrolnej z dnia 13.08.2021 r.

Instytucja Zarządzająca odnosząc się do argumentów przedstawionych przez Beneficjenta poinformowała, że zastrzeżenia do ustaleń pokontrolnych nie miały istotnego wpływu na ustalenia zawarte w ostatecznej informacji z 13.08.2021 r. Ponadto IZ wskazała, że Beneficjent w treści ostatecznej informacji pokontrolnej został pouczony o braku możliwości złożenia zastrzeżeń do dokumentu, natomiast w przypadku odmowy podpisania ostatecznej informacji pokontrolnej mógł złożyć pisemne uzasadnienie odmowy podpisania dokumentu. Jednocześnie przesłano do Beneficjenta dwa egzemplarze niezmienionej w treści ostatecznej wersji informacji pokontrolnej z prośbą o jej podpisanie i przekazanie jednego egzemplarza w terminie 14 dni.

W związku z zakończeniem kontroli IZ wznowiła weryfikację złożonego przez Beneficjenta końcowego wniosku o płatność. W dniu 18.11.2022 r. sporządzona została Informacja o pozytywnej weryfikacji ww. końcowego wniosku o płatność. W jej wyniku spośród rozliczanej przedmiotowym wnioskiem kwoty wydatków w wys. 200 179,79 zł za kwalifikowalną została uznana przez Organ kwota 185 023,56 zł, za niekwalifikowalne zostały zaś uznane wydatki w wys. 15 156,23 zł. Jednocześnie Organ wskazał, iż nieuznanie za kwalifikowalną kwoty w wys. 15 156,23 zł wynika z nałożonej na Beneficjenta korekty 25% na wydatki dotyczące szkoleń zawodowych, które zostały dokładnie omówione w Ostatecznej Informacji pokontrolnej nr (...) z dnia 13.08.2021 r. Ponadto Organ zwrócił uwagę, że Beneficjent w dniu 19.04.2022 r. dokonał zwrotu na konto IZ kwoty 22 170,88 zł z tytułu zmiany kwoty dofinansowania i wobec powyższego pozostaje mu do zwrotu na konto IZ kwota w wysokości 41 210,18 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych od dnia

przekazania ostatniej transzy, zaś ostateczne rozliczenie projektu nastąpi po zwrocie brakującej kwoty.

Z uwagi na brak dobrowolnego zwrotu ww. kwoty dofinansowania pismem z dnia 07.12.2022 r. Organ wezwał Beneficjenta do zwrotu kwoty dofinansowania w wysokości 41 210,18 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych od dnia ich przekazania do dnia ich zwrotu w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia doręczenia wezwania.

Na ww. wezwanie Organ otrzymał odpowiedź Beneficjenta w dniu 29.12.2022 r. (data pisma 23.12.2022 r.). W przedmiotowym piśmie Beneficjent stwierdził, że w dalszym ciągu podtrzymuje dotychczasowe stanowisko w sprawie uznając zarzut o wykorzystaniu części środków otrzymanego dofinansowania z naruszeniem procedur za bezzasadny. Beneficjent podniósł również, iż zgodnie z zawezwaniem mailowym z dnia 19.04.2022 r. kwota w wys. 22 170,88 zł została zwrócona na konto IZ, co miało być warunkiem podpisania aneksu do Umowy, do czego ostatecznie nie doszło. Z uwagi na powyższe (...) uznał, iż ww. kwota została zwrócona IZ bez tytułu prawnego co jej zdaniem powinno zostać uwzględnione przez Organ w ostatecznym rozliczeniu projektu, o co Beneficjent jednocześnie wniósł.

W związku z brakiem zwrotu środków określonych w wezwaniu Organ pismem z 02.11.2023 r. zawiadomił Stronę o wszczęciu postępowania administracyjnego. Poinformowano również Stronę, że przysługuje jej prawo brania czynnego udziału w każdym stadium postępowania, prawo wypowiedzania się co do zebranych dowodów oraz zgłoszonych żądań, prawo wglądu w akta sprawy i sporządzania z nich notatek i podpisów.

Pismem z dnia 20.11.2023 r. Organ poinformował Beneficjenta o zebranych materiale dowodowym (pismo zostało doręczone Beneficjentowi w dniu 23.11.2023 r.) Strona została w nim pouczona o przysługującym jej na podstawie art. 10 § 1 KPA w zw. z art. 73 § 1 KPA prawie brania czynnego udziału w każdym stadium postępowania oraz prawie wglądu w akta sprawy oraz sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Organ wyznaczył Stronie termin 7 dni do wypowiedzenia się, co do zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W dniu 27.11.2023 r. w siedzibie w siedzibie Departamentu Wdrażania Europejskiego Funduszu Społecznego stawili się pełnomocnicy Beneficjenta: (...) oraz adwokat (...) i oświadczyli, że chcą zapoznać się z aktami sprawy w związku z prowadzonym postępowaniem

administracyjnym. Prowadzący postępowanie pracownik Organu udostępnił akta sprawy, z którymi ww. osoby się zapoznały oraz sporządziły fotokopie dokumentów.

Dnia 30.11.2023 r. do organu wpłynęło pismo Strony z dnia 29.11.2023 r. w którym przedstawiła stanowisko wraz z wnioskami dowodowymi. Strona podniosła, że w postępowaniu o zwrot dofinansowania organ ma obowiązek dokonania oceny postanowień umowy oraz sposobu jej wykonania, przy czym ustalenia dotyczące korekty podjęte w toku postępowania kontrolnego nie wiążą organu orzekającego o zwrocie, stanowiąc jedynie element stanu faktycznego w sprawie. Beneficjent ponadto wniósł o „przeprowadzenie rzetelnego postępowania dowodowego poprzez:

- 1) *ustosunkowanie się do argumentów (...) zawartych w pismach z dnia 2 sierpnia 2021 r., 24 sierpnia 2021 r., i 24 września 2021 r.,*
- 2) *uzupełnienie materiału dowodowego o pisma pełnomocnika (...):*
  - *z dnia 14.02.2022 r. (skierowanego do Urzędu Marszałkowskiego Departamentu Kontroli i Certyfikacji RPO),*
  - *z dnia 16.02.2022 r. (skierowanego do Urzędu Marszałkowskiego Departamentu Kontroli i Certyfikacji RPO),*
  - *z dnia 12.10.2022 r. (skierowanego do Urzędu Marszałkowskiego Departamentu Kontroli i Certyfikacji RPO).**których nie załączono do akt sprawy (pomimo tego, że zostały wysłane do adresata),*
- 3) *dopuszczenie dowodu z opinii bezstronnego biegłego z zakresu zamówień publicznych na okoliczność ustalenia, czy wybór oferty Wykonawcy dla zadania nr 2 w postępowaniu nr (...) pn. „(...) z dnia 3.11.2020 r. był prawidłowy (czy Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu)”.*

Organ uzupełnił materiał dowodowy o pisma pełnomocnika wskazane w piśmie oraz o oryginały dokumentów z postępowania kontrolnego.

Organ postanowieniem nr (...) z dnia 17 stycznia 2024 r. odmówił przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu zamówień publicznych.



W dniu 29.01.2024 r. Organ zawiadomił Stronę o zebraniu materiału dowodowego i wyznaczył Stronie 7-dniowy termin na wypowiedzenie się co do zebranych dowodów, materiałów oraz zgłoszonych żądań. Strona z ww. możliwości nie skorzystała.

## **Stan prawny**

**W tak ustalonym stanie faktycznym i po przeanalizowaniu całości zgromadzonego materiału dowodowego należy stwierdzić, co następuje.**

Celem niniejszego postępowania administracyjnego była analiza sprawy co do istoty, a zatem weryfikacja:

- 1. Czy w przedmiotowej sprawie miało miejsce naruszenie przez Beneficjenta postanowień Umowy (§ 26 ust. 1 Umowy) oraz Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 (podrozdział 6.5.2 pkt 1 i 11 ppkt b)) (zwanym dalej: „Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków”)?**
- 2. W przypadku przyjęcia, że ww. naruszenie miało miejsce – jaki skutek niesie za sobą fakt jego popełnienia przez Beneficjenta, w szczególności w kontekście możliwości zastosowania wskazanej w Rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 22 czerwca 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień (Dz. U. z 2020 r. poz. 1264) korekty finansowej w wysokości 25% wartości zamówienia.**
- 3. Czy w niniejszej sprawie doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013?**
- 4. W przypadku stwierdzenia zaistnienia nieprawidłowości, ustalenie przez czyje działanie lub zaniechanie została ona wywołana, w szczególności, czy zachodzą przesłanki wskazane w art. 24 ust. 11 Ustawy z dnia 11 lipca 2014 roku o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (zwanej dalej: „ustawą wdrożeniową”).**

Organ wnikliwie przeanalizował sprawę, wziął przy tym pod uwagę stanowisko Beneficjenta prezentowane w toku postępowania kontrolnego oraz argumentację zgłaszaną przez Stronę podczas postępowania administracyjnego.

Kluczowym dla sprawy zagadnieniem jest odpowiedź na pytanie, czy Strona prawidłowo wywiązała się z realizacji projektu, tj. czy zrealizowała go zgodnie z przepisami prawa i postanowieniami Umowy oraz Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W tym celu Organ musiał przeanalizować, czy w przedmiotowej sprawie Beneficjent naruszył zasadę konkurencyjności poprzez wybranie ofert i udzielenie zamówienia publicznego na usługi świadczone w ramach projektu Wykonawcy, który w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Następnie, w sytuacji przyjęcia, że ww. naruszenie miało miejsce zadaniem Organu było wszechstronne rozważenie, jaki skutek niesie ono za sobą dla Strony. Analiza Organu odbywała się z uwzględnieniem argumentacji podnoszonej przez Stronę podczas postępowania kontrolnego, oraz w trakcie niniejszego postępowania administracyjnego. W szczególności dokonano weryfikacji stanowiska Strony, zgodnie z którym do ww. naruszenia nie doszło z uwagi na spełnienie przez wybranego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Następnie Organ przeprowadził szczegółową analizę, czy w związku z tym w niniejszej sprawie doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 ust. 36 Rozporządzenia nr 1303/2013, w tym celu zweryfikował, czy zostały łącznie spełnione przesłanki, które determinują jej istnienie. Organ zbadał również, czy w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej, tj. czy zaistnienie nieprawidłowości wynika bezpośrednio z działania właściwej instytucji.

W celu rozpatrzenia ww. zagadnień, Organ przeanalizował Umowę, Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków, dokumenty z przeprowadzonego przez Beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia nr (...) (Ogłoszenie nr (...) z dnia 03.11.2020 r.) oraz przepisy wtedy obowiązującej Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej: „ustawą PZP”).

## I

W Umowie jak i Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków wskazano jakimi regulacjami i zasadami powinien się kierować Beneficjent podczas przeprowadzania

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w projekcie. Istotnym postanowieniem umownym dotyczącym ww. postępowań jest § 26 ust. 1 Umowy zgodnie z którym: „Przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu Beneficjent stosuje ustawę Pzp, zasadę konkurencyjności lub rozeznanie rynku na warunkach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu spójności na lata 2014-2020 (...)”. Powyższe postanowienie określa możliwe drogi realizacji przez beneficjenta postępowań prowadzących do udzielenia zamówienia publicznego na realizację zadań w ramach projektu. Pierwsza z ww. opcji odnosi się do zastosowania przepisów Ustawy PZP. Ustawa ta wskazuje na szeroki katalog podmiotów (zamawiających), które są zobligowane do jej stosowania oraz na rodzaje zamówień objętych obowiązkiem danej ustawy. Obok ww. zamawiających zobligowanych do jej stosowania ustawa PZP wskazuje jakiego rodzaju podmioty są zwolnione od stosowania jej przepisów (czyli nie są tzw. „zamawiającymi w rozumieniu PZP”). W sytuacji w której dany beneficjent nie może być zakwalifikowany jako „zamawiający w rozumieniu PZP” powinien on zastosować ww. zasadę konkurencyjności albo rozeznanie rynku. Zgodnie z podrozdziałem 6.5.1 pkt. 1 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków: „Rozeznania rynku dokonuje się w przypadku zamówień o wartości od 20 tys. PLN netto do 50 tys. PLN netto włącznie, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT). Rozeznanie rynku ma na celu potwierdzenie, że dana usługa, dostawa lub robota budowlana została wykonana po cenie rynkowej.” Jednak w sytuacji, gdy wartość przedmiotu zamówienia przekracza ww. kwotę 50 tys. PLN netto udzielający zamówienia beneficjent powinien zgodnie z podrozdziałem 6.5.2 pkt. 1 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków zastosować procedurę udzielania zamówień przewidzianą dla zasady konkurencyjności:

„Udzielenie zamówienia w ramach projektu przez beneficjenta następuje zgodnie z zasadą konkurencyjności w przypadku:

- a) beneficjenta niebędącego zamawiającym w rozumieniu Pzp w przypadku zamówień przekraczających wartość 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT),
- b) beneficjenta będącego zamawiającym w rozumieniu Pzp w przypadku zamówień o wartości niższej niż kwoty określone w art. 2 ust. 1 Pzp, a jednocześnie przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT).”

