

OPINIE I KOMENTARZE FRDL

OPINIA nr 8/2022

ROZEZNANIE RYNKU I ZASADA KONKURENCYJNOŚCI W PROJEKTACH UNIJNYCH REALIZOWANYCH Z EFRR, EFS ORAZ FUNDUSZU SPÓJNOŚCI

dr Marcin Kępa

Wstęp

Uczestnictwo Polski w strukturach Unii Europejskiej implikowało i implikuje (mamy przecież do czynienia z procesem o wyraźnie dynamicznym charakterze) zmiany w zasadzie, w każdej sferze życia społeczno-gospodarczego naszego państwa. Motorem napędowym dla wielu z nich, była i jest absorpcja środków pieniężnych z budżetu Unii Europejskiej. W ramach prowadzonej przez instytucje unijne polityki wydatkowej, „nowe” państwa członkowskie mają możliwość nadrobienia luki cywilizacyjnej. Instrumentami prawno-finansowymi, służącymi do osiągnięcia zakładanego celu są, między innymi, „fundusze europejskie” – choć trafniejsze wydaje się określenie: „fundusze unijne”. Jednym – z kolei – z rodzajów instrumentów prawno-finansowych, poprzez który realizuje się ostateczna alokacja środków unijnych na poziomach państw członkowskich UE są projekty – zwane często „projektami unijnymi” lub „projektami europejskim”. Jedną z największych grup beneficjentów tych projektów są jednostki samorządu terytorialnego (j.s.t.). Celowe jest zatem przybliżenie zasad kwalifikowalności wydatków związanych z udzielaniem zamówień w projektach unijnych w Polsce.

O projektach unijnych

W istocie niewiele jest chyba pojęć, przynajmniej w sferze gospodarczej, które w ostatnich latach zrobiły taką „karierę” jak projekty unijne (europejskie) czy fundusze unijne (europejskie). Pojęcie projektu unijnego[1] jest dostatecznie upowszechnione w społeczeństwie, choć różnie się je identyfikuje i rozumie. Niefachowcy zazwyczaj trafnie odkodowują jego znaczenie, wiążąc go z przedsięwzięciami realizowanym z wykorzystaniem np. funduszy strukturalnych – niebagatelną rolę odgrywa tu kwestia informacyjno-promocyjna, immanentnie związana z projektami unijnymi (znakowanie inwestycji – projektów tzw. „twardych”, bądź miejsc, w których odbywa się realizacja projektów tzw. „miękkich”). Fachowcy z kolei, uwagę swą skupiają na detalach związanych np. ze źródłem ich finansowania, procesem aplikacyjnym o fundusze unijne, czy – podjętymi w ekspertyzie – sposobami dokonywania i rozliczania wydatków w projektach unijnych.

Projekt unijny jest także pojęciem prawnym. W ustawie z 11 lipca 2014 roku o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych w perspektywie finansowej 2014-2020[2] **ustawodawca zdefiniował projekt jako: przedsięwzięcie zmierzające do osiągnięcia zamierzonego celu określonego wskaźnikami, z określonym początkiem i końcem realizacji, zgłoszone do objęcia, albo objęte współfinansowaniem UE jednego z funduszy strukturalnych, albo Funduszu Spójności w ramach programu operacyjnego (art. 2 pkt 18 ustawy wdrożeniowej)**. Bardziej ogólną definicję projektu podaje ustawa z 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju[3], według której **projekt to przedsięwzięcie realizowane w ramach programu operacyjnego na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie, zawieranej między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub instytucją wdrażającą (art. 5 pkt 9 z.p.p.r.)**.

Dochodzenie do nawiązania stosunku prawnego w ramach którego realizowane będzie przedsięwzięcie, o którym mowa w art. 2 pkt 18 ustawy wdrożeniowej, to pewien ciąg działań prawnych (łańcuch). Zakończenie jednej czynności prawnej, warunkują wszczęcie kolejnej czynności, i tak do osiągnięcia założonego celu. Dla przykładu można prześledzić tryb konkursowy w ramach którego dokonuje się nawiązanie umowy o dofinansowanie projektu unijnego (ustandaryzowany dla regionalnych programów operacyjnych):

[1] W Polsce zrealizowano 291 282 projektów unijnych na kwotę 1 157 292 796 777,54 zł. Ponad połowę tej kwoty stanowiło dofinansowanie z budżetu UE. Zob.: <https://mapadotacji.gov.pl>. (17.01.2022).

[2] Dz. U. z 2020 r. poz. 818 – dalej jako „ustawa wdrożeniowa”.

