



Zeszyty Naukowe  
Wyższej Szkoły Bankowej we Wrocławiu  
Nr 3(41)/2014

---

**Jarosław Redo**

Kolegium Jagiellońskie – Toruńska Szkoła Wyższa

## **Zasada konkurencyjności jako prawna gwarancja efektywnego wydatkowania środków publicznych przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki**

**Streszczenie.** Zapewnienie przez beneficjenta projektu współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki o dokonywaniu wydatków w sposób przejrzysty i konkurencyjny jest jednym z kryteriów uznania ich za kwalifikowalne. W przypadku podmiotów niezaliczanych do sektora finansów publicznych, wobec których wyłączono stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek ten jest realizowany przez przeprowadzanie postępowań wyboru wykonawców i dostawców zgodnie z zasadą konkurencyjności. Zasada ta obejmuje szereg czynności zmierzających do bezstronnego wyłonienia najkorzystniejszej oferty z punktu widzenia efektywności wydatkowanych środków publicznych oraz system sankcji uruchamianych w sytuacji, gdy beneficjent nie zastosował się do obowiązujących reguł postępowania. Celem opracowania jest przedstawienie aktualnego stanu prawnego oraz podstawowych problemów związanych z realizacją zasady konkurencyjności w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych.

**Słowa kluczowe:** środki publiczne, efektywność wydatków publicznych, fundusze europejskie

### **Wstęp**

W perspektywie finansowej Unii Europejskiej na lata 2007-2013 Polska otrzymała na finansowanie wsparcia znajdującego się w obszarze interwencji Europejskiego Funduszu Społecznego 9,7 mld euro. Wraz z krajowym wkładem pieniężnym, wnoszonym w ramach montażu finansowego, pula środków publicznych związanych z finansowaniem Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki wynosi blisko 13 mld euro. Warunkiem wydatkowania i rozliczenia środków z funduszy strukturalnych jest zapewnienie ich kwalifikowalności – regulacje wspólnoto-



we<sup>1</sup> delegują w tym zakresie na państwa członkowskie opracowanie odpowiednich zasad<sup>2</sup> i trybu weryfikacji zawartego w systemie zarządzania i kontroli programu operacyjnego, który ma zapewnić zasadność i prawidłowość zadeklarowanych wydatków. Zapewnienie ww. prawidłowości, rozumianej m.in. jako poniesienie wydatku zgodnie z obowiązującymi procedurami zamówień publicznych, to jedno z kryteriów uznania go za kwalifikowalny. Jest to prawna gwarancja konkurencyjnego wyboru podmiotów realizujących usługi i dostarczających towary w ramach projektów współfinansowanych ze środków pochodzących z budżetu krajowego i unijnego, a jednocześnie narzędzie przeciwdziałające powstawaniu „nieprawidłowości” definiowane na gruncie aktów wspólnotowych regulujących funkcjonowanie funduszy strukturalnych jako „jakikolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”<sup>3</sup>, przy czym za podmiot gospodarczy uznaje się „każdą osobę fizyczną lub prawną, bądź inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z Funduszy z wyjątkiem państwa członkowskiego podczas wykonywania przez nie uprawnień władzy publicznej”. Tak szerokie znaczenie pojęcia „nieprawidłowości” oznacza nie tylko wydatkowanie środków na cele wskazane w programie operacyjnym i w ramach ściśle określonych kategorii kosztów finansowanych ze środków UE, ale także zgodnie z obowiązującymi procedurami.

W przypadku jednostek sektora finansów publicznych zobowiązanych do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>4</sup> (dalej: PZP) wydatki na realizację projektów współfinansowanych ze środków EFS są dokonywane zgodnie z procedurami zawartymi w tym akcie prawnym, z dodat-

<sup>1</sup> Art. 56 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, Dz.Urz. UE, L 210/25.

<sup>2</sup> Art. 26 ust. 1 pkt 6 oraz art. 35 ust. 3 pkt 4a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 84, poz. 712 z późn. zm.) oraz pkt 2.3 Krajowych wytycznych dotyczących kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013 stanowią podstawę prawną dla instytucji zarządzających programami operacyjnymi (w przypadku POKL jest nią minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego) do określenia kryteriów kwalifikowalności wydatków objętych dofinansowaniem w ramach danego programu operacyjnego. Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego wydaje w tym zakresie wytyczne, które podaje do publicznej wiadomości (również ewentualne zmiany) na swojej stronie internetowej i w Biuletynie Informacji Publicznej oraz ogłasza w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” komunikat o miejscu publikacji wytycznych oraz ich zmian, a także o terminie, od którego wytyczne lub ich zmiany będą stosowane (art. 35 ust. 7 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju).

<sup>3</sup> Art. 2 pkt 7 rozporządzenia wskazanego w przyp. 1.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm.

kowymi wymogami wynikającymi z załącznika nr 1 do Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (dalej: Wytyczne POKL)<sup>5</sup> – Zasad dotyczących prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego finansowanych ze środków EFS.

Możliwość pozyskiwania przez podmioty prywatne dofinansowania do projektów ze środków publicznych w ramach programów operacyjnych spowodowała konieczność objęcia tej licznej grupy beneficjentów<sup>6</sup> regulacjami dotyczącymi procedur dokonywania wydatków oraz wyboru wykonawców i dostawców w zakresie, który chroniłby racjonalność i efektywność działań realizowanych dzięki wsparciu z funduszy strukturalnych. Od początku członkostwa Polski w UE jest to problem o doniosłym znaczeniu prawnym. Należy zaznaczyć, że nie ma jednolitych reguł dokonywania zamówień przez projektodawców niezaliczanych do sektora publicznego – dla każdego z programów operacyjnych (krajowych i regionalnych) wypracowano odrębne reguły uwzględniające specyfikę interwencji i rodzaje kosztów kwalifikowalnych finansowanych z danego programu.

## 1. Geneza instytucji i podstawy prawne

Na gruncie obowiązujących do 31 grudnia 2009 r. regulacji zawartych w PZP (ówczesny art. 3 ust. 1 pkt 6) zamawiającymi (czyli podmiotami zobowiązanymi do stosowania PZP) mogły być m.in. podmioty udzielające zamówień finansowanych z udziałem środków, których przyznanie było uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w tej ustawie. Regulacja ta mogła stanowić podstawę do nałożenia obowiązku stosowania PZP przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych poprzez odpowiednie zapisy umowy o dofinansowanie projektu w ramach programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE, chociaż omawiany przepis nie uwzględniał udziału przyznanych środków w sfinansowaniu zamówienia (pomijając kwestię np. udziału środków prywatnych) i nie uzależniał obowiązku zastosowania procedury ustawowej od udziału środków publicznych wskazując jednocześnie, że procedurę należało zastosować do całego zamówienia. Zatem to od przekazującego środki (czyli np. publicznej strony umowy o dofinansowanie projektu) zależało, w jakim zakresie i co do jakich środków będą miały zastosowanie procedury PZP<sup>7</sup>. Trzy

<sup>5</sup> Niniejszy dokument został wydany na podstawie delegacji, o której mowa w przyp. 2. Obecna wersja z dnia 14 sierpnia 2012 r. obowiązuje od 24 sierpnia 2012 r.

<sup>6</sup> Definicja legalna beneficjenta została określona w art. 5 pkt 1 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Pojęcie to oznacza osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, realizującą projekty finansowane z budżetu państwa lub ze źródeł zagranicznych na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie projektu.

<sup>7</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 23.

pierwsze wersje Wytycznych POKL<sup>8</sup>, określając ogólne zasady kwalifikowania wydatków, wprowadziły wymóg efektywności i konkurencyjności oraz zgodność z odrębnymi przepisami prawa krajowego i wspólnotowego, w szczególności z PZP (podrozdział 1, pkt 1, ppkt b i g), czyli nie wykluczyły możliwości nałożenia na podmiot prywatny w drodze umowy o dofinansowanie obowiązku stosowania PZP, mimo że w dwóch pierwszych wersjach Zasad finansowania Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki<sup>9</sup> (dalej: Zasady finansowania) we Wzorze minimalnego zakresu umowy o dofinansowanie projektu stanowiącym załącznik nr 4 pojawił się § 20 zatytułowany „Konkurencyjność”, który nakładał na beneficjenta obowiązek stosowania zasady konkurencyjności<sup>10</sup> podczas realizacji transakcji przekraczających kwotę 20 tys. zł<sup>11</sup>, związanych z odpłatnym nabywaniem towarów i zlecaniem usług w ramach projektu, przy czym wartość transakcji miała być ustalana zgodnie z PZP. Należy zwrócić uwagę, że regulacja ta była bardzo fragmentaryczna – zachowanie zasady konkurencyjności wymagało od projektodawcy wysłania zapytania ofertowego, zawierającego opis przedmiotu transakcji oraz kryteria oceny oferty do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców. Przeprowadzając postępowanie, beneficjent miał zapewnić realizację zasady jawności i przejrzystości oraz równego traktowania potencjalnych kontrahentów, a transakcja powinna zostać dokonana z tym z wykonawców, którego oferta była najbardziej korzystna zgodnie z kryteriami wskazanymi w zapytaniu ofertowym. Tak ogólne zapisy skutkujące dużą uznaniowością podmiotu będącego dawcą środków, przy jednoczesnej możliwości rozwiązania umowy o dofinansowanie

<sup>8</sup> Daty wydania: 9 lipca 2008 r., 20 lutego 2008 r. i 19 września 2008 r. Ostatnia z wymienionych wersji Wytycznych obowiązywała do 31.03.2009 r.

<sup>9</sup> Dokument ten stanowi część Systemu realizacji POKL. Pierwsza wersja obowiązywała od 15 września 2008 r. a druga od 25 marca do 31 grudnia 2009 r.

<sup>10</sup> Dopiero czwarta wersja Wytycznych POKL (z 27 marca 2009 r., obowiązująca od 1 kwietnia do 31 grudnia 2009 r.) wśród podstawowych zasad kwalifikowania wydatków (podrozdział 3.1) wprowadziła w pkt 8 zapis, że wydatki w ramach projektu powinny być ponoszone zgodnie z zasadą konkurencyjności określoną w umowie o dofinansowanie, przy czym zasada ta nie dotyczyła podmiotów zobowiązanych do stosowania PZP, co oznacza, że podstawa prawna została wyprzedzona o blisko pół roku przez faktyczne nakładanie na beneficjentów obowiązku stosowania zasady konkurencyjności. Sytuacja ta jest konsekwencją ważnego problemu prawnego związanego z usytuowaniem dokumentów składających się na System realizacji POKL poza system aktów prawa powszechnie obowiązującego, mimo że kształtują prawa i obowiązki podmiotów wydatkujących środki publiczne.

<sup>11</sup> Wymieniona kwota 20 tys. zł obowiązywała do 25 marca 2009 r., mimo że PZP już od maja 2007 r. (na podstawie ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 82, poz. 560) wyłączyła stosowanie PZP w przypadku zamówień i konkursów, których wartość nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 tys. euro (wcześniej 6 tys. euro), co w konsekwencji spowodowało pogorszenie sytuacji beneficjenta POKL przez nałożenie większych obowiązków, niż wynikało to z PZP przy niższej kwocie zamówienia.

w przypadku realizacji projektu niezgodnie z umową, utrudniały ochronę interesu prawnego beneficjenta.

Znaczące zmiany w zakresie zamówień realizowanych ze środków publicznych przez podmioty prywatne przyniosła nowelizacja PZP z grudnia 2009 r.<sup>12</sup>, która uchyliła ww. przepis art. 3 ust. 1 pkt 6 w związku z potrzebą dostosowania prawodawstwa krajowego do regulacji wspólnotowych w zakresie zapewnienia tożsamości podmiotowej pomiędzy PZP a dyrektywą 2004/18/WE<sup>13</sup>, której art. 8 nakłada na podmioty subsydiowane przez instytucje zamawiające obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach wyłącznie w okolicznościach, które w PZP zostały określone w przepisie art. 3 ust. 1 pkt 5. Zgodnie z uzasadnieniem do rządowego projektu nowelizacji<sup>14</sup> derogacja ta nie miała na celu ograniczenia możliwości nakładania przez podmioty publiczne określonych wymagań co do zasad i sposobu, w jaki przekazywane środki mają być wydatkowane przez podmioty prywatne (w dalszym ciągu przekazujący środki może wymagać zapewnienia m.in. przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania oferentów lub nawet nałożyć w drodze umowy obowiązek przeprowadzenia przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego), tylko uznano, że transparentność w dokonywaniu wydatków ze środków publicznych można osiągnąć w mniej sformalizowany sposób. *Ratio legis* uchylecia ww. przepisu było również „przyspieszenie oraz ułatwienie wydatkowania funduszy unijnych” dzięki możliwości stosowania uproszczonych procedur uwzględniających „wyłącznie zasady przewidziane w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską” (np. zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji, poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, gwarancja podstawowych swobód wspólnego rynku: przepływu usług, towarów i przedsiębiorczości) w przypadku, gdy nie zachodziły przesłanki stosowania PZP na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5. Ponadto intencją ustawodawcy było zwiększenie efektywności wydatkowania środków przekazywanych podmiotom spoza sektora finansów publicznych, które „nie są w stanie samodzielnie w sposób prawidłowy przeprowadzić procedury udzielania zamówienia w trybie określonym w PZP”, co prowadzi w konsekwencji „do naruszania norm ustawy przez podmioty nieprzygotowane do ich stosowania oraz może skutkować nakładaniem korekt finansowych w sytuacjach, w których nie jest to wymagane przez prawo unijne”. Reasumując, od wejścia w życie omawianej nowelizacji donator (przekazujący środki) nie może już, przyznając dofinansowanie, nałożyć na podmiot otrzymujący obowiązek stosowania PZP w taki sposób, by ten zyskał status zamawiającego. Jednocześnie nadal istnieje możliwość

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 223, poz. 1778.