Organ ustalił iż w przedmiotowej sprawie Beneficjent (...) w rozumieniu przepisów ustawy PZP oraz postanowień Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków jest podmiotem niebędącym „zamawiającym w rozumieniu PZP” i w związku z tym niezobligowanym do jej stosowania. Należy stwierdzić, że nie będąc związanym przepisami PZP (...) pozostało skorzystanie z jednego z wskazanych w § 26 ust. 1 Umowy rozwiązań, tj. zasady konkurencyjności lub rozeznania rynku. W opublikowanym w dniu 03.11.2020 r. przez Beneficjenta w Bazie Konkurencyjności Zaproszeniu Ofertowym o znaku: (...) zamieszczono informację zgodnie, z którą wymagana sumaryczna wartość czterech wykazanych szkoleń w ramach przedmiotowego zamówienia miała wynosić minimum 90 000,00 zł, szacunkowa zaś wartość przedmiotu zamówienia stanowiła kwotę 376 244,95 zł (zgodnie z informacją pokontrolną dot. kontroli doraźnej przeprowadzonej w dniach 17-19.05.2021 r.). Mając na uwadze udzielając przedmiotowego zamówienia Strona zobowiązana była stosować zasadę konkurencyjności. Strona zgodnie z powyższym wskazała w Zaproszeniu Ofertowym, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest zgodnie z zasadą konkurencyjności określoną w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

Zgodnie z § 4 ust. 1 i 3 Umowy *Beneficjent oświadczył, że zapoznał się z treścią Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków i zobowiązał się do realizacji projektu zgodnie z postanowieniami”.*

W podrozdziale 6.5.2 ww. Wytycznych określono jednoznacznie zasady udzielania zamówień publicznych, do których powinni się stosować beneficjenci projektów objęci obowiązkiem stosowania zasady konkurencyjności. W przedmiotowej sprawie po przeprowadzeniu kontroli doraźnej w dniach 17-19.05.2021 r. Zespół Kontrolujący IZ ustalił w Ostatecznej Informacji Pokontrolnej naruszenie przez (...) nie tylko zapisów Umowy (§ 26 ust. 1 Umowy) ale również regulacji zawartych w podrozdziale 6.5.2 pkt. 11 ppkt b) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków, zgodnie z którym: „*W celu spełnienia zasady konkurencyjności należy: (...) b) wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny. Wybór oferty jest dokumentowany protokołem postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w pkt 17. Postępowanie może zakończyć się wyborem kilku wykonawców, gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych”*

Z powyższego postanowienia wynika więc jednoznacznie obowiązek wyboru przez Beneficjenta nie tylko oferty najkorzystniejszej, lecz również takiej której wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w przeprowadzonym postępowaniu, zawarte w kryteriach oceny ofert.

W odpowiedzi na opublikowane w Bazie Konkurencyjności przez Stronę w dniu 03.11.2020 r. Zaproszenie Ofertowe nr (...) wpłynęły na dwa przewidziane w Zaproszeniu zadania łącznie 3 oferty. Na realizację zadania nr 2 pn. „(...)” oferty swe złożyli:

**a) Konsorcjum w składzie:**

- (...), ul. (...), (...) (Lider konsorcjum)
- (...), ul. (...), (...),
- „(...)”, (...), (...) – z zaoferowaną ceną brutto: 231 000,00 zł (słownie: dwieście trzydzieści jeden tysięcy złotych 00/100),

**b) (...), ul. (...), (...) – z zaoferowaną ceną brutto: 212 500,00 zł (słownie: dwieście dwanaście tysięcy pięćset złotych 00/100).**

Z uwagi na odrzucenie oferty przedstawionej przez (...) z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w efekcie ww. przeprowadzonego postępowania jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum. W związku z powyższym dnia 14.12.2020 r. zawarto Umowę Nr (...) pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum na wykonanie szkoleń w ramach Zadania nr 2 za cenę 231 000,00 zł.

W opublikowanym przez (...) w bazie Konkurencyjności Zaproszeniu Ofertowym o nr. (...) Beneficjent określił m.in. nie tylko charakterystykę i opis przedmiotu zamówienia, ale również co istotne wskazał warunki udziału wykonawców w postępowaniu. Wśród nich zawarł m.in. warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonanych uprzednio przez wykonawcę usług. Zgodnie z powyższym warunkiem w ramach zadania nr 2 wykonawca miał wykazać iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie) wykonał on łącznie 4 rodzaje szkoleń spośród wymienionych 7 rodzajów szkoleń w przedmiotowym Zapytaniu ofertowym. Każde wykazane szkolenie miało być przeprowadzone dla minimum grupy 10-osobowej. Wśród wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu rodzajów

szkoleń w realizacji, których potencjalni wykonawcy mieli się wykazać wymieniono szkolenia z zakresu:

1. Monter sieci i instalacji sanitarnych lub Hydraulik,
2. Monter i konserwator instalacji klimatyzacyjnych i chłodniczych,
3. Monter instalacji alarmowych i monitoringu + uprawnienia SEP lub inne szkolenie związane z alarmami, monitoringiem lub sterowaniem systemami automatyki obiektów,
4. Barman – barista lub Barman lub Barista,
5. Produkcja wyrobów cukierniczych + uprawnienia SEP lub Cukiernik + uprawnienia SEP,
6. Opiekun osób starszych + Kwalifikowana Pierwsza Pomoc lub Opiekun osób starszych lub Kwalifikowana Pierwsza Pomoc,
7. Florysta lub Bukieciarz – florysta.

Przechodząc od założeń zawartych w Zapytaniu ofertowym do przedmiotowej weryfikacji dokumentacji z udzielonego zamówienia ustalono iż Konsorcjum w złożonej ofercie wykazał się doświadczeniem w realizacji 4 z 7 wskazanych rodzajów szkoleń a wśród nich:

1. Monter sieci i instalacji sanitarnych lub hydraulik, pn. „(...)” na 12 osób dla (...) w terminach 16.04.2018 – 11.05.2018,
2. Monter instalacji alarmowych i monitoringu + uprawnienia SEP lub inne szkolenie związane z alarmami związane z alarmami, monitoringiem lub sterowaniem systematyki obiektów, pn. „(...)” na 10 osób dla (...), ul. (...), (...) w terminach 23.02.2019 – 21.03.2019,
3. Opiekun osób starszych + Kwalifikowana Pierwsza Pomoc lub Opiekun osób starszych lub Kwalifikowana Pierwsza Pomoc, pn. „ (...)” na 28 osób dla (...) w terminach 20.07.2020 – 31.07.2020, oraz
4. Barman – barista lub Barman lub Barista, pn. „(...)” na 22 osoby dla (...), (...), (...).

Potwierdzeniem realizacji ww. kursów były wydane Liderowi Konsorcjum listy referencyjne, a wśród nich List referencyjny z dnia 13.11.2020 r. wystawiony (...) przez (...). W trakcie badania dokumentacji postępowania Organ ustalił, że powyższe szkolenie było realizowane w ramach projektu nr (...), którego (...) była Beneficjentem. Pomimo zawartych w ofercie Konsorcjum zapewnień o posiadaniu wymaganego doświadczenia w realizacji takich kursów

po weryfikacji dokumentów postępowania Zespół Kontrolujący ustalił iż faktycznym wykonawcą usług szkoleniowych był w większości podmiot trzeci: „(...), ul. (...), (...)”. W takiej więc sytuacji Organ uznał (...) za podmiot zamawiający usługę w ww. projekcie którą faktycznie zrealizował (...) i w związku z tym uznał, że Lider Konsorcjum nie może powoływać się na doświadczenie w powyższym zakresie. Z takim stanowiskiem nie zgodziła się Strona która w zastrzeżeniach do Ostatecznej Informacji pokontrolnej oraz w kolejnych swych pismach utrzymywała iż do nieprawidłowości nie doszło. Powyższe twierdzenie argumentowała tym, że we wskazanym przez Zespół Kontrolujący postępowaniu nr (...) to (...) była organizatorem i realizatorem szkolenia odpowiedzialnym za obsługę merytoryczną oraz organizacyjno-techniczną szkolenia, w tym: wybór i zatrudnienie trenera do realizacji programu opracowanego przez (...), systematyczny nadzór nad szkoleniem, rekrutację uczestników, dokumentację szkoleniową, zakup wyposażenia dla uczestników, poczęstunek, zwrot kosztów dojazdu oraz pozostałą pomoc dla uczestników szkolenia. Zgodnie z oświadczeniem (...) (...) został zatrudniony jedynie do procesu przeprowadzenia szkolenia jako trener - według wytycznych i zgodnie z harmonogramem dostarczonym mu przez (...), do walidacji, egzaminowania oraz certyfikacji, ponieważ posiadał do tego wymagane uprawnienia. Powyższe stanowisko prezentowane przez (...) zostało potwierdzone w załączonych do pisma Strony z dnia 02.08.2021 r. oświadczeniach zarówno (...) jak i samego (...). Beneficjent ponadto w swej dalszej korespondencji z Organem odwołując się do zarzutów wobec zadeklarowanego w przyjętej przez siebie ofercie doświadczenia (...) uzupełnił swoje stanowisko o stwierdzenie iż, *„zamówienie realizowane przez jednego wykonawcę z wykorzystaniem podwykonawców jest doświadczeniem wykonawcy a nie podwykonawcy”*.

Mając na uwadze powyższe IZ poza dokumentami przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne nr (...) zdecydowała się zbadać również dokumenty związane z postępowaniem o zamówienie publiczne w ww. projekcie nr (...), którego beneficjentem była (...) i w którym dokonano wyboru podmiotu: „(...)” do realizacji w nim „(...)”.

Ocenie zostało poddane w szczególności zapytanie ofertowe nr (...) opublikowane w Bazie Konkurencyjności dnia 15.12.2017 r., w tym szczegółową charakterystykę przedmiotu zamówienia oraz ww. oświadczenia (...) i (...) odnośnie ich roli w realizacji ww. kursu barmańskiego.

Zgodnie ze „Skróconym opisem przedmiotu zamówienia” przedmiotem tym miała być: „realizacja kursów/szkożeń dających kompetencje/kwalifikacje zawodowe dla uczestników projektu „(...)” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Świętokrzyskiego na lata 2014-2020 Oś Priorytetowa VIII Rozwój edukacji i aktywne społeczeństwo; Poddziałanie 8.5.1 Podniesienie jakości kształcenia zawodowego oraz wsparcie na rzecz tworzenia i rozwoju CKZiU (projekty konkursowe).” W dalszej części ww. sekcji dokumentu zawarto również odniesienie do „Szczegółowej Charakterystyki Przedmiotu Zamówienia” stanowiącej załącznik nr 1 do przedmiotowego Zapytania ofertowego. We wspomnianym opisie Zamawiający zaznaczył iż „w cenę kursu należy wliczyć:

- przygotowanie programu i harmonogramu kursu wg wzorów otrzymanych od Zamawiającego,
- zapewnienie trenera/trenerów posiadających wiedzę i doświadczenie w prowadzeniu zajęć dydaktycznych w zakresie tematycznym kursu,
- prowadzenie dokumentacji z realizacji kursu wg wzorów Zamawiającego,
- zapewnienie materiałów szkoleniowych niezbędnych do prawidłowej realizacji kursu, w tym min. notatnik, długopis, skrypt/podręcznik,
- zapewnienie sprzętu barowego oraz materiałów/produktów do prowadzenia zajęć praktycznych w zakresie zgodnym z programem kursu,
- ubezpieczenie NNW uczestników w trakcie trwania kursu,
- wynagrodzenie, dojazdy i ewentualne noclegi wykonawcy/trenerów,
- przeprowadzenie procesu walidacji, potwierdzające nabycie przez uczestników kompetencji/kwalifikacji zawodowych zgodnych ze Zintegrowanym Rejestrem kwalifikacji Zawodowych,
- przeprowadzenie egzaminu teoretycznego i praktycznego, jeśli został przewidziany w programie kursu,
- wydanie zaświadczeń/certyfikatów o ukończeniu kursu barmańskiego I stopnia”



Po przeprowadzeniu analizy ww. dokumentu jak i oświadczeń złożonych przez (...) i (...) Organ stwierdził daleko idącą rozbieżność między założonym a zadeklarowanym zakresem obowiązków wykonawcy. Stwierdzić przy tym należy, że (...) nie mogła uzyskać doświadczenia w ww. zakresie, gdyż jak już wskazywano i jak wynika z powyższej treści „Szczegółowej charakterystyki przedmiotu zamówienia” była ona zamawiającym usługi, których realizację deklaruje. Słusznie więc w swym piśmie z dnia 13.08.2021 r. zauważył Organ, iż wbrew ww. oświadczeniom (...) był zobowiązany zgodnie z powyższym do „kompleksowego zrealizowania usługi”. Do powyższego sformułowania odniósł się Beneficjent w swym piśmie z dnia 24.08.2021 r. pytając Organ o kontekst i znaczenie użytego sformułowania oraz zarzucając mu „kolejną manipulację słowną”.

W celu więc wyjaśnienia powodu nieuznania przez IZ doświadczenia (...) w realizacji ww. kursu barmańskiego oraz w związku z tym jego zdolności do uczestnictwa w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez (...) należy w tym miejscu wyjaśnić wszelkie wątpliwości związane zarówno ze znaczeniem sformułowania „kompleksowego zrealizowania usługi” jak i kontekstem jego zastosowania w piśmie IZ z dnia 13.08.2021 r..