[3] Dz. U. z 2021 r. poz. 1057 – dalej jako „z.p.p.r.”.

Na rysunku widać, że pierwsze cztery czynności, a właściwie konglomeraty czynności, ponieważ mamy do czynienia z pewnym wielowątkowym procesem, składają się łącznie na procedurę konkursową. W dużym uproszczeniu można stwierdzić, że jest to faza *ex ante* projektu unijnego. Podmiot organizujący konkurs ogłasza zasady przyznawania dotacji unijnych, uregulowane w dokumentacji konkursowej stanowiącej podstawę oceny formalnej i merytorycznej wniosku o dofinansowanie projektu. Po upływie terminu na składanie wniosków następuje ich ocena. Wnioskodawcom przysługują środki ochrony prawnej w procedurze administracyjnoprawnej. Po czym, organ administracji publicznej w liście rankingowej wskazuje projekty przeznaczone do dofinansowania. Lista rankingowa jest oświadczeniem administracyjnoprawnym. Nie można jej uznać, nawet w znaczeniu szerokim, za akt administracyjny o charakterze generalnym. Zaskarżeniu podlega czynność oceny wniosków; lista rankingowa ma charakter informacyjny i jej pojawienie się w przestrzeni prawnej nie wywołuje bezpośrednich skutków prawnych dla adresatów. Ostatnim etapem fazy *ex ante* projektu unijnego są negocjacje. Mają doniosłe znaczenie praktyczne, z uwagi na fakt, że to podczas tych rokowań, kształtują się ostateczne warunki przyznania dotacji (w tym wysokość współfinansowania UE, ocena planowanych wydatków pod kątem ich kwalifikowalności). Zakończenie ostatniej rundy negocjacyjnej doprowadza do podpisania umowy o dofinansowanie projektu, po czym następuje realizacja *ex post* projektu unijnego.

W fazie *ex post* projektu unijnego, czyli od momentu zawarcia umowy o dofinansowanie projektu, ujawniają się tytułowe metody wydatkowe właściwe dla projektów unijnych („reguły gry”, w ramach których ponoszone są wydatki z budżetu zadaniowego projektu unijnego).

Oprawie funduszy unijnych (europejskich)

Prawo inicjujące, organizujące i dookreślające proces wydatkowania środków pieniężnych z budżetu ogólnego UE zwykle się nazywało w języku potocznym (także prawniczym): **prawem funduszy unijnych (europejskich)**. Gdybyśmy mieli dokonać systematyki takiego prawa, należałoby je ulokować w ramach szeroko rozumianego prawa publicznego, gdzieś pomiędzy takimi dyscyplinami jak: prawo finansów publicznych i publiczne prawo gospodarcze. Mniejsza jednak o podłoże teoretycznoprawne. Na całokształt tego, co nazwalibyśmy w uproszczeniu prawem funduszy unijnych, a ściślej rzecz ujmując prawem dotyczącym zasad wydatkowania środków unijnych w ramach instrumentów finansowych wyrażających polityki UE (w tym politykę regionalną UE), składają się przepisy prawa stanowione na dwóch poziomach:

1. na poziomie organizacji międzynarodowej, t. j. Unii Europejskiej,
2. na poziomie państw członkowskich.

Na poziomie unijnym, prawo funduszy europejskich tworzą przede wszystkim postanowienia traktatowe^[4] (prawo pierwotne) odnoszące się do zjawiska gromadzenia, dystrybucji i wydatkowania środków pieniężnych oraz prawo wtórne, materializujące się głównie w postaci rozporządzeń i prawa miękkiego (*soft law*). Użycie instytucji prawnej rozporządzenia, oznacza, że organy unijne zdecydowały się na uregulowanie wprost wyrażonej w nich materii. Tam, gdzie organy UE chcą pozostawić sferę regulacji stosunków w domenie państw członkowskich, wyrażają zazwyczaj pewne ramowe, oczekiwane rozwiązania w formie **dyrektyw**. Z taką metodą mamy do czynienia od lat, na przykład, w dziedzinie zamówień publicznych^[5]. Stanowienie aktów prawnych o charakterze bezpośrednio i wprost obowiązujących już na poziomie Unii Europejskiej świadczy o wadze regulowanych w ten sposób stosunków.

[4] Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE. 2016 C 202, s. 1).

[5] Tytułem przykładu tzw. dyrektywa klasyczna w s. zamówień publicznych: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r.