<sup>13</sup> Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r. (zwana dyrektywą klasyczną).

<sup>14</sup> Druk nr 2310 z dnia 31 sierpnia 2009 r., druki sejmowe VI kadencja.

narzucenia obowiązku zastosowania procedur zamówień publicznych w drodze zobowiązania cywilnoprawnego (np. umowy o dofinansowanie)<sup>15</sup>.

Postulowana w uzasadnieniu do projektu nowelizacji „możliwość stosowania uproszczonych procedur” znalazła odzwierciedlenie w dodanym i obowiązującym obecnie ust. 3 art. 3 PZP, zgodnie z którym podmioty zobligowane do stosowania ustawy, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Oznacza to, że podmioty publiczne będące stroną umowy o dofinansowanie projektu mają prawo w dowolny sposób ukształtować jej treść w zakresie obowiązków beneficjenta związanych z wydatkowaniem przekazanych środków, które powinny urzeczywistniać wymienione zasady<sup>16</sup>. Należy zadać pytanie: Jakie są dopuszczalne granice dowolności w kształtowaniu obowiązków podmiotu, który otrzymał dotację na sfinansowanie projektu w ramach programu operacyjnego? Zgodnie z art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.<sup>17</sup> i zawartej w nim zasady praworządności, stanowiącej, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, każda ingerencja i kształtowanie sytuacji prawnej musi wynikać z wyraźnego upoważnienia zawartego w aktach prawa powszechnie obowiązującego. Art. 3 ust. 3 PZP, który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2010 r., można z całą pewnością uznać za pierwszą podstawę prawną umożliwiającą nakładanie na beneficjentów obowiązku stosowania pewnych zasad przy wydatkowaniu środków publicznych, nie stanowi jednak podstawy do określenia zbioru reguł postępowania i sankcji za ich nieprzestrzeganie<sup>18</sup> będących przedmiotem odrębnej regulacji, znajdującej się poza systemem źródeł prawa wskazanym w art. 87 Konstytucji, a konkretnie w Wytycznych POKL i Zasadach finansowania stanowiących część systemu realizacji tego programu operacyjnego<sup>19</sup>. Na temat usytuowania systemów realizacji w systemie źródeł prawa wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny<sup>20</sup>, orzekając o niekonstytucyjności przepisów zawartych w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, które odsyłały w zakresie

<sup>15</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, op. cit., s. 23.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

<sup>18</sup> Należy przy tym zwrócić uwagę na różnicę między możliwością nałożenia obowiązku stosowania pewnych reguł w zakresie udzielania zamówienia, które wynikają z omawianego przepisu art. 3 ust. 3 PZP i prawa wspólnotowego, i nakładaniem obowiązku stosowania zasady konkurencyjności rozumianej jako procedura, czyli ciąg czynności dążących do zapewnienia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości w wydatkowaniu środków publicznych.

<sup>19</sup> Zgodnie z wyrokiem TK z dnia 12 grudnia 2011 r. (sygn. Akt P 1/11, sentencja została ogłoszona dnia 27 grudnia 2011 r. w Dz.U. nr 279, poz. 1644) pkt 11 w art. 5 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju wprowadzający definicję „systemu realizacji programu operacyjnego” traci moc z dniem 28 czerwca 2013 r.

<sup>20</sup> Ibidem.



procedury i środków odwoławczych od wyników oceny projektów przeprowadzonej w ramach konkursów właśnie do systemów realizacji poszczególnych programów operacyjnych<sup>21</sup>.

Jak wspomniano wyżej, dokumentem kształtującym sytuację prawną beneficjenta w zakresie obowiązków wynikających ze stosowania zasady konkurencyjności są Wytyczne POKL wydane na podstawie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju<sup>22</sup>, do których w ww. zakresie odsyła umowa o dofinansowanie projektu w § 20b ust. 1. Ponadto beneficjent jest zobowiązany do stosowania przy wydatkowaniu środków aktualnie obowiązującej treści Wytycznych POKL, a o zmianach niniejszego dokumentu powinien być każdorazowo informowany przez instytucję będącą stroną umowy o dofinansowanie<sup>23</sup>. Natomiast system sankcji za naruszenie zasady konkurencyjności zawarty jest w dokumencie Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE<sup>24</sup>, a zwrot środków w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości jest dokonywany w trybie przewidzianym w ust. 8 art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>25</sup> lub na mocy decyzji organu pełniącego funkcję instytucji zarządzającej lub instytucji pośredniczącej (w rozumieniu ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju) określającej kwotę i termin zwrotu środków, wobec których stwierdzono nieprawidłowości na podstawie art. 207 ust. 9 ustawy o finansach publicznych.

Podsumowując rozważania na temat podstaw prawnych, z których wynika obowiązek stosowania zasady konkurencyjności w odniesieniu do podmiotów niezaliczanych do sektora finansów publicznych realizujących projekty w ramach POKL, w układzie chronologicznym i ze względu na źródło konstytuujące i określające zakres obowiązków beneficjenta, należy stwierdzić:

- do 31 marca 2009 r. fragmentaryczna regulacja dotycząca zasady konkurencyjności była ujęta tylko i wyłącznie w Zasadach finansowania i umowie o dofinansowanie,
- od 1 kwietnia 2009 r. do 31 grudnia 2010 r. Wytyczne POKL nakładały obowiązek stosowania zasady, odsyłając do szczegółowych regulacji zawartych w umowie o dofinansowanie,

<sup>21</sup> Szerzej o tym problemie w dalszej części dotyczącej postulatów zmian w prawie w kontekście usytuowania systemów realizacji programów operacyjnych poza konstytucyjnym katalogiem aktów prawa powszechnie obowiązującego.

<sup>22</sup> Zapisy Wytycznych POKL są powtórzone w Zasadach finansowania (rozdział 2.2.7.2.).

<sup>23</sup> Zob. § 3 ust. 3 i 4 umowy o dofinansowanie projektu.

<sup>24</sup> Dokument ten stanowi załącznik nr 11 do Zasad finansowania i zamieszczony na stronach internetowych instytucji wdrażających (instytucji pośredniczących II stopnia).

<sup>25</sup> Dz.U. nr 157, poz. 1240 i 1241 z późn. zm.

– od 1 stycznia 2011 r. pełna regulacja w zakresie przesłanek i obowiązków związanych ze stosowaniem zasady konkurencyjności została zawarta w Wytycznych POKL, do których odsyła umowa o dofinansowanie.

Problematyka obowiązków beneficjenta związanych ze stosowaniem zasady konkurencyjności, systemu sankcji i trybu zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur zostaną omówione w dalszej części artykułu.

## 2. Przesłanki zastosowania zasady konkurencyjności – ewolucja przepisów

Zasada konkurencyjności podlegała stopniowym zmianom. W miarę postępu realizacji POKL katalog obowiązków i przesłanek zastosowania omawianej zasady był doprecyzowywany i rozszerzany.

Zgodnie z Wytycznymi POKL omawiana zasada dotyczy wszystkich zamówień w ramach projektu przekraczających wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14 tys. euro netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT). Analiza tego dokumentu prowadzi do wniosku, że pojęciu „zamówienia” nadano znaczenie przypisane w art. 12 pkt 13 PZP „zamówieniu publicznemu”, definiowanemu jako umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Podstawową przesłanką o charakterze podmiotowym zastosowania zasady konkurencyjności jest ustawowe (art. 3 PZP) wyłączenie beneficjenta z katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania PZP. Drugą przesłanką jest wspomniana wartość zamówienia, która od 25 marca 2009 r. wynosi 14 tys. euro netto<sup>26</sup>, co jest zbieżne z art. 4 pkt 8 PZP, który wyłącza stosowanie tej ustawy w przypadku zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości ww. kwoty. Zgodnie z art. 35 ust. 3 PZP średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień określa przynajmniej raz na dwa lata Prezes Rady Ministrów w drodze odpowiedniego rozporządzenia<sup>27</sup>. Beneficjent, ustalając wartość zamówienia, bierze pod uwagę usługi, dostawy i roboty budowlane realizowane w ramach danego (pojedynczego) projektu. Takie zawężenie bez wątpienia ułatwia dokonywanie wydatków i planowanie postępowań w przypadku realizowania więcej niż jednego projektu w ramach POKL przez ten sam podmiot. Z kolei łączenie identycznych przedmiotowo zamówień z różnych projektów mogłoby przyczynić się do zwiększenia efektywności wydatkowanych środków publicznych pochodzących w zasadzie

<sup>26</sup> Zob. uwagi zawarte w przyp. 10.

<sup>27</sup> Obecnie kurs euro dla zamówień publicznych wynosi 4,0196 zł. Por. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, Dz.U. nr 282, poz. 1650.



z tego samego źródła. Takie rozwiązanie prawne wymusiłoby jednak na beneficjentach daleko idącą analizę i koordynację budżetów projektów pod kątem stosowania zasady konkurencyjności i rozszerzyłyby zakres dokonywanych kontroli, które musiałyby obejmować wszystkie realizowane w danym momencie projekty współfinansowane z EFS. Ponadto obowiązek sumowania zamówień w ramach różnych projektów wymagałby wprowadzenia precyzyjnych zasad określających, w jakich przypadkach sumowanie powinno zostać dokonane – jedynym racjonalnym rozwiązaniem mógłby być obowiązek przygotowywania rocznych planów zamówień i kryterium czasowe dokonywania zamówień (trudno byłoby wymagać od beneficjentów sumowania zamówień i daleko idącego przewidywania w sytuacji, gdy jeden projekt już się kończy, a drugi jest dopiero we wstępnej fazie wdrażania). Utrudniłoby to jednak realizację projektów i przyczyniło się do zwiększenia liczby spraw związanych ze zwrotami środków wynikających z nieprzestrzegania reguł ich wydatkowania, dlatego zawężenie zakresu stosowania do pojedynczego projektu należy ocenić pozytywnie.

Dokonując sumowania usług, dostaw i robót budowlanych, beneficjent musi ustalić, czy w przypadku ich zlecenia występuje jedno czy odrębne zamówienia. Mimo że Wytyczne POKL w wersji obowiązującej od 1 stycznia 2011 r. nakładały obowiązek stosowania nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień<sup>28</sup> tylko do opisu przedmiotu zamówienia, Instytucja Zarządzająca POKL początkowo rozszerzyła ten obowiązek także w odniesieniu do sumowania wartości zamówienia w ramach grupy wynikającej z ww. słownika. Mając na względzie liczne problemy, które pojawiły się w związku z koniecznością łączenia zamówień zgodnie z kodami CPV, szybko wycofano się z tej interpretacji<sup>29</sup> i obecnie beneficjent, sumując zamówienia, musi stwierdzić czy ma do czynienia z zamówieniami tego samego rodzaju i kierować się następującymi kryteriami:

- tożsamością przedmiotową zamówienia (usługi, dostawy i roboty budowlane tego samego rodzaju i o takim samym przeznaczeniu),
- tożsamością czasową zamówienia (możliwość udzielenia zamówienia w tym samym czasie),
- tożsamością podmiotową zamówienia (możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę).

Zgodnie z przywołaną interpretacją wszystkie trzy warunki muszą być spełnione łącznie, czyli dotyczą tylko takiej sytuacji, gdy zamówienia dokonywane w ramach projektu mają to samo przeznaczenie i mogą być realizowane przez jednego wykonawcę oraz są planowane do udzielenia w tym samym czasie. *A con-*

<sup>28</sup> Wprowadzonym rozporządzeniem (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), Dz.Urz. WE L 340 z 16 grudnia 2002 r. z późn. zm.

<sup>29</sup> Interpretacja Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, Departamentu Zarządzanie Europejskim Funduszem Społecznym z dnia 24 marca 2011 r., DZF-IV-82252-174-ŁP/11.

*trario* odrębnymi zamówieniami będą takie, które mają „inne przeznaczenie lub nie jest możliwe nabycie u tego samego wykonawcy w danym czasie”, a „sumowanie wartości zamówień tego samego rodzaju należy dokonywać dla całego okresu realizacji projektu”. Jednocześnie ograniczono proces sumowania zamówień tylko do jednego projektu, nawet w przypadku gdy beneficjent realizuje ich więcej w ramach POKL.

Wytyczne POKL wyłączają stosowanie zasady konkurencyjności w odniesieniu do zamówień dotyczących zadań wykonywanych przez personel zarządzający projektem oraz zamówień dotyczących zadań wykonywanych przez personel projektu, z którym beneficjent w okresie co najmniej jednego roku przed złożeniem wniosku o dofinansowanie projektu współpracował w sposób ciągły lub powtarzalny.