Na wstępie należy ustalić w oparciu o powszechne zasady języka polskiego oraz aktualne i obowiązujące orzecznictwo znaczenie słowa „kompleksowy”. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN sformułowanie „kompleksowy” oznacza: „*obejmujący całość elementów lub zagadnień, a nie tylko ich fragment*”. Podobną definicję można znaleźć również w Wielkim Słowniku Języka Polskiego, zgodnie z którym „kompleksowy” to: „*obejmujący wiele różnych elementów, uzupełniających się wzajemnie i składających na pewną całość*”. Przywołane powyżej definicje przedmiotowego pojęcia wskazują, że każde zjawisko określone jako „kompleksowe” odznacza się kompletnością pewnych zjawisk, elementów lub zagadnień, które mają tworzyć jedną nierozzerwalną i funkcjonalnie powiązaną ze sobą całość.

Powyższe ustalenia dotyczące sformułowania „kompleksowego” zrealizowania usługi w następnej kolejności trzeba odnieść do przedmiotowej sprawy. W wielokrotnie już wyżej przytoczonej, opublikowanej przez (...) Szczegółowej charakterystyce przedmiotu zamówienia, określono, **co Zamawiający wymaga od składającego ofertę wykonawcy. Zakres tych czynności świadczy o ich kompleksowości (prowadzenie zajęć dydaktycznych, zapewnienie materiałów szkoleniowych niezbędnych do prawidłowej**

**realizacji kursu, w tym min. notatnik, długopis, skrypt/podręcznik, przeprowadzenie procesu walidacji, przeprowadzenie egzaminów, wydanie zaświadczeń/certyfikatów).**

Potwierdzają to także oświadczenia załączone dopisma Beneficjenta z 02.08.2021 r., które wskazywały, że:

- w ramach zawartej umowy z (...) rola (...) w organizowanym szkoleniu ograniczała się do pełnienia funkcji trenera zajęć dydaktycznych wg programu i narzuconego przez (...) harmonogramu szkolenia. Jako prowadzący zajęcia dydaktyczne zobowiązany był również do opracowania skryptu zgodnego z narzuconym mu programem oraz zapewnienia uczestnikom szkolenia notatników z długopisami oraz ubezpieczenia uczestników w imieniu organizatora,
- poza szkoleniem przeprowadził również egzamin dla uczestników szkolenia w celu sprawdzenia ich umiejętności i wiedzy po jego zakończeniu,

Jednocześnie z oświadczeń wynika, że pozostały zakres związany z organizacją szkolenia, tj.: nadzór pedagogiczny, dokumentacja szkoleniowa, rekrutacja uczestników, zapewnienie lokalu oraz odpowiedniego sprzętu dla przeprowadzenia zajęć oraz pozostały zakres logistyczno-techniczny należał do obowiązków (...).

Z analizy powyższych dokumentów wynika, że zakres wymaganych czynności od wykonawcy tj. (...) był kluczowy do wykonania usługi. Zakres związany z organizacją szkolenia, który wg oświadczeń miał należeć do obowiązków (...) sprowadzał się do spraw technicznych i logistycznych, których wykonanie nie może świadczyć o wykonaniu szkolenia dotyczącego kursu barmańskiego. Ponadto na marginesie należy podnieść, że zgodnie z Szczegółową Charakterystyką Przedmiotu Zamówienia czynności takie jak (dokumentacja kursu, zapewnienie sprzętu) miał wykonać (...), a nie (...). Należy w tym miejscu podnieść, że w wyroku z dnia 28 września 2020 r. o sygn. akt. KIO 1727/20 stwierdzono: „*Ukształtowana w postępowaniu treść SIWZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego. Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień SIWZ i odstępować od ustanowionych wymogów (w tym ich zawężać czy rozszerzać), prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (...)* Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ oraz

*dokonywanie badania i oceny ofert z pominięciem wymagań narzuconych treścią SIWZ czy też z uwzględnieniem wymagań z treści SIWZ jednoznacznie nie wynikających albo bardziej rygorystycznych niż pierwotnie ustalone” oraz wyrokiem KIO z dnia 18 stycznia 2021 r. o sygn. akt. KIO 3446/20: „(...) czynność ta zmiany zapisów SIWZ nie może mieć charakteru dorozumianego. Wykonawcy zainteresowani postępowaniem nie muszą domyślać się jakie ostatecznie zapisy ich obowiązują. Wyrażenie woli przez Zamawiającego musi przyjąć postać wyraźnej deklaracji.”* Będąca oficjalnie w opublikowanym przez siebie w Bazie konkurencyjności zapytaniu ofertowym podmiotem zamawiającym (...) nie powinna podejmować się realizacji zadań/czynności wskazanych w zapytaniu ofertowym. Logicznym jest przecież, że zamawiający konkretne usługi nie może jednocześnie wejść w rolę podmiotu wybranego do ich wykonania (nawet w części) i tym samym powoływać się na zdobyte w ten sposób doświadczenie w realizacji zadań na własne potrzeby. Na powyższe zwrócił uwagę sam Beneficjent w swej korespondencji z (...) z dnia 16.09.2021 r. w toku postępowania (...). W przedmiotowej korespondencji (...) w następujący sposób argumentował brak akceptacji dla doświadczenia (...), który powoływał się na doświadczenie, które miał zdobyć w projekcie „(...)”, w którym był faktycznie beneficjentem i zamawiającym: „(...) był w przedmiotowym postępowaniu zamawiającym. Z powyższego wynika logiczny wniosek, że skoro byli Państwo zamawiającymi usługi będące przedmiotem zamówienia to nie mogliście/nie możecie być Państwo wykonawcami tych usług i wykazywać ich jako swojego doświadczenia”. Reasumując, mając na względzie powyższe informacje należy jednoznacznie stwierdzić iż (...), a wraz z nią pozostali członkowie Konsorcjum nie spełnili wymogu wykazania się doświadczeniem z zakresu 4 z 7 wskazanego w Zapytaniu Ofertowym z dnia 02.11.2020 r. rodzajów kursów, gdyż jeden z zadeklarowanych jako wykonane kursów „(...)” z uwagi na status zamawiającego, jaki miała (...) w projekcie, w którym kurs ten występował oraz z uwagi na zrealizowanie kursu przez podmiot trzeci – tj. (...). W przedmiotowym stanie faktycznym zdając sobie sprawę z ww. okoliczności Beneficjent powinien niniejsze postępowanie nr (...) z uwagi na brak spełnienia wymogów udziału przez obydwu ubiegających się o zamówienie publiczne wykonawców unieważnić i opublikować w związku z tym nowe zapytanie ofertowe ze zmienionymi warunkami udziału w celu uzyskania ofert, które takowe warunki by spełniały.

W świetle powyżej wskazanych okoliczności i zakresu faktycznej realizacji „(...)” w ramach projektu nr (...) przez ww. podmioty należy uznać, że Beneficjent wybierając w prowadzonym

przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia nr (...) ofertę Konsorcjum zdając sobie sprawę z nieposiadania przez wybranego Wykonawcę pełni wymaganego do udziału w postępowaniu doświadczenia naruszył pkt 11 lit. b) podrozdziału 6.5.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków zgodnie z którym jak ww. wybór przez Zamawiającego oferty był podyktowany nie tylko kryterium ceny, **ale również wymogiem spełnienia przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.**

W następnej kolejności należy odnieść się do zarzucanego przez Organ Beneficjentowi naruszenia § 26 ust. 1 Umowy. Zgodnie z powyższym paragrafem Umowy: „(...) Beneficjent zobowiązany jest do przygotowania i **przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie zasad równego traktowania wykonawców, przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz dołożenia wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów**”. Mając więc na uwadze powyższy zapis należy stwierdzić iż Beneficjent w toku przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien kierować się ww. zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Do zarzutów naruszenia powyższego postanowienia Umowy Beneficjent odniósł się w swych pismach z dnia 2.08.2021 r. oraz z 24.08.2021 r. Wśród sformułowanych przez Stronę zarzutów dotyczących ustaleń Zespołu kontrolnego zaprezentowanych w Ostatecznej Informacji pokontrolnej nr (...) wskazano m.in. iż nie jest prawdą, że nie uznano w prowadzonym przez Stronę postępowaniu o zamówienie publiczne nr (...) doświadczenia (...) w wykonaniu szkolenia pn. „(...)” z uwagi na brak decyzji o odrzuceniu ww. oferty z powodu unieważnienia postępowania w wyniku dostrzeżenia istotnych błędów w opisie przedmiotu zamówienia. W treści pisma uzasadniano, iż w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o „nie uznaniu doświadczenia (...) w wykonaniu ww. szkolenia”, a w rezultacie zarzucanym przez Zespół Kontrolujący nierównym traktowaniu jednego z potencjalnych wykonawców – (...) w stosunku do sposobu traktowania drugiego z potencjalnych wykonawców tj. (...). Swoje stanowisko strona argumentowała tym, iż powodem wezwania (...) do złożenia wyjaśnień w unieważnionym następnie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) było „wykazanie się tym samym doświadczeniem przez innego wykonawcę tj. (...) oraz nie załączeniem przez (...) listu referencyjnego zleceniodawcy usługi tj. podmiotu poświadczającego poziom i jakość usługi, który jest koniecznym elementem wykazanego doświadczenia”. Strona podkreśliła również, iż nie doszło do podjęcia przez Beneficjenta

decyzji o formalnym odrzuceniu i w związku z tym „nie uznaniu” oferty (...) „z uwagi na przerwanie czynności oceny ofert na etapie składanych wyjaśnień przez (...) z uwagi na dostrzeżone błędy w opisie przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu i unieważnienie tego postępowania”. Z ustaleń Zespołu kontrolującego wynika w przedmiotowej sprawie, iż postępowanie nr (...) zostało faktycznie unieważnione. Zamawiający nie dokonał w nim wyboru najkorzystniejszej oferty, zaś na stronie internetowej Baza konkurencyjności oraz na stronie internetowej Zamawiającego przeznaczony do publikacji informacji o projekcie Strona poinformowała o unieważnieniu postępowania z uwagi na rozbieżności w interpretacji warunków jakie powinien spełniać wykonawca głównie w zakresie podwykonawstwa oraz posiadanego doświadczenia i potencjału technologicznego. Drugim zaś z podanych przez Beneficjenta powodów unieważnienia postępowania było omyłkowe nieuwzględnienie w Zaproszeniu do składania ofert zapisów merytorycznych i obowiązków wykonawców związanych z zapewnieniem poczęstunku, badań lekarskich oraz psychologicznych. W ramach prezentowanej przez siebie ww. argumentacji Beneficjent informował również, że „unieważnione postępowania nie podlegają ocenie z uwagi na brak poniesionych wydatków i brak możliwości stwierdzenia nawet potencjalnych skutków poniesionej szkody” prezentując przy tym sformułowanie „nie ma wydatków nie ma szkody”. Beneficjent zaznaczył ponadto, że Taryfikator w danym zakresie „za naruszenie art. 93 ust. 1 PZP wskazuje na możliwość nakładania korekt”.

Organ nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Strony, gdyż w ocenianej sytuacji doszło do naruszenia przez Stronę zasady równego traktowania wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu. W tym miejscu należy wskazać, że na etapie całego postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający jest zobligowany do równego traktowania wszystkich uczestniczących w nim potencjalnych wykonawców. Jest do tego zobligowany zgodnie z powszechnie obowiązującą w tych postępowaniach zasadą zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyraża nakaz powstrzymywania się od nieuzasadnionego obiektywnymi względami preferowania – bezpośrednio lub pośrednio – poszczególnych wykonawców. Tym samym oznacza również zakaz dyskryminowania poszczególnych wykonawców oraz nieuzasadnionego ograniczania kręgu dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe znajduje swe odzwierciedlenie

bez wyjątku w aktualnej linii orzeczniczej KIO. Przykładem wyroków odwołujących się do nakazu zachowania ww. zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyrok WSA w Warszawie z dnia 25.08.2017 r. o sygn. akt.: VIII Sa/Wa 13/17 zgodnie z którym: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji”*. Temat zasady równego traktowania uczestników postępowań o udzielenie zamówień publicznych został również dokładnie opisany i wyjaśniony w doktrynie prawniczej: *„Zasada równego traktowania wymaga od zamawiającego traktowania wszystkich wykonawców, którzy znajdują się w tej samej sytuacji, w identyczny sposób, co przejawia się w obowiązku wyznaczania takich samych terminów na wykonanie poszczególnych czynności, informowanie ich o podjętych przez zamawiającego czynnościach w tym samym czasie. Zamawiający powinien jednakowo traktować wszystkich wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania środków dyskryminujących wykonawców i powinien stosować jedną miarę do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, co nie oznacza obowiązku jednakowej oceny wykonawców, jednakże zasady obowiązujące w ramach badania i oceny wykonawców muszą być takie same”* (Gawrońska-Baran Andrzej i in., „Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany” (opublikowano: LEX/el. 2023)). Powyższy wyrok oraz fragment publikacji komentarza do ustawy PZP wskazują bezpośrednio w sposób jasny i przejrzysty na czym polega zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz czego konkretnie w związku z nią wymaga się od zamawiającego.