Przyjęte rozwiązania prawne wpływają na dobór właściwych narzędzi prawnych przez organy wykonawcze i ustawodawcze państw członkowskich, w zakresie ich recypowania na grunt krajowych porządków prawnych. Warto zaznaczyć, że akty prawne stanowione przez poszczególne państwa członkowskie nie wywierają względem siebie żadnych bezpośrednich skutków prawnych. Polski wnioskodawca nie może skutecznie wywodzić podstawy prawnej wyrażonej przykładowo w prawie chorwackim, w polskim postępowaniu o przyznanie dofinansowania dla projektu unijnego i odwrotnie. Jednak stworzone w ten sposób administracyjno-prawne zasady realokacji funduszy unijnych na poziomach państw członkowskich, przenikają się wzajemnie, w związku z tym, że współuczestniczą w jednej przestrzeni prawnej – na obszarze Unii Europejskiej. Zjawisko to nazywamy **konwergencją**. Poza tym wywołują przecież skutki pośrednie, w stosunku do uczestników rynku spoza danego państwa członkowskiego.

W Polsce, zasady wydatkowania środków unijnych przekazanych w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz Funduszu Spójności, są determinowane z poziomu ustawy; takie założenia konstrukcyjne przyjęto od początku naszej akcesji i takie też zasady obowiązują w trzecim okresie programowania budżetu UE na lata 2014 – 2020 (wszystko na to wskazuje, że te założenia konstrukcyjne zostaną podtrzymane w okresie programowania budżetu UE na lata 2021 – 2027). Dwa podstawowe źródła prawa w tym zakresie, obowiązujące w Polsce, to:

1. **ustawa z 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju,**
2. **ustawa z 11 lipca 2014 roku o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych w perspektywie finansowej 2014-2020 (obecnie trwają prace nad ustawą wdrożeniową dla okresu programowania UE na lata 2021 – 2027[6]).**

Rola wytycznych w realizacji projektów unijnych

Zespołem aktów prawnych określających zasady realizacji projektów unijnych w Polsce są **wytyczne**[7]. Posiadają one ważny wymiar praktyczny dla systemu administracyjnego zajmującego się realokacją środków finansowych z budżetu UE. Wiodącą rolę wśród tych wytycznych, z punktu widzenia zamówień udzielanych w ramach projektów unijnych, pełnią **Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020**[8]. Z jednej strony stanowią wygodne źródło wiedzy dla beneficjentów środków unijnych, z drugiej jednak strony niepotrzebnie multiplikują pojęcia prawne i przepisy prawa powszechnie obowiązującego oraz tworzą sieć nieostrych i wieloznacznych instrumentów prawnych i para-prawnych (zwłaszcza w sferze formalnoprawnej). Niemniej w sposób istotny niwelują niepewność związaną z oczekiwanym przez organ dotujący sposobem realizacji projektu – tworzą spójny model. Zazwyczaj stanowią pierwsze źródło informacji dla beneficjentów przy realizacji projektu unijnego.

O tym, czy beneficjenci prawidłowo wydatkowali (lub wydatkują) środki z budżetu zadaniowego projektu unijnego, dowiadują się podczas weryfikacji **wniosków o płatność** (zazwyczaj 1 raz na kwartał). Weryfikacja wniosków o płatność odbywa się na zasadach właściwych dla typowej kontroli gabinetowej. Poprzez stworzony **system teleinformatyczny (SL2014)** beneficjenci częściowo raportują stan wykonania projektu, osiągnięcia wskaźników, informują o zagrożeniach.

[6] <https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/ustawa-wdrozeniowa-wysluchanie-publiczne>. (18.01.2022).

[7] Instrument prawny określający ujednoczone warunki i procedury wdrażania funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności skierowane do instytucji uczestniczących w realizacji programów operacyjnych oraz stosowane przez te instytucje na podstawie właściwego porozumienia, kontraktu terytorialnego albo umowy oraz przez beneficjentów na podstawie umowy o dofinansowanie projektu albo decyzji o dofinansowaniu projektu – art. 2 pkt 32 ustawy wdrożeniowej.

[8] Warszawa, 21 grudnia 2020 r., dalej jako: „wytyczne w/z kwalifikowalności wydatków”.

Sukcesywnie rozliczając projekt, wnioskuje o kolejne transze zaliczek lub refundacje kosztów, na podstawie poniesionych wydatków. To wydatki projektowe, a właściwie procedury formalnoprawne związane z ich dokonywaniem, stanowią zazwyczaj podstawowy przedmiot kontroli. Przyjęty mechanizm wydatkowy może być także weryfikowany podczas, tak zwanej, **wizyty monitoringowej**. W wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków zabezpieczono także uprawnienia kontrolne w zakresie **kwalifikowalności uczestników projektów**.