### **3. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w ramach zasady konkurencyjności**

W przypadku stwierdzenia w budżecie projektu pozycji kosztowych, które w połączeniu z regułami dotyczącymi sumowania zamówień powodują powstanie obowiązku stosowania zasady konkurencyjności, beneficjent jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Katalog czynności związanych z wyborem wykonawcy ulegał sukcesywnemu rozszerzaniu. Należy zwrócić uwagę, że do 31 grudnia 2010 r. zakres stosowania zasady przez beneficjenta był przedmiotem regulacji na poziomie umowy o dofinansowanie. Do 31 marca 2009 r. regulacja była fragmentaryczna i ograniczała obowiązki zamawiającego do wysłania do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców zapytania ofertowego, które powinno zawierać opis przedmiotu transakcji oraz kryteria oceny oferty (bez odwołania się do Wspólnego Słownika Zamówień, ale wartość zamówienia miała być oszacowana zgodnie z PZP). Ponadto beneficjent, dokonując wyboru wykonawcy, miał stosować zasadę jawności i przejrzystości oraz równego traktowania potencjalnych kontrahentów, a transakcję powinien był dokonać z tym z wykonawców, którego oferta była najbardziej korzystna zgodnie z kryteriami wskazanymi w zapytaniu ofertowym. Tak ogólne określenie sposobu wyboru wykonawcy nie sprzyjało faktycznej realizacji zasady konkurencyjności i czyniło omawianą instytucję fasadową oraz utrudniało kontrolę projektu. Sankcją w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości mogło być natychmiastowe rozwiązanie umowy o dofinansowanie z powodu wykorzystania przeznaczonych środków niezgodnie z umową i zwrotem całości lub części otrzymanej dotacji rozwojowej wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków lub w trybie przewidzianym w ustawie o finansach publicznych<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Zwrot środków w przypadku wykorzystania ich z naruszeniem obowiązujących procedur był dokonywany na podstawie decyzji wydanej zgodnie z art. 211 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r.

W kolejnych dwóch wersjach Zasad finansowania obowiązujących do 31 grudnia 2010 r. katalog czynności, do których zobowiązany był beneficjent, został poszerzony. W dalszym ciągu pełna regulacja zasady konkurencyjności była zawarta w umowie o dofinansowanie, do której odsyłały Wytyczne POKL. Skonkretyzowano status wykonawcy – zasadę stosowano wobec podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Ograniczono obowiązek wysłania zapytania ofertowego (uzupełnionego o termin składania ofert bez wskazania minimalnego czasu do dokonania tej czynności) do trzech kontrahentów tylko w sytuacji, gdy taka potencjalnie liczba podmiotów występuje na rynku. Istotnym novum była konieczność upublicznienia zapytania ofertowego w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej, o ile beneficjent taką posiadał. Działania te, mające zapewnić transparentność postępowania i dostęp do informacji dla nieograniczonej liczby podmiotów mogących zrealizować zamówienie, były de facto pozorne, skoro oferty mogli składać wyłącznie zaproszeni do udziału w postępowaniu trzej potencjalni wykonawcy. W porównaniu do poprzedniej konstrukcji zasadę konkurencyjności uznawano za spełnioną nawet wówczas, gdy w odpowiedzi na zapytanie ofertowe wpłynęła tylko jedna ważna oferta. Uregulowano kwestię związaną z dokumentowaniem postępowania – wszelkie czynności związane z realizacją zamówienia miały być (i są) dokonywane w formie pisemnej, przy czym dopuszczono formę elektroniczną i faks (nie dotyczyło to protokołu z wyboru najkorzystniejszej oferty, do której dołączano zebrane oferty, oraz umowy podpisanej z wyłonionym wykonawcą). Dopuszczono dwa wyjątki od obowiązku stosowania zasady konkurencyjności, mimo że zachodziły przesłanki jej wykorzystania: w przypadku gdy beneficjent stwierdził, że na rynku nie istnieje trzech potencjalnych wykonawców (w takiej sytuacji mógł zostać wezwany do przedstawienia uzasadnienia wskazującego na obiektywne okoliczności, że faktycznie nie ma wymaganej liczby podmiotów mogących podjąć się realizacji zamówienia) oraz w odniesieniu do osób lub usług rozliczanych w ramach kosztów personelu. Wyjątki te, w nieznacznie zmodyfikowanej formie, dopuszczalne są również w aktualnym stanie prawnym.

Od 1 stycznia 2010 r. dopuszczono, ze względu na cele polityki społecznej, możliwość zawarcia w kryteriach oceny wymagań dotyczących zatrudniania osób niepełnosprawnych, bezrobotnych lub osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym, a nawet zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców do podmiotów ekonomii społecznej.

Jak wspomniano wyżej, od 1 stycznia 2011 r. zasada konkurencyjności jest regulowana przez Wytyczne POKL, do których w omawianym zakresie odsyła umowa o dofinansowanie projektu w § 20b. Zgodnie z pkt 2 podrozdziału 3.1.3 Wytycznych POKL beneficjent przygotowuje oraz przeprowadza postępowanie

---

o finansach publicznych (Dz.U. nr 249, poz. 2104 z późn. zm.), w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrażaniem funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (Dz.U. z nr 216, poz. 1370).

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Realizacja zasady następuje poprzez:

- wysłanie zapytania ofertowego do przynajmniej trzech potencjalnych wykonawców, o ile na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia;

- upublicznienie zapytania ofertowego co najmniej na swojej stronie internetowej, o ile posiada taką stronę (od 1 stycznia 2012 r. zrezygnowano z obowiązku zamieszczania informacji o postępowaniu w siedzibie zamawiającego);

- zamieszczenie w zapytaniu ofertowym informacji dotyczących przynajmniej: przedmiotu zamówienia (opisanym zgodnie ze Wspólnym Słownikiem Zamówień), kryteriów oceny wraz ze wskazaniem wag punktowych lub procentowych przypisanych do poszczególnych kryteriów, sposobu przyznawania punktacji za spełnienie danego kryterium<sup>31</sup>, terminu składania ofert (nie krótszy niż 10 dni roboczych od dnia ogłoszenia zapytania ofertowego, odpowiednio wydłużony w przypadku wysłania zapytania pocztą<sup>32</sup>) oraz wykluczeń z udziału w postępowaniu w odniesieniu do podmiotów powiązanych osobowo lub kapitałowo z zamawiającym<sup>33</sup>;

- zebranie ofert od potencjalnych wykonawców zawierających oświadczenie o braku ww. powiązań;

- dokonanie wyboru najkorzystniejszej spośród złożonych ofert w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny;

- udokumentowanie wyboru protokołem zawierającym następujące elementy: wskazanie potencjalnych wykonawców, do których wysłano zapytanie ofertowe (lub gdy na rynku nie ma trzech potencjalnych wykonawców, uzasadnienie wskazujące na obiektywne przesłanki potwierdzające ten fakt), sposób upublicznienia zapytania ofertowego i dowód upublicznienia, wykaz ofert wraz ze wskazaniem daty wpływu i danych odnoszących się do kryteriów wyboru (do protokołu załącza się oryginały ofert), sposób dokonania oceny ofert wraz ze wskazaniem

<sup>31</sup> Obowiązek wprowadzony 1 stycznia 2012 r.

<sup>32</sup> Do 31 grudnia 2011 r. termin złożenia oferty wynosił nie mniej niż 7 dni od dnia otrzymania zapytania ofertowego przez potencjalnego wykonawcę. W celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego terminu złożenia oferty beneficjent był zobowiązany do archiwizowania dokumentów potwierdzających otrzymanie przez ten podmiot zapytania ofertowego.

<sup>33</sup> Wytyczne POKL definiują powiązanie osobowe lub kapitałowe jako wzajemne powiązania między beneficjentem lub osobami upoważnionymi do zaciągania zobowiązań w imieniu beneficjenta lub osobami wykonującymi w imieniu beneficjenta czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem procedury wyboru wykonawcy a wykonawcą, polegające w szczególności na uczestniczeniu w spółce jako wspólnik spółki cywilnej lub spółki osobowej, posiadaniu co najmniej 10% udziałów lub akcji, pełnieniu funkcji członka organu nadzorczego lub zarządzającego, prokurenta, pełnomocnika, pozostawaniu w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli. Podmiot biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia dołącza do oferty oświadczenie o braku ww. powiązań wobec zamawiającego.

wag punktowych lub procentowych określonych dla poszczególnych kryteriów, wskazanie i uzasadnienie wyboru danej oferty, data sporządzenia i podpis osoby upoważnionej do reprezentowania beneficjenta (do protokołu dołącza się oświadczenia o braku powiązań z wykonawcami, którzy złożyli oferty, podpisane przez beneficjenta lub osoby upoważnione do zaciągania zobowiązań w imieniu beneficjenta lub osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem procedury wyboru wykonawcy);

– wysłanie informacji o wyniku postępowania do każdego wykonawcy, który złożył ofertę (obowiązek wprowadzony 1 stycznia 2012 r., jego konstrukcja ma duże znaczenie prawne, ponieważ dopuszcza możliwość złożenia oferty także przez podmioty, do których beneficjent nie wysłał zapytania ofertowego, w ten sposób procedura wyboru wykonawcy z zastosowaniem zasady konkurencyjności, przekształca się z trybu przypominającego zapytanie o cenę w swoisty przetarg nieograniczony<sup>34</sup>);

– podpisanie umowy z wybranym wykonawcą (Wytyczne POKL pozwalają na dużą elastyczność w finansowaniu zamówienia zleconego zgodnie z zasadą konkurencyjności dopuszczając wzrost jego wartości do wysokości 50% wartości zamówienia określonej w umowie zawartej z wykonawcą).

W celu uniknięcia opóźnień w realizacji projektów, które mogłyby powstać w wyniku nieprzystąpienia do składania ofert wymaganej liczby kontrahentów, Wytyczne POKL wprowadzają możliwość uznania za spełnioną zasadę konkurencyjności w przypadku, gdy w odpowiedzi na zapytanie ofertowe wysłane do trzech potencjalnych wykonawców wpłynęła w określonym terminie tylko jedna ważna oferta. Natomiast w przypadku nieotrzymania żadnej oferty obowiązujące regulacje nie wymagają ponownego przeprowadzenia opisanej wyżej procedury i pozwalają na zawarcie umowy w zasadzie z dowolnym wykonawcą, co przybliża taki sposób wyboru kontrahenta do znanego w PZP trybu zamówienia z wolnej ręki. Jedyne ograniczenie w dowolności wyboru podmiotu realizującego usługę wprowadzono w sytuacji, gdy beneficjent zamierza zawrzeć umowę z podmiotem powiązaniem – wymagana jest wtedy zgoda podmiotu będącego stroną umowy o dofinansowanie wydana na podstawie złożonego przez beneficjenta wniosku uzasadniającego występowanie obiektywnych przesłanek, z których wynika, że na rynku nie ma innego potencjalnego wykonawcy danego zamówienia. Warto podkreślić, że problem powiązań między beneficjentem a wykonawcą był przedmiotem rozstrzygnięć sądów administracyjnych w odniesieniu do spraw wynikłych jeszcze przed włączeniem odpowiednich regulacji do Wytycznych POKL (tj. przed 1 stycznia 2012 r.). W analizowanych orzeczeniach sądy wyraziły pogląd, że beneficjent związany umową o dofinansowanie, czyli umową cywilnoprawną, powinien stosować oprócz Wytycznych POKL i zawartych w nich regul

<sup>34</sup> Więcej na ten temat w pkt 5.

postępowania także art. 65 kodeksu cywilnego nakazujący odczytywać wolę stron w świetle zasad, zwyczaju, zamiaru i celu umowy. Sformułowany w umowie o dofinansowanie tytuł paragrafu wprowadzającego omawianą zasadę („Konkurencyjność”) świadczy o celu jej zawarcia – wydatkując środki publiczne w ramach projektów dofinansowanych z EFS, należy stosować procedury sprzyjające „wybraniu podwykonawcy w okolicznościach jednakowego i jak najszerszego dostępu do zamówienia, tj. udostępnienie tych samych warunków zamawiającego w tym samym czasie”. Dlatego też działanie beneficjenta polegające na wybrze kontrahenta powiązanego, mimo formalnego spełnienia obowiązku wysłania zapytania ofertowego do trzech podmiotów, jest naruszeniem zasady konkurencyjności, ponieważ nawet potencjalna możliwość pozyskania informacji w szerszym zakresie lub przed upublicznieniem zapytania ofertowego skutkuje zawsze złamaniem podstawowej zasady uczciwej konkurencji<sup>35</sup>. W innym orzeczeniu<sup>36</sup> sąd doszedł do podobnych wniosków, wskazując, że wysłanie zapytania ofertowego do podmiotu powiązanego z beneficjentem jest sprzeczne z celem zasady konkurencyjności określonym jako „obowiązek zapewnienia wszystkim potencjalnym wykonawcom możliwości złożenia oferty na takich samych warunkach, m.in. w oparciu o taką samą wiedzę, a możliwość uzyskania przez jeden podmiot biorący udział w przetargu (również w trybie zapytania ofertowego) wiedzy o warunkach zaproponowanych przez innych oferentów jest niewątpliwie złamaniem konkurencyjności”. W tym samym orzeczeniu sąd odniósł się do problemu literalnej interpretacji zobowiązania do wysłania zapytań ofertowych do trzech wykonawców. W przypadku gdy jeden z nich jest powiązany z beneficjentem, takiego wysłania zapytania nie można uznać za wysłane do potencjalnego wykonawcy, a co za tym idzie – należy przyjąć, że doszło do skutecznego zaproszenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia tylko dwóch uprawnionych podmiotów, co jest sprzeczne z umową o dofinansowanie projektu i z Wytycznymi POKL, nawet jeśli ostatecznie zostanie wybrany inny oferent.