Przechodząc od rozważań teoretycznoprawnych na grunt przedmiotowej sprawy IZ wskazuje, iż nie zgadza się, ze stwierdzeniem, iż brak formalnego odrzucenia decyzją oferty (...) w postępowaniu (...) oznacza, że nie doszło do nie uznania wykazywanego przez powyższy

podmiot doświadczenia. Brak uznania dla prezentowanego przez Stronę stanowiska wynika przede wszystkim z faktu oficjalnego wezwania (...) przez (...) do złożenia wyjaśnień w kwestii posiadania doświadczenia w realizacji ww. rodzaju szkolenia oraz wykazania potwierdzających to dokumentów na jego potwierdzenie. W wyniku braku spełnienia ww. wymagań Zamawiającego Strona wystosowała wobec (...) pismo z dnia 16.09.2020 r. w którym odmówiła uznania doświadczenia (...) za jego własne: „Zamawiający NIE UZNAJE Państwa doświadczenia wykazanego w Załączniku nr 4 – Wykaz wykonanych usług szkoleniowych w zakresie pkt 4 tabeli – Wykazu tj. posiadania doświadczenia i referencji w realizacji szkolenia pn. (...)”. Zgodnie z powoływanym pismem (...) zazaczył, że (...) powoływał się na doświadczenie zdobyte w ramach projektu pn. „(...)”, którego był faktycznie beneficjentem a faktycznym wykonawcą był podmiot (...). Powyższe pismo należy uznać za oświadczenie woli Zamawiającego względem oferenta o faktycznym nie uznaniu wykazywanego przez niego doświadczenia w realizacji ww. kursu, pomimo że finalnie nie doszło do odrzucenia oferty (...) z uwagi na nie wykazanie się doświadczeniem. W niniejszej decyzji Organ w obszerny sposób wyjaśnił, że podobna sytuacja dotycząca wykazywania się cudzym doświadczeniem w zaprezentowanej ofercie wystąpiła następnie na etapie postępowania (...). W jego trakcie (...), która w swoim formularzu ofertowym z dnia 18.11.2020 r. powoływała się na doświadczenie zdobyte w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn. „(...)” na usługę „(...)”. Zgodnie z ustaleniami zawartymi w Ostatecznej Informacji Pokontrolnej nr (...) w przedmiotowym projekcie (...) była zamawiającym, zaś jedynym wykonawcą był podmiot „(...)”, który zgodnie z Zapytaniem Ofertowym z dnia 15.12.2017 i załączonym Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia powinien zrealizować całość zamówienia osobiście i w związku z tym móc odznaczać się doświadczeniem w realizacji ww. usługi.

W związku z powyższym Beneficjent w prowadzonym postępowaniu pomimo podobnej sytuacji obydwu wykonawców dotyczącej wykazywanego przez nich doświadczenia nie wezwał (...) do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień potwierdzających jego nabycie. Beneficjent zaniechał powyższych czynności również pomimo, że sam przewidział taką możliwość w Zapytaniu Ofertowym na str.8 – „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania pełnej dokumentacji z wykazanych usług szkoleniowych, jeżeli poweźmie wątpliwości do wykazanych szkoleń (dzienniki zajęć, kopie wydawanych zaświadczeń, listy obecności, itp.)”.

Zgodnie z aktualnym orzecnictwem KIO w powyższej sytuacji Zamawiający powinien podjąć ww. działania, np.: wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2016 r. o sygn. akt. KIO 1345/16: *„Zamawiający powinien przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej wyjaśnić wszelkie wątpliwości dotyczące ofert, jednak winien czynić to z uwzględnieniem podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych - z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców”* oraz wyrok KIO z dnia 10 października 2017 r. o sygn.. akt. KIO 2006/17: *„Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert nie może opierać się wyłącznie na formularzu oferty oraz formularzu cenowym, lecz winien poddać ocenie również złożone wyjaśnienia w kontekście zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami ustalonymi w treści SIWZ. W zakresie obowiązku ustalenia rzeczywistej treści oferty zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Izba wskazuje, że zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający powinien ponownie poddać ocenie daną ofertę, gdyż złożonymi wyjaśnieniami wykonawca jest związany na równi ze złożoną ofertą.”* Tak więc mając na uwadze ww. przepisy Wytycznych w zakresie kwalifikowalności, orzecznictwo KIO oraz zasadę równego traktowania wykonawców Beneficjent mając przed sobą dwóch oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji potraktował każdego z nich nierówno, czym naruszył ww. postanowienia Wytycznych w zakresie kwalifikowalności oraz zasadę równego traktowania wykonawców, której obowiązek zachowania został dodatkowo wskazany w ww. § 26 ust.1 Umowy.

Następnie należy odnieść się do zarzutów Strony , która wskazała, że Organ nie bierze pod uwagę odmiennych stanów faktycznych zarówno, w których znajdował się (...) jak i (...) Odnosząc się do ww. zarzutów Strona wskazała, iż sytuacja powyżej wskazanych podmiotów w procesie realizacji ich usług w ich projektach różniła się zarówno kręgiem odbiorców jak i podmiotem wystawiającym referencje potwierdzające wykonanie i jakość wykonanych usług. Analizując wpieryw przypadek (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr



(...) Strona podnosiła, iż realizując projekt nr (...), którego był beneficjentem (...) nie mógł wykazać się tak zdobytym doświadczeniem, ponieważ po pierwsze faktycznym wykonawcą był podmiot trzeci pn. „(...)” a po drugie (...) na potwierdzenie tak zdobytego „doświadczenia” przedstawił referencje wystawione przez podmiot, który nie mógł mu ich wystawić, tj. (...) (zwany dalej „(...)”) pełniący rolę instytucji pośredniczącej w projekcie. Beneficjent następnie wskazał, iż zgodnie z aktualną linią orzecniczą KIO wykonawca nie może wykazywać doświadczenia własnego, czyli doświadczenia zdobytego m.in. w toku realizacji projektów unijnych i potwierdzonego przez Instytucję Pośredniczącą lub Instytucję Zarządzającą, ponieważ realizując projekt współfinansowany ze środków Unii Europejskiej nie świadczy on bowiem żadnych usług na rzecz podmiotu nadzorującego realizację projektu. Działalność ww. instytucji w opinii Strony w ramach projektu skupia się głównie na finansowaniu działań działającego w projekcie beneficjenta, badaniu aspektów umowy i realizacji projektu, które mają wpływ na osiągnięcie jego celów. Instytucja Pośrednicząca w ocenie Strony ocenia jedynie jakość działań w projekcie a nie poziom merytoryczny poszczególnych usług w projekcie a poza jego zakresem zainteresowań ma się znajdować ocena jakości świadczonych usług na rzecz podmiotów trzecich. Instytucja ta więc zdaniem strony nie wartościuje poziomu i jakości usług realizowanych w ramach projektu, niezależnie od tego kto jest ich odbiorcą, gdyż nie są one realizowane na jej rzecz w związku z czym nie jest w stanie wystawić poprawnych referencji. Sytuację powyższą (...) porównał do przypadku (...), która realizując w swym projekcie o nr. (...) szkolenie pn. „(...)” dedykowała je (...), która to szkoła kierowała wybranymi uczniami do uczestnictwa w ww. szkoleniu i która to szkoła wskazywała swe oczekiwania organizatorowi szkolenia tj. (...) w zakresie założeń programu szkolenia i która finalnie oceniła jakość szkolenia. Proces realizacji szkolenia został oceniony przez dyrekcję i kadrę dydaktyczną szkoły.

Odnosząc się do powyższego należy zaznaczyć, że porównując sytuacje (...) i (...) Beneficjent przemilczał wyżej wskazany przez Organ fakt, iż w powołanym przez (...) projekcie (podobnie jak (...)) była ona zamawiającym nie zaś wykonawcą, a rolę jedynej wykonawcy w projekcie pełnił (...) prowadzący działalność gospodarczą pn. „(...)”. Należy przyznać rację Beneficjentowi, ale tylko odnośnie stanowiska, że (...) będący IP w projekcie (...) jako instytucja finansująca działania (...) dotyczące realizacji projektu, której zadaniem jest badanie umowy i procesu realizacji projektu mających wpływ na osiągnięcie celów projektu nie zajmuje

się badaniem poziomu zadowolenia i odczuć osób uczestniczących w przeprowadzonych szkoleniach oraz poziomu jakości usług szkoleniowych nie jest uprawniona do wydania ważnych referencji. Przykładem bliżej nie określonej przez Beneficjencie w jego pismach linii orzeczniczej KIO w tym zakresie może być wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r. o sygn. akt. KIO 2873/13, zgodnie z którym: „(...) przez doświadczenie zawodowe w rozumieniu ustawy P.z.p.. nie można rozumieć tylko faktu wykonania określonych czynności, prac na własną rzecz, a nie cudzą. W doświadczeniu zawodowym muszą wystąpić okoliczności odbioru prac (potwierdzenie należytego wykonania) przez zamawiającego (odbiorca prac), oraz odpłatność tych prac (wynagrodzenie). Natomiast element badania spełnienia warunków dofinansowania projektu przez instytucję zarządzającą (pośredniczącą) można przyrównać na przykład do kontroli banku udzielającego kredytu na inwestycje, a nie do potwierdzenia doświadczenia zawodowego wynikającego z prawa zamówień publicznych.” Zgodnie z powyższym wyrokiem dla powstania możliwości uzyskania referencji za wykonaną usługę powinna poza odpłatnością udzielonego zamówienia wystąpić okoliczność „odbioru” wspomnianej usługi przez podmiot na którego rzecz jest ona realizowana, tj. zamawiającego.

Mając na uwagę powyższe Organ nie może się zgodzić z utrzymywaniem przez (...) twierdzeniem, iż właściwym i uprawnionym do wydania referencji w projekcie (...) podmiotem było (...). Przedmiotowe szkolenie zostało zrealizowane w ramach projektu nr (...), którego beneficjentem był członek Konsorcjum – podmiot (...) realizujący projekt w partnerstwie z (...). Wykonawcą usługi szkoleniowej na przeprowadzenie „(...)” dla (...) był natomiast (...) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...). Trzeba w tym miejscu podkreślić iż swym dorobku orzeczniczym KIO wskazywało już jaki podmiot, może udzielać referencji na potwierdzenie wykonania danej usługi, np. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 stycznia 2022 r. o sygn. akt. KIO 73/22: „(...) to Zamawiający jest podmiotem uprawnionym do wystawienia referencji i oceny, czy poziom, na którym świadczone były na jego rzecz usługi jest zadowalający i wystarczający do wystawienia danemu podmiotowi opinii pozytywnej”. Powyższe stanowisko KIO może również uzupełnić jego wyrok z dnia 22 maja 2013 r. o sygn. akt. KIO 1100/13 zgodnie z którym: „Wystawcą referencji może być jedynie osoba, która z racji funkcji pełnionych u inwestora, posiada dostateczną wiedzę na temat realizacji zamówienia.” W oparciu o ww. informacje i przytoczone wyroki należy uznać iż (...) jako podmiot zlecający zamówienie nie mógł być jednocześnie zamawiającym i wykonawcą. W

przedmiotowej sprawie mając na uwadze treść Szczegółowej Charakterystyki Przedmiotu Zamówienia, fakt udziału w zamówieniu jedyne go wykonawcy oraz powyższe orzecznictwo KIO należałoby wskazać, że referencje w przedmiotowym projekcie jako podmiot trzeci realizujący szkolenie powinien za swoją pracę otrzymać od (...) (...) prowadzący działalność gospodarczą pn. „(...)”.

Mając na uwadze ww. nieprawidłowości w działalności Beneficjenta Organ postanowił w następnej kolejności odnieść się do pozostałych twierdzeń prezentowanych przez Beneficjenta w jego korespondencji z IZ.

W ramach jednego z pierwszych zarzutów kierowanych przez (...) wobec postanowień Ostatecznej Informacji Pokontrolnej nr (...) w swym piśmie z dnia 24.08.2021 r. należy zaznaczyć zarzut zgodnie z którym: „Zespół Kontrolny dokonał ustaleń zawartych w Informacji Pokontrolnej nr (...) w oparciu o spostrzeżenia własne nie poparte żadną podstawą prawną czy też orzecznictwem”. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż twierdzenia Beneficjenta są nielogiczne i sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy. Zespół Kontrolujący dokonując ustaleń w ramach prowadzonej kontroli należycie uzasadnił je w treści przesłanej Beneficjentowi Informacji Pokontrolnej nr (...) podając równocześnie podstawę prawną ww. ustaleń jak i przykład z orzecznictwa na poparcie prezentowanego w Informacji Pokontrolnej stanowiska. Zespół Kontrolujący dokładnie wskazał w opisie ustaleń kontroli oraz w zaleceniach pokontrolnych przepisy Umowy jak i wytycznych, które Beneficjent naruszył udzielając zamówienia Konsorcjum, w oparciu o jakie z badanych dokumentów dokonano ustalenia o powstaniu w związku z ww. praktyką Beneficjenta nieprawidłowości w projekcie oraz na podstawie jakich przepisów prawa powszechnie obowiązującego (zarówno krajowego jak i Unii Europejskiej) Organ mógł dokonać ww. ustaleń. W treści Informacji Pokontrolnej jasno wskazano, że badaniami Zespołu Kontrolnego były objęte: postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn.: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 24.08.2020 r., postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn.: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 03.09.2020 r., postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn.: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 02.11.2020 r. oraz postępowanie nr (...) pn. „(...)” w celu realizacji Projektu pn.: „(...)” wszczęte ogłoszeniem nr (...) z dnia 03.11.2020 r. W ww. Informacji Pokontrolnej w sekcji 12. Pn. „Stwierdzone nieprawidłowości i /błędy” oraz w sekcji 13. Pn. „Zalecenia pokontrolne” Zespół Kontrolujący jasno wskazał, że poprzez

udzielenie w postępowaniu nr (...) zamówienia Konsorcjum (...) naruszył § 26 ust. 1 Umowy zgodnie z którym: „Przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu Beneficjent stosuje ustawę Pzp, zasadę konkurencyjności lub rozeznanie rynku na warunkach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu spójności na lata 2014-2020. Beneficjent zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie zasad równego traktowania wykonawców, przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz dołożenia wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów”. Za naruszone wskazano również przepisy sekcji 6.5.2 pkt 11 ppkt b) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 (stan na 2020-2021 r.). Zgodnie z ww. wytycznymi: „W celu spełnienia zasady konkurencyjności należy: (...) b) ) wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny. Wybór oferty jest dokumentowany protokołem postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w pkt 17. Postępowanie może zakończyć się wyborem kilku wykonawców, gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych.”. Ponadto jako podstawę prawną zawartych w treści Informacji Pokontrolnej ustaleń Zespół Kontrolny wskazał na przepisy: art. 143 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r., art. 9 ust. 2 pkt 8 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 oraz Rozporządzenia Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 22 czerwca 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień (konkretnie na pkt 14 Załącznika do ww. Rozporządzenia który wskazuje na podstawę do nałożenia 25% korekty na wydatki związane z ww. udzielonym zamówieniem. W oparciu o powyższe nie można więc uznać stwierdzenia Beneficjenta o braku podstaw prawnych na poparcie twierdzeń Zespołu Kontrolującego, gdyż te jasno wynikają z treści przekazanej Stronie do podpisu Ostatecznej Informacji Pokontrolnej. W odniesieniu zaś do zarzutu braku podania orzecznictwa na poparcie twierdzeń Zespołu Kontrolującego w treści Informacji Pokontrolnej należy zaznaczyć, iż sporządzając Informację Pokontrolną z przeprowadzonej kontroli kontrolujący są zobowiązani

poza informacjami dotyczącymi kontrolowanego podmiotu, jego projektu, kontrolujących, kontrolowanych dokumentów projektowych i terminie kontroli podać również krótkie ustalenia faktyczne kontroli i ustalenia jakiego rodzaju nieprawidłowości stwierdzono i jakie przepisy/wytyczne naruszono. Zespół Kontrolujący nie był zobowiązany do podawania w ustaleniach kontroli orzecznictwa celem poparcia swych twierdzeń.