Rozeznanie rynku i zasada konkurencyjności

Niezmiennie główne zainteresowanie wszelkiego rodzaju instytucji kontrolnych (w tym organów kontrolnych jednostki dotującej), stanowią **zakupy dokonywane w ramach projektu unijnego**. Na potrzeby wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków stworzono dwie autonomiczne procedury wydatkowe:

1. **rozeznanie rynku** (znajduje zastosowanie dla pojedynczego wydatku lub grupy wydatków – przy zachowanej tożsamości podmiotowej, przedmiotowej i czasowej – których szacunkowa wartość mieści się w zakresie od 20 tys. zł do 50 tys. zł, bez podatku od towarów i usług; podrozdział 6.5.1 wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków),
2. **zasadę konkurencyjności** (znajduje zastosowanie dla pojedynczego wydatku lub grupy wydatków – przy zachowanej tożsamości podmiotowej, przedmiotowej i czasowej – których szacunkowa wartość przekracza 50 tys. zł, bez podatku od towarów i usług; podrozdział 6.5.2 wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków).

Powyższe spowodowało, że jednostkom samorządu terytorialnego (podmiotom obowiązującym do stosowania ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych[9]), niejako „przesunięto” próg bagatelności ze 130 000 zł na poziom 20 tys. zł (rozeznanie rynku) przy dokonywaniu wydatków w ramach projektów unijnych.

Rozeznanie rynku, podobnie jak zasadę konkurencyjności, umiejscowiono w rozdziale nr 6 wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków: *Wspólne warunki i procedury w zakresie kwalifikowalności wydatków*. Rozeznanie rynku to metoda wydatkowa daleko bardziej odformalizowana niż zasada konkurencyjności. Wydatki w ramach projektu muszą być ponoszone w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny. Spełnienie powyższych wymogów w przypadku zamówień o wartości od 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto włącznie następuje w drodze przeprowadzenia i udokumentowania rozeznania rynku określonego w sekcji 6.5.1 wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków. Rozeznanie rynku ma na celu potwierdzenie, że dana usługa, dostawa lub robota budowlana została wykonana po cenie rynkowej. W celu potwierdzenia przeprowadzenia rozeznania rynku konieczne jest udokumentowanie dokonanej analizy cen/cenników potencjalnych wykonawców zamówienia – wraz z analizowanymi cennikami. Cenniki można pozyskać ze stron internetowych wykonawców lub poprzez upublicznienie opisu przedmiotu zamówienia wraz z zapytaniem o cenę na stronie internetowej beneficjenta lub skierowanie zapytań o cenę wraz z opisem przedmiotu zamówienia do potencjalnych wykonawców. Jeżeli ustalona w wyniku rozeznania rynku cena rynkowa zamówienia przekracza 50 tys. zł netto, należy zastosować zasadę konkurencyjności, o której mowa w sekcji 6.5.2 wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków. W przypadku zamówień o wartości od 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto włącznie, możliwe jest zastosowanie zasady konkurencyjności zamiast rozeznania rynku. Centralny organ administracji rządowej który opracowywał komentowane wytyczne zważył, że rozeznania rynku nie przeprowadza się dla najczęściej finansowanych towarów i usług, dla których instytucja zarządzająca programem operacyjnym określiła wymagania dotyczące standardu oraz cen rynkowych, tj. ustaliła ceny w sposób administracyjny. W przypadku zamówień o wartości od 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto zawarcie pisemnej umowy z wykonawcą nie jest wymagane. W takim przypadku wystarczające jest potwierdzenie poniesienia wydatku w oparciu o fakturę, rachunek lub inny dokument księgowy o równoważnej wartości dowodowej.

[9] Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 1598, 2054, 2269, z 2022 r. poz. 25, dalej jako: „p.z.p.”.

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

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

Institucja będąca stroną umowy o dofinansowanie projektu, zobowiązuje beneficjenta w tej umowie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. zł netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT), w sposób zapewniający przejrzystość oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Spełnienie powyższych wymogów następuje w drodze zastosowania ustawy prawo zamówień publicznych albo zasady konkurencyjności określonej w sekcji 6.5.2. wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków. W przypadku beneficjenta, który jest zamawiającym w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych, zasadę konkurencyjności uznaje się za spełnioną, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone jest na zasadach i w trybach określonych w ustawie prawo zamówień publicznych, co oznacza, że np. samorzady terytorialne zamiast przeprowadzać zasadę konkurencyjności o szacunkowej wartości zamówienia np. 70 tys. zł na podstawie wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków, mogą przeprowadzić tryb podstawowy z ustawy prawo zamówień publicznych. Należy także pamiętać, że samorzady terytorialne, jako zamawiający w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych, dokonują „grupowania” zamówień publicznych w skali roku kalendarzowego – plan zamówień publicznych; może okazać się np. tak, że jakieś pojedyncze zamówienie z budżetu wniosku o dofinansowanie projektu unijnego nie przekracza progu bagatelności (130 tys. zł), ale w połączeniu z innym wydatkiem j.s.t. już tak. Wtedy zasada konkurencyjności ustąpi miejsca trybom udzielania zamówień z ustawy prawo zamówień publicznych.