Rozwiązania prawne odnoszące się do sytuacji, gdy wpłynęła tylko jedna oferta lub nie wpłynęła żadna, należy ocenić jednoznacznie negatywnie. Przede wszystkim wątpliwości może budzić sam fakt nieotrzymania więcej niż jednej oferty – beneficjent, wysyłając zapytania ofertowe, powinien kierować się nie tylko przedmiotem działalności potencjalnych kontrahentów zbieżnym z przedmiotem zamówienia, ale także ich pozycją rynkową, solidnością, rzetelnością oraz dotychczasową współpracą. Skoro projektodawca ma, pod pewnymi warunkami, pełną swobodę wyboru oferentów, to ciąży na nim obowiązek urzeczywistnienia

<sup>35</sup> Wyroki WSA w Warszawie z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt V SA/Wa 2122/12 i V SA/Wa 2038/12) opublikowane w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)).

<sup>36</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 marca 2012 r. (sygn. akt V SA/Wa 20/12) opublikowany w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)).



zasad uczciwej konkurencji i równości w traktowaniu uczestników postępowania przez zapraszanie do składania ofert tylko takie podmioty, które są w stanie złożyć ofertę spełniającą wymogi zamówienia. Skrajna sytuacja, gdy nie wpływa żadna oferta, świadczy o niedokonaniu rozeznania rynku, szczególnie że usługi kupowane w ramach projektów realizowanych w POKL są powszechnie dostępne, a na rynku jest wiele firm świadczących takie usługi (szkoleniowe, doradcze, hotelarskie, gastronomiczne). Nie chodzi tu o sytuację, gdy zebrane oferty nie mieszczą się w kwotach zabezpieczonych w budżecie projektu, choć jest to możliwe (mimo że na etapie przygotowywania projektu beneficjent powinien stosować stawki rynkowe, a źródłem wiedzy na ten temat jest monitoring rynku pod kątem cen) – Wytyczne POKL w ogóle nie wypowiadają się w tej kwestii (wpływają trzy ważne oferty, ale żadna nie spełnia kryterium ceny – czy jest to sytuacja tożsama z brakiem jakiegokolwiek oferty, czy należy powtórzyć procedurę wyboru?). Brak ofert może również oznaczać próbę ominięcia stosowania zasady konkurencyjności poprzez wysłanie zapytań do podmiotów, które w ogóle nie są zainteresowane udziałem w postępowaniu, co w konsekwencji może skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, który np. nie jest konkurencyjny cenowo lub nie spełnia wymogów zawartych w zapytaniu ofertowym (Wytyczne POKL nie nakazują stosowania tych samych kryteriów wobec wykonawcy wybranemu w tym szczególnym trybie), m.in. z powodu powiązań kapitałowych lub osobowych z zamawiającym (a taką możliwość daje niewpłynięcie żadnej oferty). Ponadto zaangażowanie do realizacji usług w ramach projektu podmiotu powiązanego jest co prawda uzależnione od zgody dawcy środków wydanej na odpowiednio umotywowany wniosek beneficjenta, ale ocena przedstawionych obiektywnych przesłanek, że na rynku nie ma innego potencjalnego wykonawcy, dokonywana przez stronę umowy o dofinansowanie cechuje się dużą uznaniowością. Przy rzeczywistym braku innych podmiotów mogących podjąć się realizacji zamówienia i spełniających kryteria zawarte w zapytaniu ofertowym, a jednocześnie w przypadku niewyrażenia zgody beneficjentowi nie przysługują środki odwoławcze, ponieważ Wytyczne POKL usytuowane poza systemem źródeł prawa powszechnie obowiązującego nie dopuszczają takiej możliwości. Analiza zapisów Wytycznych POKL w omawianym zakresie prowadzi do wniosku, że zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania odczytano literalnie, bez powiązania z efektywnością i oszczędnością w wydatkowaniu środków publicznych – ważniejszy jest brak powiązań kapitałowych i osobowych między zamawiającym a wykonawcą nawet w sytuacji, gdyby powiązany podmiot był obiektywnie najbardziej konkurencyjny cenowo na rynku. Należy jednak podkreślić, że omówiona sytuacja ma charakter teoretyczny ze względu na wspomnianą wcześniej dużą konkurencję na rynku typowych usług świadczonych w ramach projektów współfinansowanych z EFS, niemniej w przypadku specjalistycznych usług szkoleniowych i doradczych lub projektów realizowanych na niewielkich

obszarach (np. w jednej gminie, gdzie dostęp np. do infrastruktury dydaktycznej jest utrudniony), problem może mieć wymiar praktyczny.

Wymóg stosowania zasady konkurencyjności dotyczy nie tylko wyboru wykonawców podczas realizacji projektu przez beneficjenta, czyli podmiotu, który otrzymał już dofinansowanie i jest związany umową. Gdy na etapie przygotowania wniosku o dofinansowanie wnioskodawca zamierza wskazać imiennie wykonawcę zadania lub usługi, również ciąży na nim obowiązek przeprowadzenia procedury zgodnie z zasadami przyjętymi w Wytocznych POKL i musi się to odbyć przed złożeniem wniosku<sup>37</sup>.

Niewątpliwie zaletą zasady konkurencyjności w obecnym kształcie jest prostota przeprowadzanego postępowania i klarowny katalog obowiązków beneficjenta, mimo że w ciągu 6 lat wdrażania POKL zakres stosowania zasady i wynikających z niej obowiązków uległ znacznemu poszerzeniu. Jednak przyjęte rozwiązania prawne dotyczące sytuacji, gdy nie wpływa żadna oferta, mogą przyczynić się do postrzegania tej instytucji jako fasadowej i tylko pozornie, pod postacią znacznie sformalizowanej procedury, wpływającej na transparentne, efektywne i zgodne z zasadami uczciwej konkurencji dokonywanie wydatków współfinansowanych z EFS.

#### **4. Odpowiedzialność beneficjenta związana z nieprzestrzeganiem zasady konkurencyjności**

Przestrzeganie zasady konkurencyjności przez beneficjenta jest jednym z warunków uznania wydatku za kwalifikowalny, co jednoznacznie określają Wytoczne POKL w pkt 1e podrozdziału 3.1 dotyczącego podstawowych zasad kwalifikowania wydatków. Niestosowanie zasady, jeśli zachodzi taki obowiązek, lub uchybienia w procedurze dokonywania wyboru wykonawcy mieści się w pojęciu „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r.<sup>38</sup>, ponieważ jednocześnie:

– dotyczy naruszenia prawa (decydujące znaczenie dla zaistnienia niniejszej przesłanki ma ustalenie zakresu przedmiotowego pojęcia „prawo”). Definicja nieprawidłowości odwołuje się co prawda tylko do naruszenia prawa

<sup>37</sup> W tej sprawie wypowiedział się WSA w Warszawie w uzasadnieniu do przywołanego wcześniej wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r. (sygn. akt V SA/Wa 2122/12).

<sup>38</sup> Rozszerzone pojęcie „nieprawidłowości” zawarto w dokumencie Zasady raportowania o nieprawidłowościach finansowych w ramach Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013 (wersja obowiązująca od 1 stycznia 2011 r.), które stanowią, że w ramach POKL nieprawidłowością jest wszelkie naruszenie przepisów prawa wspólnotowego lub krajowego wynikające z działania lub zaniechania beneficjenta, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w ogólnym budżecie UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Co do zasady nieprawidłowości odnoszą się tylko do wydatków ujętych w zatwierdzonych wnioskach o płatność.

wspólnotowego, ale zasadnym wydaje się przyjęcie szerszego rozumienia tego sformułowania i objęcie nim wszystkich norm wiążących beneficjenta przy wydatkowaniu środków pochodzących z budżetu UE<sup>39</sup>. Do takiego wniosku może prowadzić pogląd, że prawo krajowe w przypadku państwa członkowskiego uzupełnia i uszczegóławia regulacje wspólnotowe<sup>40</sup>, o czym świadczą np. odwołania w aktach wspólnotowych dotyczących wydatkowania środków z funduszy strukturalnych do odpowiednich przepisów prawa krajowego, m.in. w zakresie ustalania kryteriów kwalifikowalności wydatków w ramach programów operacyjnych. Zastosowanie będzie tu zatem miała wykładania celowościowa (*ratio legis* instytucji nieprawidłowości odnosi się do zapewnienia właściwego wydatkowania środków współfinansujących projekty, co odbywa się tylko dzięki przestrzeganiu wszystkich norm prawnych bez względu na ich usytuowanie) – nieprawidłowość nie wystąpi, jeżeli beneficjent będzie stosował się do całokształtu wiążących go regulacji<sup>41</sup>. Konsekwencją takiego rozumowania, będzie przyznanie charakteru wiążącego także innym źródłom nieznajdującym się w systemie prawa powszechnie obowiązującego, które kreują prawa i obowiązki podmiotów realizujących projekty dofinansowane ze środków unijnych: umowie o dofinansowanie (beneficjent zawiera ją i dobrowolnie przyjmuje na siebie określone w niej zobowiązania, np. obowiązek stosowania zasady konkurencyjności) i wytycznym wydawanym na podstawie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju przez instytucję zarządzającą POKL (do przestrzegania których zobowiązuje umowa o dofinansowanie, także w zakresie czynności składających się na realizację zasady konkurencyjności) oraz

– wynika z działania (nieprawidłowego w zakresie stosowania zasady konkurencyjności) lub zaniechania (niestosowanie zasady, jeżeli wystąpiły przesłanki jej wykorzystania przy udzielaniu zamówień) beneficjenta oraz

– powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE (w odniesieniu do tej przesłanki również należy zastosować wykładnię teleologiczną, co jest związane z instytucją współfinansowania projektów realizowanych w ramach POKL zarówno ze środków pochodzących z budżetu UE, konkretnie z Europejskiego Funduszu Społecznego, jak i z krajowych środków publicznych. Skoro pojęcie „prawa” w kontekście jego naruszenia skutkującego stwierdzeniem nieprawidłowości powinno się rozumieć szerzej, niż wynika to z art. 2 pkt 7 omawianego rozporządzenia ze względu na cel regulacji, to również należy rozszerzyć zakres przedmiotu ochrony o środki z budżetu państwa wykorzystane w montażu finansowym, ponieważ krajowe regulacje odnoszą się

<sup>39</sup> J. Odachowski, *Pojęcie nieprawidłowości wykorzystania przyznanych środków w prawie UE*, w: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce – aspekty prawnofinansowe*, red. W. Miemiec, Unimex, Wrocław 2012, s. 223.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 224.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 227.

i chronią oba publiczne źródła finansujące programy operacyjne. Tym samym zasada konkurencyjności ma zapewniać przejrzystość i uczciwą konkurencję w wydatkowaniu środków unijnych i krajowych, a jej nieprzestrzeganie powoduje szkodę w budżecie UE i budżecie państwa. Trzecim źródłem finansowania wydatków kwalifikowalnych w projekcie może być wkład własny beneficjenta, którego wysokość zależy od stopnia dofinansowania przyjętego dla danego programu operacyjnego<sup>42</sup>. Zgodnie z zasadami dotyczącymi sporządzania raportów o nieprawidłowościach i kwartalnych zestawień nieprawidłowości niepodlegających raportowaniu do Komisji Europejskiej na wartość nieprawidłowości składa się nie tylko kwota pochodząca z budżetu UE i budżetu państwa, ale także wartość wkładu własnego. Oznacza to, że wartość stwierdzonej nieprawidłowości jest tożsama z kwotą wydatku uznanego za niekwalifikowalny<sup>43</sup>. Szkoda w przypadku niezastosowania zasady konkurencyjności będzie miała charakter faktyczny, a nie potencjalny, ponieważ jej stwierdzenie może nastąpić dopiero po sfinansowaniu wydatku poniesionego niezgodnie z obowiązującymi procedurami i na podstawie zatwierdzonego wniosku o płatność. Organ administracji publicznej wydający decyzję w sprawie zwrotu środków w trybie przewidzianym w art. 207 ustawy o finansach publicznych nie musi określać wartości szkody w budżecie UE<sup>44</sup>, ponieważ – jak wskazano wyżej – jest ona równa kwocie wydatku niekwalifikowanego i wystarczający jest fakt nieprawidłowego dokonania wydatku, bo sama ta czynność prowadzi do powstania szkody).