Ponadto odnosząc się do zarzutów Strony w piśmie z 24.08.2021 r. Organ zaznacza, iż w jego opinii stanowisko wykazane przez Beneficjenta o błędnej interpretacji przez Organ wyroku o sygn. akt KIO 126/20 jest nieprawidłowe. Przywołując fragment ww. wyroku z którego wynika iż: *„Każdy Wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział”* Beneficjent stwierdził, iż wyrok ten dotyczy nabywania doświadczenia jedynie w projektach realizowanych przez konsorcjum, a nie odnosi się do wykonawców realizujących zamówienia samodzielnie lub z udziałem podwykonawców. Ponadto kontynuując swoją argumentację Beneficjent wyszedł z założenia, iż zamówienie realizowane przez jednego wykonawcę z wykorzystaniem podwykonawców jest doświadczeniem wykonawcy, a nie podwykonawców. Należy zaznaczyć, iż wybrana w prowadzonym przez (...) postępowaniu nr (...) (...) w ramach realizacji „(...)” miała w projekcie nr (...) status zamawiającego, a nie wykonawcy, zaś podmiot „(...)” miał w tym samym projekcie status wykonawcy, a nie podwykonawcy. W związku z tym powoływanie się na możliwość wykazywania się przez wykonawcę doświadczeniem podwykonawcy uzyskanym w realizacji części zamówienia jest niezasadne.

Zgodnie z zaprezentowaną w wyroku z 6 lutego 2020 r. KIO 126/20 (LEX nr 2911720), a pominiętą przez Beneficjenta w jego piśmie z dnia 24.08.2021 r. tezą: *„Istotą posiadania doświadczenia jest faktyczna realizacja tego zakresu zamówienia i o takiej wartości, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Zatem każdy wykonawca, uczestniczący w realizacji zamówienia będzie uprawniony do wykazania się doświadczeniem w realizacji części umowy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział.”* Powyższa teza wyjaśnia więc na wstępie na czym polega kwestia „posiadania doświadczenia” przez wykonawcę w postępowaniu ofertowym o udzielenie zamówienia publicznego. Posiadanie doświadczenia przez wykonawcę zdaniem KIO opiera się na aspekcie faktycznym, a nie formalnym, oznacza to, że aby spełnić stawiany

przez zamawiającego warunek posiadania określonego rodzaju doświadczenia wykonawca musi udowodnić, że w praktyce sam zrealizował konkretny zakres czynności i zadań taki sam lub zbieżny z tym wskazanym w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. W dalszej części uzasadnienia przedmiotowego wyroku KIO wskazała, że: *„Zamawiający nie może uznać, że powoływanie się na usługę zrealizowaną przez podwykonawcę pozwala na założenie, że generalny wykonawca również nabył doświadczenie.” (...)* *„Sam fakt ponoszenia odpowiedzialności za wykonanie prac przez inny podmiot nie oznacza, że podmiot odpowiedzialny nabył doświadczenia w wykonaniu tych prac. Podmiot odpowiedzialny może w takim przypadku wykazać się doświadczeniem w zakresie koordynowania prac wykonywanych przez inne podmioty.”*

Izba stwierdziła także, że *„okoliczność że sporne zamówienie zostało zrealizowane przez podwykonawcę nie oznacza braku nabycia doświadczenia przez Wykonawcę. Jednakże podkreślenia wymaga, że w takich okolicznościach Wykonawca, nabywa doświadczenia jedynie w zakresie który realnie wykonywał. Podkreślenia wymaga, że sam fakt pełnienia funkcji podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie umowy nie przesądza automatycznie o nabyciu całościowego, kompleksowego doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.”*

Stanowisko to znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. KIO 568/18 (LEX nr 2515219): *„Dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście - a nie tylko formalnie - posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznej szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia realności dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia”.* Zgodnie więc z powyższym należy zaznaczyć, że z całą pewnością nie można uznać twierdzenia Beneficjenta o traktowaniu przez

wykonawcę doświadczenia zdobytego w trakcie realizacji zamówienia przez podwykonawcę za własne za zasadne. Jest tak gdyż, jak już wyżej w swym wyroku KIO wskazała takie twierdzenie prowadziłyby do szkodliwej praktyki powoływania się na fikcyjne (a nie faktyczne) doświadczenie, przez co realizacja danego zamówienia narażona byłaby na wykonawców nie posiadających realnego doświadczenia w danej dziedzinie i tym samym możliwości zapewnienia jego prawidłowego wykonania. W takim zakresie oceniania możliwości potencjalnych wykonawców zbyteczne i bezcelowe stałoby się stawianie przez Zamawiających warunku posiadania doświadczenia, gdyż taka weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej rzeczywistej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizacje zamówienia powierzałoby się podmiotom nie mającym w praktyce do tego kwalifikacji. Podobne stanowisko dotyczące wymogu posiadania faktycznego doświadczenia przy ubieganiu się przez potencjalnego wykonawcę o zamówienie publiczne KIO wyraziła już kilkakrotnie wcześniej w swym orzecznictwie, np. zgodnie z wyrokiem KIO z 30.12.2013 r. o sygn. akt 2885/13(LEX nr 1427824): „*Doświadczeniem w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jest zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności, który stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa (wykonawcy). W przeciwieństwie do warunków w zakresie potencjału technicznego oraz kadrowego, zasoby wiedzy i doświadczenia nie mogą być samodzielnie zbyte czy też udostępnione. Wiedza i doświadczenie zawsze bowiem dzieli los prawny przedsiębiorcy.*” Tak więc zaprezentowany przez Stronę w piśmie z dnia 24.08.2021 r. pogląd zgodnie z którym: „zamówienie realizowane przez jednego wykonawcę z wykorzystaniem podwykonawców jest doświadczeniem wykonawcy, a nie podwykonawcy” jest w niniejszej sprawie nie tylko niezasadne, nielogiczne, niepoparte żadnym przykładem z doktryny lub orzecznictwa, ale również sprzeczne z przykładowo powyżej wskazanym wyrokiem będącym jedynie przykładem bogatej linii orzeczniczej KIO w tym zakresie. Nie można równocześnie zgodzić się z twierdzeniem Strony iż stanowisko KIO zaprezentowane w ww. wyroku o sygn. akt. 126/20 dotyczy tylko zamówień realizowanych przez konsorcja, a nie również przez wykonawców samych lub wraz z podwykonawcami. Należy zaznaczyć, iż w przedmiotowym wyroku nigdzie nie zaznaczono, iż stanowisko KIO dotyczące powoływania się przez wykonawców jedynie na doświadczenie za samodzielnie zrealizowane zamówienia jest ograniczone funkcjonalnie jedynie do podmiotów realizujących je w ramach konsorcjum. Przeciwnie wielokrotnie w treści ww. wyroku KIO posługiwała się głównie pojęciami „wykonawca” oraz „podwykonawca”, a nie

jedynie „konsorcjum” czy „wykonawcy działający w ramach konsorcjum”. KIO nie różnicowało tych grup podmiotów odmawiając którejkolwiek z nich powoływania się w postępowaniach o zamówienia publiczne na zdobyte doświadczenie. Jest tak gdyż już samo KIO w wyroku 126/20 wskazało na bazie prawa cywilnego na specyficzną strukturę i cel istnienia konsorcjum. Zgodnie z jej stanowiskiem: *„W doktrynie prawa zamówień publicznych konsorcjum porównywane jest do spółek cywilnych (umowa spółki cywilnej uregulowana została w art. 860 i n.k.c.). Tak jak spółka cywilna nie ma ono osobowości prawnej. W wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje osobny byt prawny - zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych mają jedynie podmioty tworzące konsorcjum.”* Przedmiotową kwestię KIO poruszała również w innych swych wyrokach, np. w wyroku z dnia 12.11.2017 r. o sygn. KIO 2052/17: *„Termin «konsorcjum» jest używany na określenie wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o udzielenie zamówienia. Jest to skrótowa forma ustawowego terminu „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia” (art. 23 ust. 1 Pzp). Istotą takiego konsorcjum jest zobowiązanie się jego członków do współdziałania dla osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie jest jednak samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, odrębnym od poszczególnych konsorcjantów. Nie jest również trwałym związkiem gospodarczym, gdyż najczęściej jego członkowie łączą siły dla jednorazowego przedsięwzięcia, np. uzyskania zamówienia publicznego.”* Mając na uwadze powyższe konsorcjum nie posiada przymiotu samodzielnego „wykonawcy”, lecz tworzą je poszczególni członkowie konsorcjum z których każdy realizuje zamówienie we własnym zakresie i zgodnie ze swoimi możliwościami. Z zaprezentowanym wyżej stanowiskiem KIO zbieżne jest też stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego (zwanego dalej „NSA”) zaprezentowane w jego wyroku z dnia 01.02.2018 r. o sygn. akt. II GSK 4133/17 : *„(...) w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. (...) doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych”*. Na zakończenie na potwierdzenie stanowiska prezentowanego przez IZ warto również przytoczyć wyrok KIO 568/18 z dnia 11.04.2018 r., zgodnie z którym: *„Nie mają zasadniczego i rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu*



*zamówienia, tj. czy zamówienie było wykonywane wspólnie przez wykonawców działających w ramach konsorcjum, czy też przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. Przyjęcie odmiennego zapatrywania skutkowało mogłoby nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ możliwość wykazywania się doświadczeniem przez wykonawcę, który zrealizował zamówienie w konsorcjum ograniczona byłaby wyłącznie do wykonanej przez niego osobiście części tego zamówienia, podczas gdy ograniczenia takiego nie byłoby w przypadku wykonawcy, który zrealizował zamówienie przez podwykonawców. Ponadto interpretacja taka stanowiłaby wypaczenie rozumienia kwestii realności dysponowania tym zasobem. Sytuacja, w której oceniany wykonawca nie realizował danej części zamówienia, ponieważ wykonał ją inny członek konsorcjum, w którym wykonawca taki uczestniczył nie różni się zasadniczo od przypadku, gdy określoną część zamówienia wykonywał podwykonawca. W każdym z tych przypadków oceniany wykonawca - jakkolwiek był stroną umowy i odpowiadał wobec zamawiającego za jej realizację - nie nabywał doświadczenia wynikającego bezpośrednio z tych prac, które realizował inny podmiot (partner w ramach konsorcjum, podwykonawca)". Bez względu więc na fakt wspólnego udziału w realizacji zamówienia i jego formę dany podmiot może wykazywać jedynie doświadczenie faktycznie wykonanych osobiście czynności, a nie również doświadczenie innych podmiotów z którymi zamówienie realizował.*

Reasumując, niezasadne jest więc sugerowanie przez Beneficjenta, że KIO w wyroku 126/20 odnosi się tylko do konsorcjów realizujących zamówienia publiczne, gdyż w rzeczywistości odnosi się do wszystkich wykonawców realizujących je zarówno osobno jak i w formie konsorcjum czy również wspólnie z podwykonawcami. Ponadto z ww. orzecznictwa wynika, że nie nabywa się doświadczenia wynikającego z prac, które realizował inny podmiot, zatem nawet wykonawca korzystający z podwykonawcy nie może wykazać się tym doświadczeniem w całości jako własnym.