Stosując zasadę konkurencyjności do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień, o którym mowa w **rozporządzeniu (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w/s Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)[10]**. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, opis przedmiotu zamówienia nie może zawierać odniesień do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. W wyjątkowych przypadkach dopuszcza się stosowanie takich odniesień, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób zgodnie ze zdaniem pierwszym. Takim odniesieniom muszą towarzyszyć słowa „lub równoważne”. Widać tu wyraźne nawiązanie do instytucji znanych z ustawy prawo zamówień publicznych (por. art. 28 – 36 p.z.p.).

W formalnoprawnej konstrukcji zasady konkurencyjności znaleźć można więcej rozwiązań prawnych wzorowanych na tych, z którymi mamy do czynienia w prawie zamówień publicznych.

[10] Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.

Można tu wymienić choćby, tak zwane, **klauzule antykorupcyjne**, uskuteczniające realizację zasad bezstronności i obiektywizmu: w celu uniknięcia konfliktu interesów w przypadku beneficjenta, który nie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych, zamówienia nie mogą być udzielane podmiotom powiązanim z nim osobowo lub kapitałowo (z nielicznymi wyjątkami wskazanymi w wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków) a osoby wykonujące w imieniu zamawiającego czynności związane z procedurą wyboru wykonawcy, w szczególności osoby biorące udział w procesie oceny ofert, nie mogą być powiązane osobowo lub kapitałowo z wykonawcami, którzy złożyli oferty.

Reminiscencji niektórych instytucji prawa zamówień publiczny można w wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków znaleźć więcej. Dotyczą tak kluczowych elementów tej procedury wydatkowej jak:

- **warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia** (warunki należy określać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; zabronione jest formułowanie warunków przewyższających wymagania wystarczające do należytego wykonania zamówienia),
- **kryteria oceny ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia** (kryteria należy formułować w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; cena może stanowić jedyne kryterium oceny ofert; poza wymaganiami dotyczącymi ceny wskazane jest stosowanie jako kryterium oceny ofert innych wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, takich jak np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne itp.),
- **terminy na złożenie oferty** (decyduje data wpływu oferty do zamawiającego; termin ten wynosi co najmniej 7 dni – w przypadku dostaw i usług, co najmniej 14 dni – w przypadku robót budowlanych oraz w przypadku zamówień sektorowych o wartości niższej niż progi unijne w rozumieniu art. 3 p.z.p.; w przypadku zamówień o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej progi unijne w rozumieniu art. 3 p.z.p. termin wynosi co najmniej 30 dni).

W celu spełnienia zasady konkurencyjności należy przede wszystkim upubliczni zapytanie ofertowe. **Upublicznienie zapytania ofertowego** polega na jego umieszczeniu w bazie konkurencyjności^[11], a w przypadku zawieszenia działalności bazy potwierdzonego odpowiednim komunikatem ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego – skierowaniu zapytania ofertowego do **co najmniej trzech potencjalnych wykonawców**, (o ile na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia) oraz upublicznieniu tego zapytania **co najmniej na stronie internetowej beneficjenta**, (o ile beneficjent posiada taką stronę). Upublicznienie zapytania ofertowego traktuje się z punktu widzenia proceduralnego jako wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w ramach projektu unijnego. W przypadku, gdy wnioskodawca rozpoczyna realizację projektu na własne ryzyko przed podpisaniem umowy o dofinansowanie projektu, upublicznia zapytanie ofertowe na stronie internetowej wskazanej przez instytucję ogłaszającą nabór wniosków o dofinansowanie projektu (do niedawna była to strona internetowa beneficjenta, co w przypadku podmiotów spoza sfery publicznej rodziło pokusę do nadużyć – występowały tzw. „zamówienia sekretne”).