Narzędziem weryfikującym prawidłowość stosowania omawianej zasady jest „kontrola na miejscu projektu” dokonana m.in. w siedzibie beneficjenta<sup>45</sup>. Co do zasady kontrole na miejscu powinny być przeprowadzane na próbie przynajmniej 30% projektów najbardziej ryzykownych realizowanych w danym roku w ramach

<sup>42</sup> W projektach realizowanych w ramach POKL, w których udzielana jest pomoc publiczna, zdywersyfikowano poziom dofinansowania ze względu na wielkość przedsiębiorstwa, które otrzymuje wsparcie: mikro i małe firmy otrzymują do 80%, średnie do 70%, a duże do 60% dofinansowania do wydatków kwalifikowalnych. W niektórych typach projektów, np. związanych z rozwojem edukacji w regionach (priorytet IX) wymagany jest wkład własny w wysokości 15%.

<sup>43</sup> We wnioskach o płatność przyporządkowuje się co prawda źródło finansowania do każdego wydatku, ale nie zwalnia to beneficjenta ze stosowania zasady konkurencyjności, nawet jeżeli dany koszt będzie pokryty z wkładu własnego (nie można jedynie orzec zwrotu środków w trybie art. 207 ustawy o finansach publicznych), ponieważ kryteria kwalifikowalności wydatków zawarte w Wytocznych POKL nie różnicują zakresu ochrony w zależności od źródła finansowania danego wydatku.

<sup>44</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 października 2012 r. (sygn. akt V SA/Wa 1145/12) opublikowany w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)).

<sup>45</sup> Zasady kontroli w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013 (wersja obowiązująca od 1 stycznia 2013 r.), stanowiące część Systemu realizacji POKL, pkt 5.2.1. Podstawą prawną przeprowadzania kontroli projektów w ramach POKL jest art. 35e ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju i umowa o dofinansowanie projektu.

Działania<sup>46</sup>. Tryb kontroli na miejscu<sup>47</sup> obejmuje szereg czynności mających na celu ustalenie stanu faktycznego, analizę zgodności z prawem realizowanych w ramach projektu działań, formułowanie wniosków i rekomendacji oraz system sankcji uruchamianych w przypadku stwierdzenia uchybień lub nieprawidłowości. Kontrole są przeprowadzane na podstawie zawiadomienia o kontroli zawierającego m.in. zakres czynności kontrolnych. Jednym z kontrolowanych obszarów jest poprawność stosowania zasady konkurencyjności w zakresie zgodności prowadzonych postępowań z zapisami Wytycznych POKL. Upoważniony przez stronę umowy o dofinansowanie zespół kontrolujący ma prawo do podejmowania różnorodnych działań zmierzających do ustalenia, czy weryfikowany projekt jest realizowany zgodnie z obowiązującymi przepisami (m.in. wgląd do pełnej dokumentacji projektowej, żądanie sporządzenia kserokopii dokumentów, żądanie składania ustnych i pisemnych wyjaśnień oraz oświadczeń). W odniesieniu do omawianej zasady analizie są poddawane: budżet projektu (pod kątem pozycji kosztowych, które przekraczają równowartość 14 tys. euro netto), wartość zamówień (przy zastosowaniu kryteriów tożsamości podmiotowej, przedmiotowej i czasowej) oraz treść protokołów z przeprowadzanych postępowań.

Ustalenia kontroli oraz – w przypadku ich stwierdzenia – uchybienia lub nieprawidłowości w zakresie stosowania zasady konkurencyjności przedstawiane są w informacji pokontrolnej. Należy przyjąć, że niestosowanie omawianej zasady lub stosowanie jej niezgodnie z regułami przyjętymi w Wytycznych POKL jest nieprawidłowością w rozumieniu prawa wspólnotowego i systemu realizacji POKL, a tym samym stanowi przesłankę do uznania wydatków, co do których na beneficjencie ciążył obowiązek przeprowadzenia postępowania, za niekwalifikowalne. Gdy możliwe jest ostateczne określenie kwoty wydatków niekwalifikowalnych na etapie sporządzenia informacji pokontrolnej, zespół kontrolujący powinien podać wysokość tych wydatków i sposób ich wyliczenia. W omawianym zakresie zastosowanie mają Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych za naruszenie zasady konkurencyjności dla wydatków współfinansowanych z EFS<sup>48</sup>.

„Celem przywołanego dokumentu (dalej: Taryfikator) jest ustalenie precyzyjnych zasad wymierzania korekt, które stanowią podstawę do dokonania przez beneficjenta zwrotu środków wydatkowanych z naruszeniem zasady konkuren-

<sup>46</sup> Ibidem, pkt 10.1.

<sup>47</sup> Ibidem, pkt 11.

<sup>48</sup> Wymieniony dokument stanowił początkowo załącznik do umowy o dofinansowanie (9b), od 1 stycznia 2012 r. umowa o dofinansowanie odsyła do aktualnej wersji Taryfikatora zamieszczonej na stronie internetowej odpowiedniej instytucji wdrażającej, mimo że jest jednocześnie załącznikiem do Zasad finansowania POKL, a Wytyczne POKL upoważniają podmiot będący stroną umowy lub inny uprawniony organ kontrolny do zastosowania Taryfikatora korekt, odsyłając do umowy o dofinansowanie projektu, takie rozwiązanie powoduje, że źródło sankcji finansowych za nieprzebrzeżenie zasady konkurencyjności znalazło się nie tylko poza systemem prawa powszechnie obowiązującego, ale także poza systemem realizacji POKL.

cyjności. Taryfikator posługuje się niezbyt trafnym stwierdzeniem, że „podmiot będący stroną umowy [...] może podjąć decyzję o uznaniu za niekwalifikowalne całości lub części wydatków w ramach projektu w przypadku naruszenia przez beneficjenta zasady konkurencyjności”, ponieważ w takiej sytuacji, na podstawie art. 207 ust. 8 ustawy o finansach publicznych, strona umowy wzywa do zwrotu środków lub wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, a nie wydaje decyzję stwierdzającą niekwalifikowalność części wydatków i określającą wysokość podlegającej zwrotowi kwoty. Dopiero niezastosowanie się do wezwania lub brak zgody na pomniejszenie kolejnych płatności skutkuje wydaniem decyzji określającej kwotę przypadającą do zwrotu.

Taryfikator (czyli dokument znajdujący się poza systemem realizacji POKL i niebędący źródłem prawa powszechnie obowiązującego) ustala cel zasady konkurencyjności, który w pewien sposób uzasadnia wymierzanie korekt. Celem tym jest „zapewnienie przejrzystości w zakresie ponoszenia wydatków współfinansowanych ze środków EFS oraz publicznego dostępu do ofert, jak również wybór oferty najkorzystniejszej, zwłaszcza cenowo”. Wypowiada się więc w kwestiach, o których nie wspominają Wytyczne POKL – publicznego (powszechnego) dostępu do udziału w postępowaniu (jak wspomniano wyżej, w obecnym kształcie zasada konkurencyjności przypomina przetarg nieograniczony, co jest sprzeczne z *ratio legis* wprowadzenia uproszczonego trybu wyboru wykonawców przez podmioty spoza sektora finansów publicznych) oraz ceny jako podstawowego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Mając na uwadze to, że cała treść Taryfikatora stanowi podstawę działań instytucji publicznych o negatywnych dla beneficjenta skutkach prawnych, niedopuszczalne jest takie rozszerzenie celu regulacji (Wytyczne POKL jako cel stosowania zasady wprowadzają przejrzystość i konkurencyjność w dokonywaniu wydatków, co nie jest równoznaczne z dostępem do postępowania nieograniczonej liczby potencjalnych wykonawców lub wskazywaniem ceny jako podstawowego wyznacznika konkurencyjnego dokonywania wydatków). Co do charakteru prawnego Taryfikatora wypowiedział się WSA w Warszawie w wyroku z dnia 10 października 2012 r.<sup>49</sup>, jednoznacznie stwierdzając, że nie mieści się on w systemie źródeł prawa powszechnie obowiązującego, mimo że ma wpływ na wyliczenie kwoty przypadającej do zwrotu i stanowi część decyzji o zwrocie środków wydanej na podstawie art. 207 ustawy o finansach publicznych.

Konstrukcję Taryfikatora charakteryzuje przejrzystość i prostota w ustalaniu korekty finansowej, której wartość oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia. Wskaźniki procentowe są ustalone dla różnych rodzajów nieprawidłowości (kategorii naruszeń) i uwzględniają istotność naruszenia

<sup>49</sup> Przywołany w przyp. 45 wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 października 2012 r.



i wartość udzielonego zamówienia. Zwrot całkowitej wysokości wydatków kwalifikowanych dotyczy naruszeń zasady odnoszących się do zamówień o wartości lub powyżej progu określonego w art. 7 lit. a przywołanej wcześniej dyrektywy 2004/18/WE (tj. 133 tys. euro) i polegających na:

- niedopełnieniu obowiązku wysłania zapytania ofertowego do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców lub braku uzasadnienia, że na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców przy jednoczesnym niezamieszczeniu zapytania ofertowego na stronie internetowej,
- wyborze oferty złożonej przez wykonawcę powiązanego kapitałowo lub osobowo z beneficjentem,
- wyborze oferty niezgodnie z kryteriami oceny ofert, skutkującym wyborem innego wykonawcy,
- niezachowaniu formy pisemnej postępowania (brak dokumentów/dowodów świadczących o zachowaniu zasady konkurencyjności).

Inne naruszenia skutkują zwrotem od 5% do 50% faktycznej wysokości wydatku (najwyższa stawka procentowa odnosi się do udzielenia zamówienia o wartości poniżej 133 tys. euro udzielonego podmiotowi powiązanemu z beneficjentem). W przypadku zbiegu uchybień dotyczących stosowania zasady konkurencyjności w odniesieniu do jednego zamówienia w ustaleniu korekty finansowej wykorzystuje się najwyższą stawkę procentową. Katalog naruszeń wydaje się być kompletny, choć wątpliwości budził do lipca 2013 r., kiedy to w życie weszły kolejne zmiany w Wytycznych POKL, problem wymierzania korekt finansowych w przypadku, gdy zamawiający nie upublicznił zapytania ofertowego na stronie internetowej, ponieważ takiej nie posiada, a tylko taki fakultatywny (co wynikało z zapisów Wytycznych POKL) sposób upublicznienia informacji o postępowaniu przewidywały obowiązujące do najnowszej nowelizacji przepisy. Mogło to prowadzić do wniosku, że podstawowy element gwarantujący przejrzystość i konkurencyjność w udzielaniu zamówień ze środków publicznych – możliwość zapoznania się z zapytaniem ofertowym przez wszystkich zainteresowanych poprzez jego upublicznienie (o czym wypowiada się także Taryfikator) – nie był istotny z punktu widzenia instytucji regulujących proces wydatkowania środków z EFS, które zakładały, że posiadanie strony internetowej jako źródła pozyskiwania informacji o prowadzonych postępowaniach jest powszechne. Ostatnia aktualizacja Wytycznych POKL wprowadziła zmiany, które będą sprzyjać zapoznaniu się z aktualnymi postępowaniami prowadzonymi zgodnie z zasadą konkurencyjności poprzez obowiązkową rejestrację na portalu internetowym poświęconym zamówieniom dokonywanym w ramach POKL. Od momentu powstania portalu, beneficjenci będą zobowiązani do upublicznienia co najmniej na nim (Wytyczne POKL nie wykluczają innych, dodatkowych form upublicznienia) zapytania ofertowego i informacji o rozstrzygnięciu postępowania. Jednocześnie zniesiono obowiązek zawarcia w protokole z wyboru najkorzystniejszej oferty informa-

cji o sposobie upublicznienia oferty. Nowe regulacje rozwiązują problem braku własnej strony internetowej beneficjenta realizującego projekt i urzeczywistniają, zgodnie z zauważalną tendencją, zasadę dostępu do informacji o prowadzonych przez beneficjentów postępowaniach dla nieograniczonej liczby potencjalnych wykonawców spełniających warunki zawarte w zapytaniach ofertowych.

Jak wspomniano wyżej, w informacji pokontrolnej, która jest sporządzana w terminie 30 dni od dnia zakończenia kontroli<sup>50</sup>, może znaleźć się informacja o kwocie ewentualnego zwrotu środków związanego z nieprawidłowym stosowaniem omawianej zasady, jeżeli jej wysokość i sposób wyliczenia nie budzi wątpliwości, w przeciwnym razie kwota korekty finansowej podawana jest w zaleceniach pokontrolnych wydawanych po zakończeniu trybu przyjęcia informacji pokontrolnej<sup>51</sup>.

Jeżeli podczas przeprowadzanej kontroli stwierdzono uchybienia lub nieprawidłowości, jednostka kontrolująca powinna wydać zalecenia pokontrolne, które zawierają uwagi i wnioski zmierzające do usunięcia stwierdzonych uchybień lub nieprawidłowości oraz rekomendacje służące ich zapobieganiu w przyszłości lub usprawniające realizację projektu. Zalecenia powinny być adekwatne do wykrytych uchybień i nieprawidłowości oraz ich istotności. Beneficjent jest zobowiązany w terminie wyznaczonym w zaleceniach do ich wdrożenia oraz do pisemnego poinformowania jednostki kontrolującej o sposobie wykorzystania uwag i wniosków oraz realizacji zaleceń pokontrolnych lub przyczynach niepodjęcia odpowiednich działań. W przypadku ustaleń, które mają skutki finansowe (np. wymagane jest zastosowanie Taryfikatora), beneficjent powinien zostać niezwłocznie wezwany do zwrotu wydatków niekwalifikowalnych. Wezwanie do zwrotu środków może być przekazane w treści zaleceń pokontrolnych lub odrębnym pismem<sup>52</sup>. W obu przypadkach treść wezwania musi zawierać elementy wskazane w Zasadach finansowania<sup>53</sup>:

<sup>50</sup> Wskazany termin może ulec wydłużeniu w przypadku potrzeby złożenia dodatkowych wyjaśnień.