Wobec czwartego z zadanych w piśmie Beneficjenta pytań dotyczącego wskazania „przepisu lub orzecznictwa KIO, które zabrania wykazania się doświadczeniem nabytym w realizowanych projektach ze środków UE, gdy szkolenie jest realizowane dla określonej zidentyfikowanej grupy uczestników kierowanych przez jeden podmiot, który jest uprawniony do oceny jakości wykonanej usługi” Organ podnosi, co następuje. Odpowiedź na tak postawione pytanie jest

przecząca., tj Organ nie może wskazać takiego przepisu czy orzecznictwa. Jednak odpowiedź na tak postawione pytanie nie ma żadnego znaczenia dla sprawy, ponieważ doświadczenie w niniejszej sprawie nie zostało nabyte przez (...), która była de facto zamawiającym szkolenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Realizacja kursów/szkoleń dla uczestników projektu „(...)” (ogłoszenie nr 1075253 opublikowane na stronie Baza konkurencyjności w dniu 27.12.2017 r., <https://archiwum-bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl/publication/view/1075253>), a nie jego wykonawcą.

Jak już wyżej wielokrotnie wskazano, głównym powodem uznania przez kontrolę nieprawidłowości w przeprowadzonym przez Beneficjenta postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr (...) z dnia 02.11.2020 r. był fakt udzielenia przedmiotowego zamówienia na „(...)” podmiotowi, który nie spełnił jednego z zawartych w ww. Zaproszeniu ofertowym warunków udziału w postępowaniu, tj. „wykazania przez oferenta, że ten w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał łącznie 4 rodzaje szkoleń spośród wymienionych w Zaproszeniu 7 rodzajów szkoleń dla minimum 10-osobowej grupy”. W przesłanej Zamawiającemu ofercie podmiot (...) wykazywał zrealizowanie we wskazanym okresie 4 z 7 zaznaczonych szkoleń w tym m.in. szkolenia w formie kursu barmańskiego I stopnia w ramach zamówienia publicznego pn. „(...)”. Przedmiotowe oświadczenie wybranego Wykonawcy jak już wyżej wskazano okazało się niezgodne z rzeczywistością, gdyż był Zamawiającym, który zawarł umowę z wykonawcą i sprawował nadzór nad jej prawidłowym wykonaniem. Zgodnie więc z tym nie mógł on powoływać się na doświadczenie w realizacji przedmiotowego kursu, gdyż jako Zamawiający faktycznie nie mógł go zrealizować, w związku z czym nie spełnił wymagania dotyczącego wykazania się wymaganym doświadczeniem w postępowaniu nr (...).

W swoim piśmie z dnia 30.08.2021 r. (...) zarzucił ponadto, że Organ dostarczył mu pismo przewodnie związane z Informacją Pokontrolną nr (...) bez podpisu „osoby odpowiedzialnej” i w związku z tym uznaje, że: „nie zostało fizycznie złożone” i przez to „brak jego skutków prawnych otrzymanego projektu/pisma przewodniego” W odniesieniu do powyższych zarzutów Organ pragnie w tym miejscu wyjaśnić, iż ww. przez Stronę pismo stanowiące pismo przewodnie do Ostatecznej Informacji Pokontrolnej faktycznie zostało błędnie wysłane do Beneficjenta w dniu 13.08.2023 r. bez podpisu osoby uprawnionej – tj. Dyrektora



Departamentu Kontroli i Certyfikacji Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego. Błąd ten został następnie dostrzeżony, poprawnie podpisane pismo przewodnie wraz z Ostateczną Informacją Pokontrolną zostało wysłane do Beneficjenta w dniu 23.08.2021 r., a zgodnie ze zwrotnym poświadczeniem odbioru odebrane przez pracownika (...) (...) w dniu 25.08.2023 r. Incydent ten nie ma jednak żadnego wpływu na zasadność skierowanych wobec Strony zarzutów oraz ciążyący po stronie Beneficjenta obowiązek zwrotu niewłaściwie wykorzystanego dofinansowania.

Następnie należy odnieść się do argumentacji Strony wynikającej z pisma z dnia 14.09.2022 r. dotyczącej zakończenia postępowania o sygn.. (...) postanowieniem Sądu Rejonowego w (...) z dnia 27 lipca 2022 r. o sygn.. akt (...) i uznania, że w kontekście informacji z prokuratury twierdzenia Urzędu Marszałkowskiego są bezpodstawne, a sąd i prokuratura nie stwierdzili jakichkolwiek nieprawidłowości przy postępowaniach przetargowych. Organ pragnie zaznaczyć, że załączone przez Beneficjenta do ww. korespondencji pismo Prokuratury Rejonowej w (...) odnosi się jedynie do prowadzonego w odpowiedzi na zawiadomienie (...) o możliwości popełnienia przestępstwa w obrocie gospodarczym postępowania przygotowawczego ww. Prokuratury Rejonowej w (...). Wskazać również należy, że organem właściwym do prowadzenia postępowań w sprawie określenia wobec beneficjenta kwoty dofinansowania podlegającej zwrotowi i stwierdzania wystąpienia nieprawidłowości jest na podstawie odpowiednio art. 207 UFP, art. 61 ust.1 pkt 2 lit. a UFP oraz art. 24 ustawy wdrożeniowej Instytucja Zarządzająca.

Zadaniem prokuratury jest zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1360 z późn. zm.) wykonywanie zadań w zakresie ścigania przestępstw, a nie stwierdzanie nieprawidłowości o których mowa w art. 24 ustawy wdrożeniowej. Pojęcia nieprawidłowości nie należy utożsamiać z pojęciem przestępstwa. Jest tak gdyż nie każde działanie/zaniechanie, którego dopuścił się Beneficjent będzie nosić znamiona czynu przestępnego.

Następnie należy odnieść się do wniosku Beneficjenta zawartego w piśmie z dnia 23.12.2022 r. w którym to piśmie Beneficjent zaznaczył iż pomimo zwrotu kwoty w wysokości 22 170,88 zł. nie doszło do podpisania aneksu w związku, z którym została uiszczona ww. kwota, przez

co została ona uznana przez Beneficjenta za dokonaną bez podstawy prawnej. Strona wniosła o uwzględnienie tego przy rozliczeniu projektu.

Należy zaznaczyć, iż zwrócona przez Beneficjenta kwota wynikała pierwotnie z planowanego obniżenia dofinansowania wynikającego z wyżej wspomnianego, a niepodpisanego ostatecznie aneksu, zgodnie z którym kwota dofinansowania przewidziana w Umowie - tj. 447 081,19 zł miała zostać obniżona do kwoty 424 910,31 zł, czyli dokładnie o kwotę 22 170,88 zł. Do podpisania powyższego aneksu nie doszło z uwagi na dostrzeżony przez Organ błąd w jego pierwotnej wersji. Wspomniany błąd dotyczył nie tylko kwoty dofinansowania, ale również wartości wkładu własnego w projekcie. W przypadku przyjęcia pierwotnej wersji aneksu kwota dofinansowania w projekcie zostałaby obniżona poniżej pułapu 100 000,00 EURO wskazanego w ppkt. 6.6 ust. 6 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W momencie faktycznego, końcowego rozliczenia projektu zmiana sposobu rozliczania byłaby praktycznie niemożliwa. W związku z powyższym mając na uwadze powyższe IZ podjęła decyzję o zmianie wspomnianego aneksu w zakresie ustalonej kwoty dofinansowania i w związku z tym całkowitej wartości projektu. Aneks do Umowy został podpisany przez Stronę i IZ ostatecznie w dniu 24.06.2022 r. Zgodnie z aneksem zmianie uległy: kwota udzielonego dofinansowania - tj. do kwoty 447 010,74 zł oraz całkowita kwota wartości projektu – tj. od 514 181,19 zł do kwoty 513 828,95 zł. W związku więc z obniżeniem przewidzianej kwoty dofinansowania powyższym aneksem Beneficjent został zobowiązany do zwrotu powstałej w wyniku obniżenia różnicy – tj. w sumie 70,45 zł. W ramach ww. zwróconej w dniu 19.04.2022 r. przez Beneficjenta kwoty w wysokości 22 170,88 zł uwzględniona została wyższa kwota 70,45 zł z tytułu zmiany kwoty dofinansowania. Na moment sporządzenia Informacji o pozytywnej weryfikacji końcowego wniosku o płatność Beneficjent był zobligowany do zwrotu kwoty w wysokości 63 310,61 zł obejmującej wszelkie wydatki Beneficjenta związane z realizacją obarczonego nieprawidłowością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr (...). Pozostała po uwzględnieniu ww. kwoty 70,45 zł kwota w wysokości 22 100,43 zł została następnie zaliczona Beneficjentowi na poczet jego należności wynikającej z tytułu wykorzystaniu części środków dofinansowania z naruszeniem procedur o których mowa w art. 184 UFP. Po zaliczeniu ww. kwoty do zwrotu pozostała Stronie kwota 41 210,18 zł, o czym został on poinformowany w Wezwaniu do zwrotu dofinansowania z dnia 07.12.2022 r.

Mając powyższe na uwadze Organ odniósł się w treści niniejszej decyzji do argumentów (...) zawartych w pismach z dnia 2 sierpnia 2021 r., 24 sierpnia 2021 r., i 24 września 2021 r. zgodnie z jego wnioskiem zawartym w piśmie z dnia 29.11.2023 r. Jednocześnie organ stwierdził naruszenie przez Beneficjenta na etapie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postanowień Umowy (§ 26 ust. 1 Umowy) oraz Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.

## II.

Ustalenia dotyczące naruszenia przez Beneficjenta przepisów związanych z udzielaniem zamówień publicznych w Projekcie należy rozpocząć od zaznaczenia, że Beneficjent, jako strona Umowy był zobowiązany do stosowania Wytycznych, w tym Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Choć dokumenty te nie są aktami prawa powszechnie obowiązującego, to zobowiązanie do ich znajomości i postępowania zgodnego z ich postanowieniami, wynika wprost z Umowy, konkretnie jej § 4 ust.1. Zgodnie z nim: *”Beneficjent w imieniu swoim oraz Partnera oświadcza, że zapoznał się z treścią Wytycznych, o których mowa w § 1 ust. 24, oraz SzOOP i zobowiązuje się do realizacji projektu zgodnie z ich postanowieniami”*. W przedmiotowej sprawie szczególnie istotny jest już ww. § 26 ust. 1 niniejszej Umowy zgodnie z którym podpisując Umowę Strona zobowiązała się przy udzielaniu zamówienia w ramach Projektu Beneficjent będzie stosował: ustawę PZP, zasadę konkurencyjności lub rozeznanie rynku na warunkach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Beneficjent zgodnie z powyższym przepisem był zobligowany również do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie zasad równego traktowania wykonawców, przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz dołożenia wszelkich starań w celu uniknięcia konfliktu interesów. Strona otrzymała więc w zakresie realizacji zamówień publicznych w Projekcie była zobligowana do realizacji ich w trybie i sposób określony dla niej w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków oraz do zachowania konkretnych zasad powszechnych w ramach udzielania zamówień publicznych.. Należy zatem bez żadnych wątpliwości stwierdzić, że obie strony Umowy inkorporowały zatem Wytyczne do Umowy

i zobowiązane były je stosować również przy realizacji i udzielaniu zamówień publicznych na towary/usługi związane z realizacją Projektu.

Organ pragnie zwrócić również uwagę na treść przepisów ww. wytycznych znajdującą zastosowanie w przedmiotowej sprawie. Zgodnie z treścią podrozdziału 6.5.2 pkt. 11 b) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w celu spełnienia zasady konkurencyjności należy m.in.: „(...) b) wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny.”

Istotne konsekwencje naruszenia przez Beneficjenta postanowień Umowy odnoszących się do zachowania przewidzianych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków trybów i zasad przeprowadzania postępowań i udzielania zamówień publicznych zostały jednoznacznie przewidziane w § 26 ust. 5 Umowy zgodnie z którym: „W przypadku stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta zasad określonych w niniejszym paragrafie **IZ może uznać taki wydatek za niekwalifikowalny w Projekcie i zastosować korekty/pomniejszenia 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**” (zwane dalej „Rozporządzeniem Ministra Rozwoju”).