W przypadku wszczęcia postępowania przed ogłoszeniem konkursu ocena, czy stopień upublicznienia zapytania ofertowego był wystarczający do uznania wydatku za kwalifikowalny, należy do właściwej instytucji będącej stroną umowy o dofinansowanie projektu. Powyższe budzi daleko idące obawy o granice swobodnego uznania organu administracji publicznej. W istocie organom kontrolnym instytucji dotującej przyznano wyłączną kompetencję przy dookreślaniu pojęcia nieostrego jakim jest: wystarczający stopień upublicznienia zapytania ofertowego.

[11] <https://bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl>. (18.01.2022).

[12] Dz. Urz. UE 2006/C 179/02, s. 2 – 7.

Pewną wskazówką interpretacyjną może tu być Komunikat Wyjaśniający Komisji z 1 sierpnia 2006 r. dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.¹ Według Komisji Europejskiej odpowiednie i powszechnie stosowane środki publikacji obejmują:

- Internet (ogólna dostępność i łatwość wykorzystania Internetu sprawia, iż ogłoszenia o zamówieniach na stronach internetowych stają się o wiele bardziej dostępne, w szczególności dla przedsiębiorstw z innych państw członkowskich oraz MŚP poszukujących zamówień opiewających na niewielkie kwoty),
- krajowe dzienniki urzędowe,
- krajowe dzienniki specjalizujące się w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych,
- gazety o zasięgu krajowym lub regionalnym lub publikacje specjalistyczne,
- lokalne środki publikacji (podmioty zamawiające mogą wykorzystać
- lokalne środki publikacji takie jak lokalne gazety, biuletyny informacji miejskiej lub nawet tablice ogłoszeń; jednakże takie środki gwarantują wyłącznie lokalną publikację, która może być
- odpowiednia w szczególnych przypadkach, takich jak zamówienia opiewające na niewielkie kwoty skierowane wyłącznie na rynek lokalny),
- Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/TED (publikacja w Dzienniku Urzędowym nie jest obowiązkowa, może jednak stanowić
- interesującą opcję, w szczególności w odniesieniu do zamówień opiewających na wysokie kwoty).

Zapytanie ofertowe realizowane w trybie zasady konkurencyjności musi zawierać co najmniej (przedmiotowo istotne elementy czynności prawnej):

- opis przedmiotu zamówienia,
- warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, przy czym stawianie warunków udziału nie jest obowiązkowe,
- kryteria oceny oferty,
- informację o wagach punktowych lub procentowych przypisanych do poszczególnych kryteriów oceny oferty,
- opis sposobu przyznawania punktacji za spełnienie danego kryterium oceny oferty,
- termin składania ofert,
- termin realizacji umowy,
- informację na temat zakazu powiązań osobowych lub kapitałowych,
- określenie warunków istotnych zmian umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia,
- informację o możliwości składania ofert częściowych,
- opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać
- oferty wariantowe wraz z wybranymi kryteriami oceny,
- informację o planowanych zamówieniach,

W ramach zasady konkurencyjności dokonuje się wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, złożonej przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w oparciu o ustalone w zapytaniu ofertowym kryteria oceny. Wybór oferty jest dokumentowany protokołem postępowania o udzielenie zamówienia (realizacja zasady jawności i przejrzystości). Postępowanie może zakończy się wyborem kilku wykonawców, gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych; co oczywiste zamówienia lub jego części nie można udzielić dwóm wykonawcą, co potwierdza użyte w wytycznych w/z kwalifikowalności stwierdzenie: najkorzystniejsza oferta (liczba pojedyncza). Protokół postępowania o udzielenie zamówienia należy sporządzić w formie pisemnej.

Protokół zawiera co najmniej:

- wykaz wszystkich ofert, które wpłynęły w odpowiedzi na zapytanie ofertowe, wraz ze wskazaniem daty ich wpływu,
- informację o spełnieniu warunku dotyczącego zakazu udzielania zamówień podmiotom powiązanim z beneficjentem osobowo lub kapitałowo,
- informację o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców,
- informację o wagach punktowych lub procentowych przypisanych do poszczególnych kryteriów oceny i sposobie przyznawania punktacji,
- wskazanie wybranej oferty wraz z uzasadnieniem wyboru,
- potwierdzenie upublicznienia zapytania ofertowego,
- złożone oferty,
- oświadczenia o braku powiązań z wykonawcami, którzy złożyli oferty, podpisane przez zamawiającego i osoby wykonujące w imieniu zamawiającego czynności związane z procedurą wyboru wykonawcy, w tym biorące udział w procesie oceny ofert (zasada bezstronności).