<sup>51</sup> W przypadku braku uwag ze strony beneficjenta podpisaną informację odsyła się w terminie 14 dni od daty otrzymania niniejszego dokumentu. W przypadku uzasadnionych zastrzeżeń w tym samym terminie można złożyć odpowiednie pismo wraz z niepodpisanym jednym egzemplarzem informacji pokontrolnych. Instytucja kontrolująca ma 14 dni na przygotowanie nowej wersji informacji pokontrolnych, jeżeli uwzględni zgłoszone zastrzeżenia. W przeciwnym razie wysyła ponownie pierwotną wersję informacji pokontrolnych z uzasadnieniem nieuwzględnienia zastrzeżeń. W obu przypadkach (uwzględnienie lub nie zastrzeżeń) informacja pokontrolna ma charakter ostateczny. Jednostka kontrolowana ma 7 dni na podpisanie i przekazanie dokumentu będącego wynikiem procedury kontradiktoryjnej lub na pisemną odmowę jego podpisania. Odmowa podpisania informacji pokontrolnej przez kierownika jednostki kontrolowanej nie wstrzymuje sporządzenia zaleceń pokontrolnych.

<sup>52</sup> Pkt 11.5 Zasad kontroli w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013.

<sup>53</sup> Pkt 3.1.7.3 powołanego dokumentu.

- kwotę podlegającą zwrotowi,
- termin, od którego nalicza się odsetki,
- numer rachunku bankowego, na który beneficjent ma dokonać zwrotu,
- informację o 14-dniowym terminie na dokonanie zwrotu.

W sytuacji stwierdzenia podczas kontroli poważnych uchybień lub nieprawidłowości (np. w przypadku rażącego nieprzestrzegania lub niestosowania w ogóle zasady konkurencyjności) strona umowy o dofinansowanie może ją rozwiązać i zażądać zwrotu całości wydatków.

Zalecenia pokontrolne powinny być przekazane kierownikowi jednostki kontrolowanej w formie pisemnej w ciągu 14 dni od dnia otrzymania od beneficjenta podpisanej Informacji pokontrolnej lub informacji o odmowie jej podpisania.

Skuteczne doręczenie beneficjentowi zaleceń pokontrolnych lub – w przypadku gdy nie zawierają one wezwania do zwrotu – osobnego pisma w tej sprawie zawierającego ww. elementy rozpoczyna procedurę zwrotu środków. Odbywa się to na podstawie art. 207 ustawy o finansach publicznych. Nieprawidłowa realizacja zasady konkurencyjności mieści się w dyspozycji normy zawartej w ust. 1 pkt 2 niniejszego artykułu, który zobowiązuje do zwrotu środków przeznaczonych na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich, w przypadku wykorzystania ich z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184 ustawy o finansach publicznych<sup>54</sup>. Podlegają one zwrotowi przez beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczącymi od dnia przekazania środków na rachunek beneficjenta (tj. od dnia obciążenia rachunku właściwej instytucji), do dnia przekazania środków na rachunek wskazany przez instytucję przekazującą (tj. do dnia obciążenia rachunku bankowego beneficjenta lub rachunku beneficjenta w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej na podstawie polecenia przelewu). Gdy beneficjent nie dokona zwrotu w terminie wskazanym przez instytucję w wezwaniu, odsetki (również jak dla zaległości podatkowych) naliczane są za każdy dzień zwłoki<sup>55</sup>.

Należy zaznaczyć, że na kwotę podlegającą zwrotowi składają się kwota wypłacona z budżetu środków europejskich oraz dotacja celowa stanowiąca krajowy wkład publiczny w ramach projektu w proporcji 85% (środki europejskie) do 15% (procentowy udział krajowych środków publicznych współfinansujących projekty realizowane w ramach POKL)<sup>56</sup>. Odsetki nalicza się od sumy obu kwot wypłaconych ze wskazanych źródeł.

<sup>54</sup> Zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 (m.in. środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej), są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

<sup>55</sup> Pkt 3.1.7.3 Zasad finansowania.

<sup>56</sup> Jeżeli przedmiotem zwrotu są środki przyznane w okresie obowiązywania ustawy o finansach publicznych z 2005 r., dotacja rozwojowa stanowi jedną kwotę.

Ponadto zwrotowi podlega część kosztów pośrednich<sup>57</sup>, proporcjonalnie do ich procentowego udziału w kosztach bezpośrednich projektu i w odniesieniu do kwoty wydatków, co do których stwierdzono niekwalifikowalność związaną z nieprzestrzeganiem zasady konkurencyjności.

W przypadku gdy beneficjent nie zwróci całości lub części kwoty niekwalifikowalnej w terminie wskazanym w wezwaniu do zwrotu, na podstawie art. 207 ust. 9 ustawy o finansach publicznych, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej lub instytucji pośredniczącej wydaje decyzję administracyjną, w rozumieniu ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego<sup>58</sup>, określając kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków (fizyczny zwrot środków lub potrącenie kwoty korekty w kolejnych transzach przekazywanego dofinansowania). Ustawa o finansach publicznych w art. 207 ust. 11 umożliwia delegowanie uprawnień do wydawania przedmiotowej decyzji w porozumieniu lub umowie<sup>59</sup> instytucjom wdrażającym (instytucjom pośredniczącym drugiego stopnia), ale tylko w przypadku, gdy posiadają one status jednostki sektora finansów publicznych. Zgodnie z art. 207 ust. 12 omawianej ustawy od decyzji w sprawie zwrotu środków wydanej przez instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą przysługuje odwołanie do właściwej instytucji zarządzającej, natomiast w przypadku wydania decyzji w pierwszej instancji przez instytucję zarządzającą beneficjent może zwrócić się do niej z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Decyzji o zwrocie nie wydaje się, mimo zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 207 ust. 9, w dwóch przypadkach: gdy dokonano zwrotu środków przed jej wydaniem oraz gdy beneficjentem jest państwowa jednostka budżetowa.

Naruszenie zasady konkurencyjności, które zakwalifikowano jako nieprawidłowość i spowodowało wymierzenie korekty finansowej, może nieść za sobą również inne, poza zwrotem środków, konsekwencje prawne. Zgodnie z art. 207 ust. 4 ustawy o finansach publicznych podmiot, wobec którego zastosowano sankcję w postaci zwrotu środków, może zostać wykluczony z możliwości otrzymania środków europejskich. W przypadku stwierdzenia nieprzestrzegania zasady konkurencyjności zakwalifikowanej jako nieprawidłowość instytucja wykluczenia będzie możliwa do zastosowania wobec beneficjenta w przypadku zaistnienia dwóch przesłanek<sup>60</sup>:

<sup>57</sup> Koszty pośrednie to kategoria kosztów, której nie można przypisać do konkretnego zadania merytorycznego ujętego w budżecie szczegółowym projektu (zob. podrozdział 4.4 Wytucznych POKL). Stanowią one (w przypadku ryczałtowej formy rozliczenia) określony we wniosku o dofinansowanie procent kosztów bezpośrednich i w takiej proporcji są rozliczane w kolejnych wnioskach o płatność.

<sup>58</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

<sup>59</sup> W rozumieniu art. 27 i art. 32 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju.

<sup>60</sup> Pominięto przesłanki z pkt 2 i 3 art. 207 ust. 4 dotyczących niezrealizowania pełnego zakresu rzeczowego lub celu projektu z przyczyn leżących po stronie beneficjenta oraz otrzymania

– okoliczności związane z powstaniem nieprawidłowości wystąpiły wskutek popełnienia przestępstwa przez podmiot biorący udział w wydatkowaniu środków w ramach projektu<sup>61</sup>, przy czym fakt jego popełnienia został potwierdzony prawomocnym wyrokiem sądowym (zastosowanie sankcji wykluczenia w tym przypadku jest uzależnione od łącznego zaistnienia dwóch elementów: faktu popełnienia przestępstwa bez względu na jego rodzaj i podstawę prawną odpowiedzialności<sup>62</sup> oraz skazania za ww. przestępstwo prawomocnym wyrokiem, co uniemożliwia wykluczenie na podstawie wykrycia sfałszowanego dokumentu, związanego z realizacją zasady konkurencyjności (np. ofert, protokołu z wyboru wykonawcy), w toku czynności kontrolnych przeprowadzonych przez uprawnione instytucje. Należy zwrócić uwagę, że zastosowanie omawianej sankcji wobec beneficjenta jest możliwe nie tylko w związku z jego samodzielnym działaniem);

– przekroczenie 14-dniowego terminu od dnia doręczenia decyzji na dokonanie zwrotu (wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że nie ma znaczenia kwestia winy beneficjenta w nieterminowym zwrocie środków, ustawodawca nie uzależniania zastosowania sankcji wykluczenia od motywów zaniechania dokonania tej czynności przez podmiot zobowiązany do zwrotu. Instytucję wykluczenia w omawianej sytuacji powinno stosować się wyjątkowo – tylko w przypadku wystąpienia okoliczności obciążających podmiot realizujący projekt dofinansowany ze środków europejskich<sup>63</sup>).

Zgodnie z ust. 5 i 6 omawianego artykułu okres wykluczenia rozpoczyna się od dnia, w którym decyzja o zwrocie środków stała się ostateczna, a kończy się po upływie trzech lat od dnia dokonania zwrotu, chyba że stwierdzenie wystąpienia przesłanki wykluczenia związanej z powstaniem nieprawidłowości w wyniku przestępstwa nastąpiło po dniu, w którym ww. decyzja stała się ostateczna – w takim przypadku okres wykluczenia rozpoczyna się od dnia stwierdzenia tej okoliczności. Jeżeli zwrot został dokonany na podstawie wezwania lub przed wydaniem decyzji o zwrocie okres wykluczenia rozpoczyna się od dnia stwierdzenia okoliczności uzasadniającej zastosowanie omawianej sankcji. Nie dotyczy to oczywiście przesłanki związanej z uchybieniem terminu zwrotu, ponieważ zastosowanie wykluczenia w tym przypadku jest uzależnione od wydania decyzji o zwrocie środków. Podobnie do wykluczenia nie dojdzie, jeśli organ orzekający

płatności na podstawie przedstawionych jako autentyczne dokumentów podrobionych lub dokumentów potwierdzających nieprawdę jako niezwiązane bezpośrednio z wadliwym stosowaniem zasady konkurencyjności.

<sup>61</sup> Tj. przez beneficjenta, partnera, podmiot upoważniony do dokonywania wydatków, natomiast w przypadku gdy podmioty te nie są osobami fizycznymi, osobę uprawnioną do wykonywania w ramach projektu czynności w imieniu beneficjenta.

<sup>62</sup> L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 946.

<sup>63</sup> J. Odachowski, *Wykluczenie beneficjenta*, w: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania...*, op. cit., s. 262

jako sposób zwrotu środków wskaże pomniejszenie kolejnej płatności na rzecz beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi (zgodnie z art. 207 ust. 2 ustawy o finansach publicznych). Art. 210 określa rejestr podmiotów wykluczonych z możliwości pozyskiwania środków europejskich prowadzony przez ministra finansów. Treść przepisu wyznacza i ogranicza krąg podmiotów, którym wymieniony organ może udzielać informacji ujętych w rejestrze, do instytucji zarządzających programami operacyjnymi, pośredniczącymi, wdrażającymi i certyfikującymi w rozumieniu ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju.

### **5. De lege ferenda – zasada konkurencyjności w perspektywie finansowej UE na lata 2014-2020**

Kluczową kwestią z punktu widzenia procedur wydatkowania środków unijnych w ramach programów operacyjnych jest ich umiejscowienie w systemie prawa. W odniesieniu do zasady konkurencyjności stosowanej w Programie Operacyjnym Kapitał Ludzki mamy do czynienia z rozproszeniem regulacji w aktach prawnych różnej rangi: PZP (jako podstawie do nakładania obowiązku na beneficjentów nienależących do sektora finansów publicznych), ustawie o finansach publicznych (w zakresie związanym ze zwrotem środków w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości), Wytycznych POKL, Zasadach kontroli w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013, Wytycznych dotyczących określania korekt finansowych za naruszenie zasady konkurencyjności dla wydatków współfinansowanych z EFS oraz umowie o dofinansowanie projektu, przy czym trzy ostatnie źródła kształtujące sytuację prawną beneficjenta zawarte są w Zasadach finansowania stanowiących część Systemu realizacji POKL<sup>64</sup>.