Zasady stosowania wspomnianych korekt i pomniejszeń zostały dookreślone w przepisach ww. Rozporządzenia Ministra Rozwoju oraz ustawy wdrożeniowej. Mianowicie, zgodnie z jego § 1: „Rozporządzenie określa:

1) warunki obniżania wartości:

a) korekt finansowych, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (...) - związane z udzielaniem zamówień realizowanych ze środków publicznych w ramach projektów objętych współfinansowaniem w zakresie polityki spójności w perspektywie finansowej 2014-2020 zgodnie z warunkami wynikającymi z ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 1598 i 2054) albo z ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2021 r. poz. 541), albo z umowy o dofinansowanie projektu, albo z decyzji

o dofinansowaniu projektu, zwanych dalej "zamówieniami" oraz § 2 ust. 1: „Wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach tego zamówienia”. Zgodnie więc z powyższym przepisy ww. Rozporządzenia Ministra Rozwoju w tym Załącznika do Rozporządzenia „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych” (zwanego dalej: *Taryfikatorem*) stosujemy m.in. w odniesieniu do korekt finansowych związanych z wystąpieniem nieprawidłowości indywidualnych stwierdzonych w zamówieniu zgodnie z przepisami ww. ustawy wdrożeniowej. Definicja wspomnianej korekty finansowej została określona w art. 2 pkt 12 ustawy wdrożeniowej, zgodnie z nią korekta finansowa stanowi: „kwotę, jaką pomniejsza się współfinansowanie UE dla projektu lub programu operacyjnego w związku z nieprawidłowością indywidualną lub systemową”. Wskazane zaś w powyższym przepisie nieprawidłowości zostały zgodnie z art. 2 pkt 14 i 15 ustawy wdrożeniowej dookreślone w art. 2 pkt 36 i 38 Rozporządzenia nr 1303/2013. Procedury nakładania przez właściwą instytucję (tu IZ) zawarto zaś szczególnie w art. 24 ust. 1, 2 i 9 ustawy wdrożeniowej. Zgodnie z ww. art. 24 ust. 1: „Stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej albo nieprawidłowości systemowej, zwanych dalej "nieprawidłowościami", powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 lub 11”, art. 24 ust.3 wskazuje zaś, że: „Stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości oraz nałożenie korekty finansowej jest poprzedzone czynnościami wyjaśniającymi prowadzonymi przez właściwą instytucję, podczas których instytucja ta może uwzględnić wyniki kontroli przeprowadzonych przez inne uprawnione podmioty”. Powyższe przepisy wskazują, że po stwierdzeniu wystąpienia konkretnej nieprawidłowości w toku przeprowadzania czynności kontrolnych zastosowanie mają tryby nakładania korekty finansowej wskazane w art. 24 ust. 9: „W przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej:

1) przed zatwierdzeniem wniosku o płatność - instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo;

2) w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność - właściwa instytucja nakłada korektę finansową oraz wszczyna procedurę odzyskiwania od beneficjenta kwoty współfinansowania

UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, a w przypadku programu EWT - zgodnie z umową o dofinansowanie projektu albo decyzją o dofinansowaniu projektu”. Powyższy artykuł rozróżnia więc sposoby nałożenia na winnego nieprawidłowości Beneficjenta w zależności od chwili jej stwierdzenia: przed lub po zatwierdzeniu danego wniosku o płatność, który na którym jest ona rozliczana.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego nie ma wątpliwości, że Beneficjent wbrew ww. postanowieniom Umowy i przepisom Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków naruszył obowiązujące go zgodnie z zasadą konkurencyjności procedury przeprowadzenia zamówień publicznych oraz zasadę równego traktowania wykonawców. W tej sytuacji, Organ analizował, czy w zaistniałej sytuacji zasadne jest obniżenie dotychczas rozliczonej i wykazanej we wnioskach o płatność wartości dofinansowania poprzez nałożenie zgodnie z treścią Taryfikatora korekty finansowej w wysokości 25% wartości zamówienia dla Zadania nr 2 „Szkolenia zawodowe” realizowanego w Projekcie.

W przedmiotowej sprawie Organ zastosował przepisy załącznika do Rozporządzenia, tj. pkt. 14 jego Kategorii 2 pn. „Kwalifikacja oferentów i ocena ofert”. Przywołany pkt 14 wskazuje konkretny rodzaj nieprawidłowości polegającej na wprowadzeniu zmian w kryteriach kwalifikacji po otwarciu ofert lub ich niepoprawnym zastosowaniu na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie ofert zwycięskich, których nie należało przyjąć (lub odrzucenie ofert, które należało przyjąć), gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji. Za powyższą nieprawidłowość Taryfikator przewiduje nałożenie na zamawiającego korekty w wysokości 25 % na wszelkich wydatkach związanych z dotkniętym nieprawidłowością zamówieniem.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne wynikające z zebranego w sprawie materiału dowodowego, który był wyżej w niniejszej decyzji wielokrotnie wskazywany nie można mieć wątpliwości, że nieprawidłowość jakiej dopuścił się Beneficjent poprzez wybór w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy nie spełniającego wszystkich wymagań wskazanych w Ogłoszeniu Ofertowym nr (...) faktycznie spełnia kryteria wskazane w pkt 14 Taryfikatora.



### III.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej w przypadku wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej albo systemowej, zwanych dalej „nieprawidłowościami”, IZ jest zobowiązana do podjęcia odpowiednich działań o których mowa w ust. 9 lub 11 tej ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej, gdy zachodzi nieprawidłowość indywidualna stwierdzona przed zatwierdzeniem wniosku o płatność – właściwa instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo. Z kolei art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej stanowi, iż w sytuacji, gdy zachodzi nieprawidłowość indywidualna stwierdzona w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność właściwa instytucja nakłada korektę finansową oraz wszczyna procedurę odzyskiwania od beneficjenta kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, a w przypadku programu EWT - zgodnie z umową o dofinansowanie projektu albo decyzją o dofinansowaniu projektu.

Zadaniem Organu było zatem ustalenie, czy naruszenie, o którym mowa w niniejszej decyzji stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Stosownie do ww. przepisu „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. W świetle art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013, aby można było mówić o zaistnieniu nieprawidłowości, muszą zatem łącznie zostać spełnione następujące przesłanki:

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

W przedmiotowej sprawie Organ uznał, że doszło do powstania nieprawidłowości, która ma szkodliwy wpływ na budżet Unii, poprzez wydatkowanie środków finansowych pochodzących z UE niezgodnie z procedurami wskazanymi w art. 184 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (zwanej dalej: „UFP”).

Beneficjent naruszył bowiem postanowienia zarówno Umowy jak i Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w odniesieniu do obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wyrażoną w ww. Wytycznych zasadą konkurencyjności.

Organ zwraca uwagę, że stosowanie się do Wytycznych w zakresie kwalifikacji wydatków było jednym z podstawowych obowiązków nałożonych na Beneficjenta w Umowie. Przez swoje działania (...) dopuścił się naruszenia następujących postanowień Umowy, tj. § 4 ust. 1 i 3 oraz § 26 ust. 1, a także przepisów bezpośrednio wskazanych w Umowie i Wytycznych w zakresie kwalifikowalności (podrozdział 6.5.2 pkt 11 lit. b).

Należy podkreślić, że dla uznania, iż doszło do naruszenia procedur, o których mowa w art. 184 UFP, wystarczające jest zarówno naruszenie postanowień zawartych w Umowie, jak i konkretnych Wytycznych, nie zawsze więc musi nastąpić naruszenie prawa powszechnie obowiązującego, krajowego lub unijnego. Wskazane stanowisko jest utrwalone w orzecznictwie i nie jest obecnie kwestionowane. W prezentowaną linię orzecniczą wpisuje się wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 30.01.2018 r. (III SA/Lu 646/17), zgodnie z którym: *„procedury, jakich naruszenie może uzasadniać zastosowanie art. 207 ust. 1 pkt 2 UFP, mogą wynikać nie tylko z aktu prawa powszechnie obowiązującego, ale także z łączącej strony umowy o dofinansowanie, w której zostaje określony uzgodniony sposób działania Beneficjenta.”* Zbliżone stanowisko zajął także Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 21.03.2018 r. (I SA/Kr 143/18) stwierdzając, że *„jako naruszenie można uznać wszelkie odstępstwa od zapisów umowy lub naruszenie przepisów prawa unijnego i krajowego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę (uszczerbek) w budżecie ogólnym”*.

Ponadto w Umowie zgodnie z § 1 ust.24 w zw. z § 4 ust. 1-4 Beneficjent zobowiązał się zapoznać i stosować do wymienionych w Umowie Wytycznych. Zaś w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków a konkretniej w podrozdziale 6.5.2 pkt 11 ppkt b) zastrzeżono, że

w celu spełnienia zasady konkurencyjności Beneficjent powinien m. in. wybrać najkorzystniejszą ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny. Przedmiotowy zapis był dla Beneficjent bezwzględnie wiążący i to właśnie na jego podstawie IZ zdecydowała o nałożeniu na Stronę korekty finansowej i żądaniu zwrotu wydatków niekwalifikowalnych.

Po drugie konieczne jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 podmiotem gospodarczym jest każda osoba fizyczna, prawna lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z Funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego podczas wykonywania uprawnień władzy publicznej. W związku z powyższym przesłanka działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zostanie spełniona wówczas, gdy tak definiowany podmiot gospodarczy podejmie działanie niezgodne z przepisami prawa lub, gdy wbrew obowiązkowi wynikającemu z prawa nie dokona określonej czynności. Przekładając powyższe rozważanie na grunt przedmiotowej sprawy, Organ uznał, że to Beneficjent jako podmiot dopuścił się działania naruszającego postanowienia Umowy i Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. Strona w trakcie udzielania zamówienia publicznego na usługi zawarte w Projekcie nie zastosowała się do zawartych w Umowie i ww. Wytycznych przepisów dotyczących zasady konkurencyjności oraz zasady równego traktowania wykonawców. Przy czym powyższe naruszenia ww. zasad (pomimo ich negowania ze strony Beneficjenta) wynikały z działań (...), która: dopuściła, by w wyniku prowadzonego przez nią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na kursy zawodowe w Projekcie doszło do wyboru wykonawcy, który faktycznie nie spełniał wymagań uczestnictwa w projekcie dotyczących realizacji 4 wymaganych rodzajów kursów z 7 wskazanych w treści Zapytania ofertowego, dopuściła się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez ww. wybór wykonawcy pomimo istnienia przesłanek za odrzuceniem jego oferty w sytuacji, gdy w poprzednio umorzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nr (...) doświadczenie innego wykonawcy – (...) – z tożsamyh przyczyn nie zostało uznane, dopuściła się naruszenia zasady jawności poprzez jednoznaczną odmowę udzielenia jednemu z wykonawców – (...) – w dokumentację prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w tym w ofertę pozostałego wykonawcy pomimo jego uprawnionego

wniosku i braku wykazani, że udostępnienie do wglądu oferty konkurenta będzie stanowić naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreślić należy, że to na Stronie ciążył obowiązek starannego realizowania projektu, zgodnie z postanowieniami zawartymi w Umowie i Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W toku przedmiotowego postępowania IZ ustaliła, na podstawie całokształtu zebranego materiału dowodowego, a przede wszystkim w oparciu o dokumentację projektową znajdującą się w posiadaniu Organu, że Beneficjent faktycznie przez swoje działania dopuścił się ww. naruszeń zasad: konkurencyjności, jawności i równego traktowania wykonawców, do których miał w trakcie przygotowania i realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał się stosować.

Spełnienie dwóch wyżej wymienionych przesłanek jest niewystarczające do ustalenia, iż mamy do czynienia z nieprawidłowością. Trzecia z przesłanek wskazuje na konieczność wystąpienia lub uprawdopodobnienia wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem w związku z niezgodnym z prawem działaniem lub zaniechaniem podmiotu gospodarczego (beneficjenta). Powyższe oznacza, że o zaistnieniu nieprawidłowości decyduje nie tylko faktyczne wywarcie szkodliwego wpływu na budżet, ale nawet już prawdopodobieństwo wystąpienia takiej szkody. W przypadku przesłanki wywarcia lub potencjalnej możliwości wywarcia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie tego budżetu nieuzasadnionym wydatkiem należy przyjąć, że szkoda dla budżetu nie musi być konkretną stratą finansową, może być ona wyliczona m.in. metodą wskaźnikową. Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy, zdaniem Organu wbrew deklaracjom zarówno Strony jak i Lidera wybranego przez nią wykonawcy (tj. Konsorcjum) faktycznie doszło do naruszenia wiążącej (...) zasady konkurencyjności poprzez wybór ww. wykonawcy, który w rzeczywistości nie spełniał wszystkich wymaganych Zapytaniem ofertowym warunków udziału w postępowaniu – w rzeczywistości nie zrealizował minimum 4 spośród 7 wskazanych w treści zapytania ofertowego szkoleń. Powyższej decyzji Beneficjent dokonał, pomimo, iż jeden z deklarowanych przez Konsorcjum kursów (tj. „(...)”) został w większości zrealizowany przez podmiot trzeci w ramach Projektu nr. (...), w którym Zamawiającym był Lider Konsorcjum. Strona zdawała sobie również sprawę iż pomimo faktycznej realizacji części logistyczno-technicznej przedmiotowego szkolenia (...) nie mogła sobie rościć prawa do doświadczenia zyskanego w trakcie realizacji kursu zarówno przez siebie jak i przez podmiot

trzeci, gdyż jako zamawiający Lider Konsorcjum nie mógł jednocześnie wchodzić w rolę wykonawcy ani powoływać się na doświadczenie innego podmiotu (nie będącego jego pracownikiem, więc nie wchodzącego w skład jego „zasobów kadrowych”). Potwierdzeniem powyższej świadomości Beneficjenta w ww. zakresie jest jego korespondencja z dnia 16.09.2020 r. z innym wykonawcą (...), w której nie uznała ona deklarowanego przez (...) doświadczenia w realizacji szkolenia pn. „(...)” z tożsamesgo powodu, czyli realizacji przedmiotowego szkolenia w projekcie w którym pełnił on rolę Zamawiającego a wykonawcą był podmiot trzeci. Zdaniem Organu w przedmiotowej sprawie z uwagi na odrzucenie w postępowaniu nr (...) oferty drugiego wykonawcy z podobnych powodów, w celu uniknięcia naruszenia zasady konkurencyjności Beneficjent powinien odrzucić ofertę Konsorcjum, prowadzone postępowanie unieważnić oraz przygotować i ogłosić nowe na Bazie Konkurencyjności. Z uwagi na to, że Organ nie jest w stanie stwierdzić, jakie oferty i na jakie kwoty wpłynęłyby na zapytanie dot. zamówienia, gdyby Beneficjent zachował się zgodnie z procedurą niemożliwym jest wyliczenie rzeczywistej straty finansowej powstałej w wyniku nieprawidłowości indywidualnej. Biorąc pod uwagę powyższe, Organ uznał, że charakter i waga nieprawidłowości była znaczna (wybór wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu), a spowodowanie tym działaniem skutki finansowe, które mogły powstać w budżecie Unii Europejskiej są trudne do oszacowania.