Po przeprowadzeniu zasady konkurencyjności następuje zawarcie umowy z wykonawcą w formie pisemnej lub elektronicznej (wraz z kwalifikowanym podpisem elektronicznym). W przypadku, gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, postępowanie może zakończyć się zawarciem umowy na część zamówienia. W przypadku, gdy wybrany wykonawca odstąpi od zawarcia umowy z zamawiającym, zamawiający zawiera umowę z kolejnym wykonawcą, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia uzyskał kolejną najwyższą liczbę punktów. Nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (poza wyjątkami wskazanymi w wytycznych w/z kwalifikowalności wydatków).

Zakończenie

Abstrahując od przyjętej procedury wydatkowej poddawanej kontroli, organ dotujący dokonuje subiektywnej oceny stanu faktycznego zgromadzonego w sprawie i na tej podstawie formułuje ustalenia pokontrolne. Nierzadko organy dotujące wypowiadają się arbitralnie na temat pojęć nieostrych funkcjonujących w systemie zamówień publicznych, takich jak: zasada uczciwej konkurencyjności, równe traktowanie wykonawców, proporcjonalność, przejrzystość. **Samo zjawisko jest o tyle niepokojące, że wiąże się z nakładaniem na beneficjentów korekt finansowych, które w ujęciu teoretycznoprawnym należy zakwalifikować jako kary o charakterze administracyjnoprawnym.** Podstawą prawną jest Rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień[13]. Delegację do wydawania rozporządzenia przez centralny organ administracji publicznej odnajdujemy w art. 24 ust. 13 ustawy wdrożeniowej.

Zjawisko jest niepokojące i budzi coraz więcej wątpliwości, zarówno w doktrynie, jak i w praktyce gospodarczej. Nałożenie korekty finansowej jest sankcją bezpośrednią. Sankcją tą dysponuje strona zaangażowana w spór, a nie niezależny organ (arbiter), co należy uznać za wadę systemową tego rozwiązania.

[13] Dz. U. z 2020 r., poz. 2371, dalej jako – „rozporządzenie ws. korekt finansowych”.

Beneficjentowi przysługują środki ochrony prawnej:

- 1.o charakterze administracyjnoprawnym – postępowanie administracyjne i sądowno-administracyjne, w przypadku wydania decyzji zwrotowej, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[14],
- 2.o charakterze cywilnoprawnym – pozew o bezpodstawne wzbogacenie, w przypadku zwrotu środków europejskich do wysokości korekty finansowej, bez wydania decyzji.[15]

Na tym tle, jak w soczewce, ujawniają się procesy centralistyczne. Zjawisko to dodatkowo potęguje niestabilne otoczenie regulacyjne. Zamówienia publiczne z uwagi na rolę, jaką odgrywają, zarówno w systemie finansów publicznych, jak i w gospodarce na poziomie makroekonomicznym, są bodaj jedyną dziedziną prawa, (albo jedną z niewielu) kontrolowaną przez tak wiele podmiotów państwa. Kontrolą zamówień publicznych może dokonywać: Najwyższa Izba Kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Regionalne Izby Obrachunkowe, Izba Administracji Skarbowej, Prezes Rady Ministrów, organy ścigania, organy w zakresie ochrony danych osobowych, a w przypadku projektów unijnych dodatkowo organy tworzące system dystrybucji środków pochodzących z budżetu UE. Dodatkowo mamy przecież także do czynienia z kontrolą sądową (sądy powszechne i sądy administracyjne) i *qasi*-sądową (Krajowa Izba Odwoławcza).

Przedstawiona w ekspertyzie, skrócowa analiza systemu wydatkowania środków z projektów unijnych w Polsce – zwłaszcza niejasnej zasady ich kontroli, skłaniają do refleksji. Na pierwszym planie wyłania się swoista onnipotencja administracji publicznej. Z wytycznych centralnych organów administracji publicznej, które właściwe powinny pełnić rolę aktów prawa wewnętrznego w administracji publicznej, uczyniono narzędzia prawne, w których można dostrzec tendencje centralistyczne. Tendencje te nabierają szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy po drugiej stronie umowy o dofinansowanie projektu stoi samorząd terytorialny – instytucja ze swej istoty zdecentralizowana. I oto, z wykorzystaniem dwustronnej niewładczej formy działania administracji publicznej, centralny organ administracji publicznej w zasadzie może dowolnie kształtować zawarty uprzednio stosunek prywatnoprawny poprzez aktualizację wytycznych, na każdym etapie realizacji projektu. Przy czym nie jest tu niezbędna zmiana w prawie powszechnie obowiązującym, wystarczy reorientacja w zakresie polityki administracyjnej.