Charakter prawny systemów realizacji programów operacyjnych od początku obowiązywania ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju był przedmiotem zainteresowania doktryny i orzecznictwa sądów administracyjnych. W przywołanym wcześniej wyroku<sup>65</sup> Trybunał Konstytucyjny orzekł o niekonstytucyjności art. 5 pkt 11<sup>66</sup> ww. ustawy przez to, że dopuszczał uregulowanie

<sup>64</sup> Wzorzec umowy o dofinansowanie projektu w ramach POKL i Taryfikator są załącznikami do *Zasad finansowania*. Minimalny zakres umowy o dofinansowanie wyznacza art. 206 ust. 2 ustawy o finansach publicznych.

<sup>65</sup> Wyrok przywołany w przyp. 19.

<sup>66</sup> Utracił moc z dniem 28 czerwca 2013 r. na podstawie art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. nr 0, poz. 714). Należy zwrócić uwagę, że uchylony przepis wprowadzał dwie kategorie zasad realizacji: strategii rozwoju i programu operacyjnego, które miały obejmować zasady i procedury obowiązujące instytucje uczestniczące w realizacji strategii rozwoju oraz programów związane z zarządzaniem, monitorowaniem, ewaluacją, kontrolą i sprawozdawczością oraz sposobami koordynacji działań tych instytucji. Wskazane dwa rodzaje systemów realizacji utrzymała ww. nowelizacja.



praw i obowiązków wnioskodawców w trakcie naboru projektów finansowanych z programów operacyjnych poza systemem źródeł powszechnie obowiązującego prawa. Mimo że wyrok odnosił się tylko do procedury konkursowej, jego tezy można odnieść również do ogólnej problematyki kształtowania praw i obowiązków beneficjentów jako podmiotów stosunku dotacyjnego w zakresie stosowania procedur wydatkowania środków publicznych w ramach programów operacyjnych:

– główną tezę jest jednoznaczne wyłączenie możliwości uznania systemów realizacji programów operacyjnych za źródła prawa powszechnie obowiązującego<sup>67</sup>, ponieważ nie są „wydawane przez podmioty konstytucyjnie upoważnione do stanowienia aktów powszechnie obowiązujących [w przypadku programów regionalnych instytucją zarządzającą jest zarząd województwa, minister kierujący działem administracji rządowej oczywiście jest upoważniony do wydawania rozporządzeń] i nie mają formy wskazanej dla tych aktów w Konstytucji”. Ponadto „zawierają normy o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, których przestrzeganie jest warunkiem uzyskania dofinansowania w ramach programu operacyjnego – wyznaczają więc określonym podmiotom prawa i obowiązki, [a tym samym] nie są aktami stosowania prawa czy elementami specyficznych umów adhezyjnych lub regulaminami”;

– systemy realizacji nie są również aktami wewnętrznymi, co prawda „są one skierowane do organów państwa pełniących różne funkcje w programach operacyjnych, lecz na tym grupa ich adresatów się nie kończy” (ustawodawca posłużył się nieprecyzyjnym pojęciem „instytucji uczestniczącej” – Trybunał rozszerzył zakres pojęciowy także o podmioty aplikujące o środki, czyli tym bardziej instytucją uczestniczącą w realizacji programu operacyjnego jest beneficjent jako podmiot praw i obowiązków wynikających z otrzymania dofinansowania). Regulacje zawarte w systemach realizacji „wyznaczają [...] relacje między wnioskodawcami projektów i różnymi organami administracji publicznej” oraz normują sytuację prawną wnioskodawców i beneficjentów. Na gruncie Konstytucji nie można tych podmiotów „uznać za »jednostki organizacyjnie podległe« organowi, który wydał system realizacji” (np. ministrowi rozwoju regionalnego będącego instytucją zarządzającą POKL);

<sup>67</sup> W wyrokach Naczelnego Sądu Administracyjnego utrwaliła się linia orzecnicza, zgodnie z którą systemy realizacji zostały zaliczone do źródeł prawa np. wyrok NSA z dnia 20 października 2010 r., sygn. akt II GSK 1110/10 („regulacje zawarte w systemach realizacji programu operacyjnego mają umocowanie w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, są skierowane do nieokreślonego kręgu adresatów, określają ich prawa i obowiązki [...] i są dla nich wiążące. Spełniają zatem kryteria źródeł prawa w szerszym znaczeniu”) i wyrok NSA z dnia 4 sierpnia 2010 r., sygn. akt II GSK 797/10 („mimo nieprecyzyjnych regulacji w ustawie z 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju dotyczących charakteru systemu realizacji programu, należałoby mu nadać walor źródła prawa. Toteż, co do zasady, jako źródło prawa, aczkolwiek nie powszechnie obowiązującego, [...] wiąże podmiot, który na jego podstawie zgłosił wniosek o dofinansowanie projektu”).

– zakres przedmiotowy regulacji zawartych w systemach realizacji ma „bezpośredni wpływ na realizację praw i wolności obywateli i z tego powodu [systemy realizacji programów operacyjnych] stanowią materię zarezerwowaną dla aktów prawa powszechnie obowiązującego”.

Zgodnie z art. 17 ust. 1a ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju system realizacji programu to dokument lub zbiór dokumentów zawierających warunki i procedury obowiązujące instytucje uczestniczące w realizacji programu, obejmujące zarządzanie, monitoring, ewaluację, kontrolę i sprawozdawczość oraz sposób koordynacji działań tych instytucji. O ile regulacje odnoszące się do wzajemnych relacji między organami administracji i jednostkami im podległymi w procesie wdrażania programów operacyjnych pozwalają na usytuowanie ich w systemie prawa wewnętrznego (systemy realizacji spełniają kryteria aktu prawa wewnętrznego, ponieważ są wydawane na podstawie ustawy przez organy administracji publicznej), o tyle normy adresowane do podmiotów organizacyjnie niepodlegających instytucji wydającej dany system realizacji nie mogą stanowić podstawy decyzji kształtującej ich sytuację prawną (a taki charakter ma np. Taryfikator, który jest swoistym kodeksem uchybień w stosowaniu zasady konkurencyjności, określającym dla danego uchybienia sankcję finansową). Jak słusznie stwierdza Trybunał, ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju „nie przesądza jednoznacznie, jakiego typu dokumenty [i gdzie usytuowane w systemie źródeł prawa] mają składać się na system realizacji”. Podstawowe założenia systemu realizacji, zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 6 omawianej ustawy, stanowią część programu operacyjnego<sup>68</sup>, którego projekt opracowuje i uzgadnia, w odniesieniu do krajowych programów operacyjnych, minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego we współpracy z właściwymi ministrami (art. 18 pkt 1). Projekt krajowego programu po przyjęciu w drodze uchwały przez Radę Ministrów kierowany jest do Komisji Europejskiej, która podejmuje decyzję o jego zatwierdzeniu (art. 19 ust. 4). W związku z tym zawarte w programach operacyjnych założenia systemu realizacji „nie mogą zawierać wytycznych dla aktów prawa powszechnie obowiązującego” oraz stanowić swoistej delegacji do kształtowania praw i obowiązków beneficjentów w dokumentach składających się na system realizacji. Skoro systemy realizacji poszczególnych regionalnych programów operacyjnych są włączane do porządku prawnego w drodze stosownej uchwały zarządu województwa będącego jednocześnie instytucją zarządzającą (podobnie jak projekty programów regionalnych przed zatwierdzeniem przez Komisję Europejską), to – *per analogiam* – w przypadku krajowych programów „systemy realizacji po-

<sup>68</sup> Należy zwrócić uwagę, że program operacyjny jest zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju dokumentem operacyjno-wdrożeniowym, a nie aktem prawnym, co tym bardziej podaje pod wątpliwość zawieranie w nim założeń systemu realizacji, w szczególności w zakresie kształtowania sytuacji prawnej beneficjenta.

winy przyjąć formę prawną typową dla działania instytucji zarządzającej<sup>69</sup>, którą w tym przypadku jest minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego. Typową formą działania ministra kierującego określonym działem administracji rządowej jest wydawanie rozporządzeń lub zarządzeń (art. 149 Konstytucji), przy czym właściwe dla regulowania praw i obowiązków beneficjentów byłoby przyjęcie formy rozporządzenia dla systemu realizacji krajowego programu operacyjnego. Rozwiązanie takie byłoby spójne z inną tezą zawartą w omawianym wyroku Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którą „prawo Unii Europejskiej nie przesądza, w jakiego typu aktach prawnych mają być unormowane prawa i obowiązki podmiotów ubiegających się o środki z regionalnych programów operacyjnych” (dotyczy to również regulowania sytuacji prawnej beneficjentów krajowych i regionalnych programów operacyjnych). Kluczowe dla wdrażania środków w perspektywie finansowej 2007-2013 rozporządzenie nr 1083/2006 w art. 58 zawiera tylko i wyłącznie ogólny zakres „systemów zarządzania i kontroli”, które mają zapewnić m.in. określenie funkcji podmiotów związanych z zarządzaniem i kontrolą oraz przydziału funkcji w obrębie każdego podmiotu, a także procedury zapewnienia zasadności i prawidłowości wydatków zadeklarowanych w ramach programu operacyjnego. Ustawodawca wspólnotowy nie odnosi się w ogóle do formy prawnej, co prowadzi do wniosku, że „wybór odpowiednich instrumentów realizacji tych celów został pozostawiony państwom członkowskim”. Identyczne w brzmieniu regulacje dotyczące systemów zarządzania i kontroli zostały zawarte w projekcie rozporządzenia, który będzie obowiązywać w perspektywie finansowej 2014-2020<sup>70</sup>.

Powyższe rozważania wskazują na niedopuszczalność regulowania trybu kontroli beneficjenta oraz negatywnych konsekwencji nieprzestrzegania zasady konkurencyjności w aktach normatywnych niemieszczących się w konstytucyjnym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego.

Podobne wątpliwości co do charakteru prawnego powstają w odniesieniu do Wytucznych POKL, które całościowo i wyczerpująco regulują obowiązki beneficjenta w zakresie stosowania zasady konkurencyjności. Warto zwrócić uwagę

<sup>69</sup> Wyrok NSA z dnia 27 października 2010 r. (sygn. akt II GSK 1097/10) opublikowany w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)). Zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 8 do zadań instytucji zarządzającej należy określenie systemu realizacji programu operacyjnego.

<sup>70</sup> Art. 62 (Ogólne zasady działania systemów zarządzania i kontroli) – Wniosek. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego objętych zakresem wspólnych ram strategicznych oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1083/2006, KOM (2011) 615 (wersja ostateczna).

na niejednolity charakter prawny dokumentów określanych jako „wytyczne”. Ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju stosuje określenie „wytyczne” wyłącznie w odniesieniu do aktów wydanych na podstawie art. 35 ust. 3 przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w celu zapewnienia zgodności sposobu wdrażania programów operacyjnych z prawem Unii Europejskiej oraz spełniania wymagań określanych przez Komisję Europejską, a także w celu zapewnienia jednolitości zasad wdrażania programów operacyjnych (są to wytyczne horyzontalne<sup>71</sup>, które mogą dotyczyć m.in. warunków kwalifikowania wydatków w ramach programów operacyjnych<sup>72</sup>). Wytyczne POKL są natomiast wydawane na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 6 omawianej ustawy, stanowiącego, że do zadań instytucji zarządzającej, którą w przypadku POKL jest również minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, należy m.in. określenie kryteriów kwalifikowalności wydatków objętych dofinansowaniem w ramach danego programu operacyjnego (są to wytyczne szczegółowe). W ten sposób minister rozwoju regionalnego występuje w podwójnej roli – naczelnego organu administracji rządowej kierującego określonym działem administracji rządowej i instytucji zarządzającej. Natomiast Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych za naruszenie zasady konkurencyjności dla wydatków współfinansowanych z EFS stanowią część omawianego wcześniej systemu realizacji.

Jeśli chodzi o wytyczne wydawane na podstawie art. 35 ust. 3, należy uznać, że spełniają kryteria źródeł prawa o charakterze wewnętrznym. Omawiany przepis jest swoistą delegacją ustawową do tworzenia tego typu dokumentów, ponieważ określa podmiot wyłącznie upoważniony do ich wydawania (minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego) i szczegółowy zakres przedmiotowy regulacji oraz – mając na uwadze wspomniany zakres przedmiotowy – są skierowane do instytucji funkcjonalnie podporządkowanych ministrowi w zakresie wdrażania i zarządzania programami operacyjnymi (tj. do instytucji pośredniczących i wdrażających). Ponadto ustawodawca wskazał wyraźnie sposób publikacji (art. 35 ust. 7<sup>73</sup>). Natomiast wątpliwości może budzić charakter prawny dwóch pozostałych kategorii wytycznych. Art. 26 ustawy o zasadach prowadzenia po-

<sup>71</sup> W przywołanym wcześniej wyroku z dnia 27 października 2010 r. NSA stwierdził, że „wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego [...] mają umocowanie w ustawie o zasadach prowadzenia polityki rozwoju i spełniają kryteria źródeł prawa w szerszym znaczeniu oraz łącznie z przepisami powszechnie obowiązującymi stanowią podstawę sądowej kontroli przewidzianej w omawianej ustawie”.

<sup>72</sup> Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013.