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. 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.).

Z treści stanowiącego załącznik do przedmiotowego Rozporządzenia Taryfikatora wynika, że w przypadku niepoprawnego zastosowania na etapie kwalifikacji jej kryteriów (lub specyfikacji

technicznej) należy zastosować wynikającą z pkt 14 tego dokumentu 25% korektę finansową. Należy również wskazać, że zgodnie z § 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia (wersja obowiązująca od 22.05.2018 r. do 03.08.2020 r.): „w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obniżenie wartości korekty finansowej lub obniżenie wartości pomniejszenia oblicza się według wzorów:

1) w przypadku obniżenia wartości korekty finansowej:

$$Wk = W\% \times Wkw \times Wś,$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

*Wk* - wartość korekty finansowej,

*Wkw* - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

*Wś* - procentowa wartość współfinansowania UE,

*W%* - stawka procentowa;

2) w przypadku obniżenia wartości pomniejszenia:

$$Wp = W\% \times Wkw,$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

*Wp* - wartość pomniejszenia,

*Wkw* - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

*W%* - stawka procentowa”

Zgodnie zaś z § 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia: „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych są określone w załączniku do rozporządzenia”. Zgodnie z wyżej wymienionymi regulacjami IZ miała obowiązek zastosować 25% korektę.

Mając na uwadze powyższe nie było możliwe wyliczenie rzeczywistej szkody metodą dyferencyjną. W związku z powyższym została ona ustalona metodą wskaźnikową w następujący sposób:

- **Kwota wydatków obarczonych błędem we wnioskach o płatność nr:**
  - (...) (wydatki w kosztach bezpośrednich wykazane w ramach postępowania):  
**16 000,00 zł,**
  - (...) (wydatki w kosztach bezpośrednich wykazane w ramach postępowania): **166 500,00 zł,**
  - (...) (wydatki w kosztach bezpośrednich wykazane w ramach postępowania): **48 500,00 zł.**
- **Koszty pośrednie w ww. (w wys. 25 % kosztów bezpośrednich):**
  - $16\ 000,00 \times 25\ \% = 4\ 000,00\ \text{zł},$
  - $166\ 500,00 \times 25\ \% = 41\ 625,00\ \text{zł},$
  - $48\ 500,00 \times 25\ \% = 12\ 125,00\ \text{zł}.$
- **Kwota nieprawidłowości powstała po zastosowaniu korekty 25% na wydatkach obarczonych błędem na poszczególnych wnioskach o płatność:**
  - (...):  $16\ 000,00\ \text{zł (koszty bezpośrednie)} + 4\ 000,00\ \text{zł (koszty pośrednie)} \times 25\% \text{ (korekta)} = 20\ 000,00\ \text{zł} \times 25\% = 5\ 000,00\ \text{zł (kwota nieprawidłowości)}$
  - (...):  $166\ 500,00\ \text{zł (koszty bezpośrednie)} + 41\ 625,00\ \text{zł (koszty pośrednie)} \times 25\% \text{ (korekta)} = 208\ 125,00\ \text{zł} \times 25\% = 52\ 031,25\ \text{zł (kwota nieprawidłowości)}$
  - (...):  $48\ 500,00\ \text{zł (koszty bezpośrednie)} + 12\ 125,00\ \text{zł (koszty pośrednie)} \times 25\% \text{ (korekta)} = 60\ 625,00\ \text{zł} \times 25\% = 15\ 156,23\ \text{zł (kwota nieprawidłowości)}$
- **Kwota wydatków niekwalifikowanych podlegających zwrotowi wykazana w poszczególnych wnioskach o płatność rozliczających wydatki obarczone błędem:**
  - (...):  $5\ 000,00\ \text{zł (kwota nieprawidłowości)} - 311,17\ \text{zł (wkład własny w kosztach pośrednich)} = 4\ 688,83\ \text{zł (kwota wydatków niekwalifikowanych podlegająca zwrotowi)},$
  - (...):  $52\ 031,25\ \text{zł (kwota nieprawidłowości)} - 3056,52\ \text{zł (wkład własny w kosztach pośrednich)} = 48\ 974,73\ \text{zł (kwota wydatków niekwalifikowanych podlegająca zwrotowi)}$
  - (...):  $15\ 156,23\ \text{zł (kwota nieprawidłowości)} - 890,93\ \text{zł (wkład własny w kosztach pośrednich)} = 14\ 265,30\ \text{zł (kwota wydatków niekwalifikowanych podlegająca zwrotowi)},$

- **Suma wydatków niekwalifikowanych podlegających zwrotowi: 4 688,83 zł (kwota z WNP 05) + 48 974,73 zł (kwota z WNP 08) + 14 265,30 zł (kwota z WNP 10) = 67 928,86 zł**
- **W dniu 19.04.2022 r. Beneficjent dokonał na konto IZ zwrotu kwoty w wysokości 22 170,88 zł tytułem obniżenia dofinansowania Aneksem do Umowy z 24.06.2022 r. Kwota 70,45 zł została zaliczona zgodnie z ww. tytułem, zaś pozostała kwota w wysokości 22 100,43 zł została zaliczona na poczet ciężącej na (...) należności z tytułu zwrotu części dofinansowania wykorzystanej niezgodnie z procedurą. W związku z powyższym kwota dofinansowania podlegająca zwrotowi przez Beneficjenta wyniosła 45 828,43 zł.**
- **Następnie Beneficjent dokonał korekty wkładu własnego wniesionego w nadmiernej wysokości do wysokości wymaganej zgodnie z Umową. W wyniku powyższej operacji finansowej zatwierdzonej w końcowym wniosku o płatność ostateczna kwota wydatków niekwalifikowanych podlegających zwrotowi wskazana w wezwaniu do zwrotu z dnia 07.12.2022 r. wyniosła 41 210,18 zł.**

Mając na uwadze powyższe, wartość korekty została nałożona właściwie, z uwzględnieniem stopnia naruszenia zasad, o których mowa w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (podrozdział 6.5.2 pkt 1 Wytycznych) i w oparciu o stawki ustalone metodą wskaźnikową za tego typu naruszenie, które w załączniku do Rozporządzeniu Ministra Rozwoju w niniejszej sprawie wyniosło 25%

#### **IV.**

Organ stwierdzając wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej ma obowiązek podjęcia działań w celu odzyskania kwoty nieprawidłowości, musi mieć jednak także na uwadze treść art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej, czyli zasadę nieobciążania beneficjentów nieprawidłowościami będącymi konsekwencją działania lub zaniechania właściwej instytucji lub organów państwa.

Organ rozpatrując niniejszą sprawę stanął na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą okoliczności, pozwalające na zastosowanie art. 24 ust. 11 ustawy wdrożeniowej, zgodnie z którą „w przypadku gdy nieprawidłowość indywidualna wynika bezpośrednio z działania lub zaniechania: 1) właściwej instytucji lub 2) organów państwa- korygowanie



*wydatków następuje przez pomniejszenie wydatków ujętych w deklaracji wydatków oraz we wniosku o płatność, przekazywanych do Komisji Europejskiej, o kwotę odpowiadającą oszacowanej wartości korekty finansowej wynikającej z tej nieprawidłowości”.*

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że z art. 24 ust. 11 Ustawy wdrożeniowej wynika istotna praktyka nieobciążania beneficjentów nieprawidłowościami, będącymi konsekwencją działań i/lub zaniechań instytucji systemu wdrażania lub innych podmiotów działających w imieniu szeroko rozumianych władz publicznych. Tego rodzaju praktyka wynika już z samej istoty pojęcia „nieprawidłowości” z którego wynika odpowiedzialność podmiotu jedynie za własne działania lub zaniechania. W ramach przykładu beneficjent spełniający przesłanki nieprawidłowości, a który działa pod wpływem przymusu ze strony szeroko rozumianych władz publicznych, z prawnego punktu widzenia nie popełnia nieprawidłowości. Nieprawidłowość taka w ujęciu obiektywnym jest bezpośrednim rezultatem działania lub zaniechania instytucji właściwej lub organów państwa. Warto wspomnieć, że ustawa wdrożeniowa nie wskazuje jak należy badać bezpośredniość wpływu zachowania wymienionych podmiotów na powstanie nieprawidłowości. W związku z powyższym, należy odnieść się do zdań w doktrynie, zgodnie z którymi: „przesłankę tę należy uznać za spełnioną, jeżeli zachowanie podmiotów zaadresowane w jakiś sposób do beneficjenta było jedyną przyczyną prowadzącą do wystąpienia nieprawidłowości i postawiło go w sytuacji bez wyjścia. Tym samym sytuacje, w których beneficjent przy dochowaniu należytej staranności, mógł uniknąć nieprawidłowości, pomimo tego, że wymienione podmioty również działały nieprawidłowo, przyczyniając się do wystąpienia nieprawidłowości – nie będzie zwolniony z odpowiedzialności na podstawie komentowanego przepisu” (Poździk Rafał (red. Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, Wyd. Sejmowe 2016).

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy stwierdzić iż Organ nie przyczynił się do powstania nieprawidłowości. W związku z czym IZ była zobowiązana wszcząć przedmiotowe postępowanie, zmierzające do określenia kwoty przypadającej do zwrotu.

Mając na uwadze całokształt okoliczności danej sprawy oraz całość zebranego materiału dowodowego, Organ rozpatrując ją, zdecydował, że należało orzec o zwrocie dofinansowania wydatkowanego z naruszeniem procedur. Zgodnie z § 15 ust. 1 Umowy „Jeżeli na podstawie

*wniosków o płatność lub czynności kontrolnych uprawnionych organów zostanie stwierdzone podwójne finansowanie lub dofinansowanie jest przez Beneficjenta: wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem, wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 UFP, pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości Beneficjent zobowiązany jest do zwrotu całości lub części dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków lub wyrażenia zgody na pomniejszenie wypłaty kolejnej należnej mu transzy dofinansowania”.*

Przedmiotem rozważań organu było również to, czy w postępowaniu należało zastosować przerwę w naliczaniu odsetek. Stosownie bowiem do art. 54 § 1 pkt 7 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2651 z późn. zm.) „Odsetek za zwłokę nie nalicza się: (...) 7) za okres od dnia wszczęcia postępowania podatkowego do dnia doręczenia decyzji organu pierwszej instancji, jeżeli decyzja nie została doręczona w terminie 3 miesięcy od dnia wszczęcia postępowania”.

Przedkładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że termin o którym mowa w art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej został przekroczony w postępowaniu I instancyjnym. Postępowanie wszczęto 02.11.2023 r. Od tego dnia należy liczyć bieg trzymiesięcznego terminu, od którego przekroczenia zależy przerwa w naliczaniu odsetek. Aby nie stosować normy zawartej w ww. przepisie, sprawa powinna zostać załatwiona do 02.02.2024 r. Mając na uwadze powyższe, tj. to, że trzymiesięczny termin o którym mowa w art. 54 § 1 pkt 7 Ordynacji podatkowej upłynął 02.02.2024 r., zachodzą podstawy do orzeczenia przerwy w naliczaniu odsetek w postępowaniu I instancyjnym od dnia 02.11.2023 r. (dzień wszczęcia postępowania) do dnia doręczenia przedmiotowej Decyzji. W tym stanie rzeczy, przy zwrocie kwoty uznanej za niekwalifikowalną, nie należy od niej naliczać odsetek od dnia 02.11.2023 r. do dnia doręczenia przedmiotowej Decyzji.

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

Podsumowując, w oparciu o wszechstronną analizę zebranego materiału dowodowego Organ w niniejszej decyzji stwierdził, że (...) dopuścił się ww. naruszeń postanowień Umowy

i Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków. W związku z powyższym Organ miał obowiązek wezwania Beneficjenta do zwrotu kwoty obliczonej jako korekta finansowa. Z uwagi na brak zwrotu rzeczoney kwoty Organ był zobligowany do wydania decyzji administracyjnej zgodnie z art. 207 ust. 9 UFP. Przepis ten zobowiązuje organ administracji, po bezskutecznym upływie 14 dniowego terminu do dobrowolnego zwrotu, do wydania decyzji określającej kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu.

Z uwagi na powyższe, Organ orzekł jak w sentencji.

***Pouczenie:***

*Niniejsza decyzja jest nieostateczna w administracyjnym toku instancyjnym.*

*Zgodnie z art. 207 ust. 12a UFP. w zw. z art. 129 § 2 KPA w przypadku wydania decyzji w pierwszej instancji przez Instytucję Zarządzającą Stronie służy wniosek do Zarządu Województwa Świętokrzyskiego o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od daty doręczenia niniejszej decyzji.*

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

*Zgodnie z art. 53 § 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi Stronie przysługuje prawo wniesienia skargi na niniejszą decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach w Kielcach (w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia). Skargę wnosi się za pośrednictwem Zarządu Województwa Świętokrzyskiego. Na podstawie art. 52 § 3 ww. ustawy, jeżeli Stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do Organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa.*

*Zgodnie z § 1 pkt 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t. j. Dz.U. 2021 poz. 535) wpis od skargi w sprawie należności pieniężnej objętej zaskarżonym aktem wynoszącej ponad 10 000 zł do 50 000 zł wynosi 3% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 400 zł. Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.*

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

**MARSZAŁEK**

**WOJEWÓDZTWA ŚWIĘTOKRZYSKIEGO**

**ANDRZEJ BĘTKOWSKI**

*(dokument podpisano elektronicznie)*

Decyzję otrzymują:

1) pełnomocnik Beneficjenta: (...)

2) a/a