Procesy centralistyczne uwydatniają się aż nadto także w systemie nakładania kar administracyjnoprawnych o charakterze finansowym przez organ dotujący w projektach unijnych, dla których podstawę prawną stanowią postanowienia umowy prywatnoprawnej. Tak więc, z wykorzystaniem narzędzi cywilistycznych (sfera dominium), administracja publiczna nabywa typowe uprawnienia, właściwe dla stosunku administracyjnoprawnego – wysublimowaną formę władztwa administracyjnego. Wyraża się to, przede wszystkim, poprzez jednostronną ocenę stanu faktycznego sprawy i nakładanie korekt finansowych, które przecież nie są tym samym, co kary umowne znane z obrotu cywilnoprawnego. **Konieczność stosowania wytycznych w projektach unijnych sprawia, że mimo, iż umowa o dofinansowanie projektu jest umową adhezyjną, organ dotujący działa z pozycji imperium.** To organ decyduje, czy nastąpiło naruszenie przepisów prawa publicznego gospodarczego (zamówienia publiczne), wytycznych, czy inne naruszenie warunków przyznania dotacji i wymierza karę finansową w granicach („widełek”) określonych w rozporządzeniu w sprawie korekt finansowych. Stąd, pojawiają się zasadne pytania o zakres kontroli projektów unijnych (regulowany zwłaszcza przez umowy o dofinansowanie projektu), granice swobodnego uznania instytucji zarządzających oraz tendencje rozwojowe procesów centralistycznych manifestowanych poprzez wytyczne z ustawy wdrożeniowej.

[14] Dz. U. z 2021 r., poz. 305, 1236, 1535, 1773, 1927, 1981, 2054, 2270.

[15] Ten wariant stosują beneficjenci w przypadku przewlekłych sporów, aby nie narażać się na przyrost odsetek, liczonych jak dla zaległości podatkowych. Na tym przykładzie widać, że to de facto od beneficjenta zależy jaką ścieżką środków ochrony prawnej wybierze: albo zwraca środki europejskie objęte sporem (stosunek cywilnoprawny), albo czeka (w praktyce zdarza się także, że wnioskuje – w przypadku bezczynności organu) na wydanie decyzji (stosunek administracyjno-prawny).

Pytania te powracają wraz z nowym okresem programowania budżetu UE i koniecznością walidowania dotychczasowego modelu dystrybucji funduszy strukturalnych na poziomie krajowym, w tym skuteczności dotychczas stosowanych metod wydatkowych w projektach unijnych: rozeznania rynku i zasady konkurencyjności.

O AUTORZE

dr Marcin Kępa - Absolwent Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego i Podyplomowych Studiów Prawa Zamówień Publicznych na Uniwersytecie Wrocławskim oraz Wyższej Szkoły Humanitas w Sosnowcu. Odbył studia doktoranckie na Uniwersytecie Ekonomicznym we Wrocławiu (ekonomia) i Uniwersytecie Śląskim w Katowicach (prawo). Adiunkt w Instytucie Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Pedagogicznego im. KEN w Krakowie. Wykładowca zagadnień z zakresu prawa zamówień publicznych, systemu zamówień publicznych w UE, programowania rozwoju lokalnego, podstaw ekonomii i przedsiębiorczości, form instytucjonalno-prawnych przedsiębiorstw społecznych, prawa handlowego i upadłościowego, funduszy europejskich i administracji publicznej. Współautor komentarzy, monografii i artykułów naukowych. Uczestnik licznych konferencji naukowych. Specjalizuje się w prawie gospodarczym publicznym i administracyjnym, prawie i ekonomice przedsiębiorstw społecznych, nowej ekonomii instytucjonalnej i ekonomicznej analizie prawa. Od 2018 r. przedsiębiorca, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Lex Economica. Współpracownik kancelarii adwokackiej. Były pracownik administracji publicznej i sektora prywatnego. Doradca jednostek samorządu terytorialnego i instytucji polityki społecznej. Prowadzi cykle szkoleń nt. klauzul społecznych i polityk publicznych w zamówieniach publicznych dla administracji publicznej i sektora pozarządowego. Konsultant podmiotów ekonomii społecznej. Od ponad 10 lat współuczestniczy w realizacji projektów europejskich."

Opinie wyrażone w powyższym tekście mają charakter autorski i nie należy ich traktować jako stanowiska Fundacji Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Regułskiego.

.....
Warszawa, marzec 2022
www.frdl.org.pl

Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Regułskiego
ul. Żurawia 43, 00-680 Warszawa