<sup>73</sup> Minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego podaje do publicznej wiadomości, w szczególności na swojej stronie internetowej oraz w Biuletynie Informacji Publicznej, treść wytycznych i ich zmiany oraz ogłasza w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” komunikat o miejscu publikacji wytycznych oraz ich zmian, a także o terminie, od którego wytyczne lub ich zmiany będą stosowane.

lityki rozwoju wprowadza otwarty katalog zadań instytucji zarządzającej, który obejmuje m.in. określenie kryteriów kwalifikowalności wydatków objętych dofinansowaniem w ramach programu operacyjnego oraz określenie systemu realizacji programu operacyjnego. Ustawodawca nie wskazuje jednak formy prawnej odpowiedniej dla ww. czynności, a tym samym, podobnie jak w przypadku systemów realizacji, problematyczna wydaje się być kwestia regulowania praw i obowiązków beneficjentów dotyczących zapewnienia kwalifikowalności wydatków w aktach normatywnych niemieszczących się w konstytucyjnym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Do takiego wniosku prowadzi fakt usytuowania podstawy prawnej dla Wytycznych POKL w tym samym miejscu co dla systemów realizacji, a to oznacza, że charakter prawny obu dokumentów jest taki sam. Dlatego też nie można postawić znaku równości między wytycznymi horyzontalnymi wydawanymi na podstawie art. 35 ust. 3 (które odnoszą się do instytucji pośredniczących i wdrażających oraz spełniają kryteria aktów prawa wewnętrznego) a wytycznymi szczegółowymi ustalonymi przez instytucje zarządzające dla danego programu operacyjnego na podstawie art. 26 (które zawierają normy określające sytuację prawną beneficjenta, a tym samym wątpliwości może budzić możliwość takiej regulacji w drodze wytycznych niemających wymiaru powszechnie obowiązującego prawa<sup>74</sup>). Nie sposób zgodzić się z tezą<sup>75</sup>, że ogólną normę kompetencyjną do wydawania każdego rodzaju wytycznych dla ministra rozwoju regionalnego stanowi art. 35 ust. 3 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, ponieważ przepis ten odnosi się tylko do wskazanego w nim zakresu przedmiotowego dotyczącego wszystkich programów operacyjnych, z zastrzeżeniem, że regulacje muszą uwzględniać art. 26, co jednoznacznie wskazuje na rozgraniczenie treści wytycznych horyzontalnych i wytycznych szczegółowych, których stanowienie leży w gestii instytucji zarządzającej (mimo że w przypadku POKL, jako krajowego programu operacyjnego, jest to ten sam podmiot).

Mając to na uwadze, należy postulować włączenie aktów prawnych określających prawa i obowiązki podmiotów realizujących projekty w ramach programów operacyjnych do systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Jak słusznie wskazał Trybunał Konstytucyjny w przywołanym wyroku (odnosząc się wprawdzie tylko do uregulowania procedury odwoławczej w konkursowym trybie przyznawania dotacji w ustawie), takie rozwiązanie będzie sprzyjało wzmoc-

<sup>74</sup> E. Kornberger-Sokołowska, *Środki europejskie w systemie środków publicznych w Polsce*, w: *System finansów publicznych. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, red. A. Dobaczewska, E. Juchniewicz, T. Sowiński, CeDeWu, Warszawa 2010, s. 113.

<sup>75</sup> J. Odachowski, *Podstawowe dokumenty i instytucje realizujące politykę regionalną*, w: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania...*, op. cit., s. 262. Wytyczne POKL jako podstawę prawną wskazują zarówno art. 26 jak i 35 ust. 3 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju oraz rozdział 2 pkt 3 Krajowych wytycznych dotyczących kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013.



nieniu unijnej zasady skuteczności i nie wpłynie negatywnie na sprawność wydatkowania przyznanych Polsce środków w ramach danej perspektywy finansowej. Dlatego też w perspektywie 2014-2020, co również zauważył Trybunał w odniesieniu do różnych sposobów przeprowadzania konkursów na dofinansowanie projektów w ramach regionalnych programów operacyjnych, potrzebna jest unifikacja procedur, w tym dotyczących dokonywania wydatków i wyboru wykonawców przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych. W obecnym stanie prawnym beneficjent, realizując projekty w ramach różnych programów (a w przypadku Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka<sup>76</sup> nawet w ramach różnych osi priorytetowych), musi stosować odmienne procedury dokonywania zamówień.

Dobrym rozwiązaniem jest wprowadzenie do umów o dofinansowanie projektu w ramach POKL obowiązku stosowania zasady konkurencyjności zgodnie z obowiązującą w dniu rozpoczęcia postępowania wersją Wytucznych POKL. Taka konstrukcja, pomijając charakter prawny tego dokumentu, umożliwia doprecyzowanie lub zmianę zapisów odnoszących się do sposobu wyboru wykonawców bez konieczności każdorazowego aneksowania umów z beneficjentami. Pozytywnie należy też ocenić systematyczną likwidację fasadowości omawianej zasady dzięki wprowadzeniu instytucji wykluczenia z udziału w postępowaniu podmiotów powiązanych z beneficjentem oraz możliwość udziału w nim oferentów, do których nie wysłano imiennego zapytania ofertowego (w tym drugim przypadku zamiar instytucji zarządzającej dotyczący jak najszerszego dostępu do informacji o prowadzonych postępowaniach, a do takiego wniosku prowadzi obowiązek upublicznienia zapytania ofertowego, co w konsekwencji, bez wyraźnego zakazu zawartego w Wytucznych POKL, umożliwia złożenie oferty przez wykonawcę niezaprośzonego do udziału, został zrealizowany przez wprowadzenie obligatoryjnej publikacji zapytania ofertowego na specjalnym portalu internetowym<sup>77</sup>). Zwiększa to bez wątpienia transparentność i konkurencyjność w wydatkowaniu środków publicznych, ale równocześnie w dużym stopniu formalizuje procedurę, która z założenia miała uprościć i przyspieszyć proces wyboru kontra-

<sup>76</sup> W umowach o dofinansowanie w ramach POIG zawieranych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości (np. Działanie 3.1) wprowadzono zapis zobowiązujący beneficjenta do stosowania „zasady uczciwej konkurencji, efektywności, jawności i przejrzystości”, przypominającej zasadę konkurencyjności, natomiast w przypadku Działania 8.3 nadzorowanego przez władzę wdrażającą programy europejskie regulacje dotyczące zamówień dokonywanych przez podmioty niezobowiązane do stosowania PZP mają charakter zaleceń zawartych w dokumencie Rekomendacje dla beneficjentów w zakresie udzielania zamówień w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

<sup>77</sup> Czynność ta przypomina w konstrukcji obowiązek wykorzystania przez zamawiających platform elektronicznych zarządzanych przez Urząd Zamówień Publicznych oraz przewidziany w umowie o dofinansowanie w ramach POKL obowiązek rejestracji działań szkoleniowych na specjalistycznym portalu inwestycjewkadry.pl



hentów i dokonywania wydatków (jak wspomniano wcześniej, w miarę przyrostu regulacji zasada konkurencyjności przekształciła się z trybu przypominającego zapytanie o cenę w swoisty przetarg nieograniczony). Zasadne byłoby również włączenie do Wytocznych POKL, jako dokumentu zawierającego pełną regulację dotyczącą zasady konkurencyjności, także taryfikatora korekt związanych z jej nieprzestrzeganiem. Ponieważ taryfikator stanowi istotną część decyzji w sprawie zwrotu środków w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości (wskazuje kategorie naruszeń i odpowiadające im procentowe wartości korekt), konieczne wydaje się ujęcie go w akcie prawa powszechnie obowiązującego. Inną istotną sprawą, która nie została uregulowana, jest niemożność ingerencji oferentów w przypadku naruszenia przez beneficjenta zasady konkurencyjności (np. w przypadku zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty czy wątpliwości co do rzetelnego przeprowadzenia postępowania) – obecnie uchybienia mogą zostać stwierdzone tylko podczas kontroli projektu, czyli co do zasady po wyborze kontrahenta i wykonaniu przez niego usługi lub dostarczeniu towaru.

### Podsumowanie

W nowym okresie programowania większy nacisk będzie położony na uproszczenie metod rozliczania kosztów (rozszerzenie możliwości stosowania różnych form ryczałtu) oraz zasad kwalifikowalności, co pozwoli na ukierunkowanie realizacji i kontroli programów na osiąganie założonych efektów oraz ograniczenie błędów i nieprawidłowości w wydatkowaniu środków pochodzących z budżetu UE<sup>78</sup>. Już w perspektywie finansowej 2007-2013 w ramach POKL wprowadzono możliwość ryczałtowego rozliczania kosztów bezpośrednich i pośrednich oraz stosowania stawek jednostkowych o charakterze zryczałtowanym w odniesieniu do niektórych typów szkoleń. Przyjęcie ostatniej z wymienionych form rozliczeń wyłącza stosowanie zasady konkurencyjności, ponieważ stawki jednostkowe zostały skalkulowane na podstawie średnich cen rynkowych, a ich rozliczenie (refundacja) jest uzależnione od osiągnięcia przez beneficjenta założonych wskaźników pomiaru celu objętego ww. stawkami. Niektóre instytucje pośredniczące i wdrażające dołączały do dokumentacji konkursowych taryfikatory zawierające maksymalne stawki za poszczególne rodzaje towarów i usług – takie rozwiązanie ułatwia konstruowanie budżetu projektu i uniemożliwia postawienie zarzutu zawyżania kosztów w stosunku do cen rynkowych, ponieważ to instytucja ogłaszająca konkurs samodzielnie dokonuje rozeznania rynku, co w konsekwencji powinno prowadzić do wyłączenia obowiązku stosowania zasady konkurencyjności.

<sup>78</sup> Z oceny skutków finansowych regulacji dołączonej do wniosku, o którym mowa w przyp. 70, s. 180.

## Literatura

- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r.
- Interpretacja Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, Departamentu Zarządzanie Europejskim Funduszem Społecznym z dnia 24 marca 2011 r., DZF-IV-82252-174-LP/11.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.
- Kornberger-Sokołowska E., *Środki europejskie w systemie środków publicznych w Polsce*, w: *System finansów publicznych. Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, red. A. Dobaczewska, E. Juchniewicz, T. Sowiński, CeDeWu, Warszawa 2010.
- Krajowe wytyczne dotyczących kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007-2013.
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
- Odachowski J., *Podstawowe dokumenty i instytucje realizujące politykę regionalną*, w: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce – aspekty prawno-finansowe*, red. W. Miemiec, Wrocław 2012.
- Odachowski J., *Pojęcie nieprawidłowości wykorzystania przyznanych środków w prawie UE*, w: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce – aspekty prawno-finansowe*, red. W. Miemiec, Unimex, Wrocław 2012.
- Odachowski J., *Wykluczenie beneficjenta*, w: *Europejskie bezzwrotne źródła finansowania polityki regionalnej w Polsce – aspekty prawno-finansowe*, red. W. Miemiec, Unimex, Wrocław 2012.
- Rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), Dz.Urz. WE L 340 z 16 grudnia 2002 r. z późn. zm.
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, Dz.U. nr 282, poz. 1650.
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, Dz.U. UE, L 210/25.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, Dz.U. nr 0, poz. 714.
- Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 223, poz. 1778.
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. nr 157, poz. 1240 i 1241 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, Dz.U. nr 249, poz. 2104 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, tekst jedn. Dz.U. z 2009 r., nr 84, poz. 712 z późn. zm.

- Ustawa z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrażaniem funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności, Dz.U. nr 216, poz. 1370.
- Uzasadnienie do rządowego projektu nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 2009 r., druk sejmowy nr 2310 z dnia 31 sierpnia 2009 r.
- Wniosek. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego objętych zakresem wspólnych ram strategicznych oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności, oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 1083/2006, KOM (2011) 615 (wersja ostateczna).
- Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE.
- Wyrok NSA z dnia 20 października 2010 r., sygn. akt II GSK 1110/10.
- Wyrok NSA z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt II GSK 1097/10.
- Wyrok NSA z dnia 4 sierpnia 2010 r., sygn. akt II GSK 797/10.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2011 r., sygn. akt P 1/11, sentencja ogłoszona dnia 27 grudnia 2011 r., Dz.U. nr 279, poz. 1644.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 października 2012 r., sygn. akt V SA/Wa 1145/12.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt V SA/Wa 20/12.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 2122/12.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 2038/12.
- Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki.
- Zasady finansowania Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki.
- Zasady kontroli w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013.
- Zasady raportowania o nieprawidłowościach finansowych w ramach Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013.

### **The principle of competitiveness as a legal guarantee of efficient spending public funds by entities not included under the public finance sector under the Operational Programme Human Capital**

**Summary.** Providing a Project co-financed by the European Social Fund under the Operational Programme Human Capital expenditure in a transparent and competitive is one of the criteria to be recognized as eligible. In case of entities not classified as public finance sector, excluded from the application of the Public Procurement Law, the obligation is realized by carrying out procedures of selection of contractors and suppliers in accordance with the principle of competitiveness. This rule includes a number of activities aimed at identifying the best offer fair from the point of view of the effectiveness of public spending and the sanction system effective when the beneficiary does not comply with the applicable rules of procedure. The aim of this paper is to present the current state of law and the fundamental problems associated with the implementation of competition rules in the light of judicature of administrative courts.

**Key words:** public resources, the effectiveness of spending public resources, EU funds