



Załącznik do uchwały nr 1082/18
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 22 czerwca 2018 r.

Gmina Miasto Kołobrzeg
ul. Ratuszowa 13
78-100 Kołobrzeg

WWRPO.VIII.3162.2.2014.AJ

DECYZJA Nr WWRPO/12/W/2018

podjęta w dniu 22 czerwca 2018 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

*Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Ryszard Mićko - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.*

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2017 poz. 1376 t.j. ze zm.), art. 44 ust 3, art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 t.j. ze zm.) w. zw. art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2 a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2018 r. poz. 913 t.j. ze zm.) oraz art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 t.j. ze zm.) w zw. z art. 16 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2017 poz. 935),

umarza

w całości postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu wobec Beneficjenta – Gminy Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu – w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. na realizację projektu pn. „Gmin@ na fali” w łącznej kwocie 184 687,50 zł (słownie: sto osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset osiemdziesiąt siedem złotych 50/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2017 poz. 1376 t.j. ze zm., dalej: uzppr), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych.

W dniu 22 października 2010 r. Beneficjent – Gmina Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu – zawarł z IZ RPO WZ umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ zostały zawarte aneksy do umowy: nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-01 z dnia 19 lipca 2011 r., nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-02 z dnia 18 stycznia 2012 r. oraz nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-03 z dnia 25 października 2012 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność (§ 2 ust. 5 umowy o dofinansowanie). Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: pzp (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 tekst jednolity ze zm. – tekst jednolity właściwy na dzień podpisania umowy o dofinansowanie), w zakresie w jakim przepisy te mają zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż zgodnie z wiążącym Beneficjenta § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie, w przypadku naruszenia pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, według tzw. „Taryfikatora” – dokumentu opracowanego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju), określającego tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanego dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26 lipca 2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27 stycznia 2012 r. i który miał zastosowanie w przedmiotowej sprawie z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych.

W dniach 7 – 9 października 2012 r. oraz 14 – 16 października 2012 r. w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, IZ RPO WZ na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie przeprowadziła kontrolę planową projektu. W toku przeprowadzonych czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r., ustanawiającego 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 z 31 lipca 2006 r. ze zm. zwanego dalej: rozporządzeniem Rady nr 1083/2006). Po analizie wyjaśnień oraz zastrzeżeń przedłożonych przez Beneficjenta w ramach czynności kontrolnych ustalono, iż:

- 1) w ramach postępowania pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pzp poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2

- „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
- 2) w ramach postępowania pn. „Zamówienie systemu Elektroniczny System Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pzp poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
 - 3) w ramach postępowania pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pzp poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
 - 4) w ramach postępowania pn. „Szkolenie z obsługi Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pzp poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”),
 - 5) w ramach postępowania pn. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg realizowanych w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pzp poprzez udzielenie zamówienia z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 4, poz. 2 „Bezprawne udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę”).

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwane dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 3 stycznia 2014 r. wezwła Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 184 687,50 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na potrącenie powyższej kwoty z płatności końcowej). Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 t.j. ze zm., dalej: ufp) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, instytucja, która podpisała umowę z Beneficjentem, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania.

Z uwagi na bezskuteczny upływ terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, z dniem 24 stycznia 2014 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych w ramach RPO WZ na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00. Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w dniu 16 kwietnia 2014 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję nr WWRPO/18/W/2014 orzekającą zwrot od Beneficjenta Gminy Miasto Kołobrzeg z siedzibą przy ul. Ratuszowej 13 w Kołobrzegu części środków otrzymanych w ramach umowy nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. na realizację projektu pn. „Gmin@ na fali” w łącznej kwocie 184 687,50 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych, która następnie w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy została utrzymana decyzją administracyjną nr WWRPO/32/W/2014 z dnia 6 sierpnia 2014 r.

W dniu 8 września 2014 r. Gmina Miasto Kołobrzeg złożyła do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie (dalej: WSA) skargę na decyzję Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/32/W/2014 z dnia 6 sierpnia 2014 r.

Po rozpatrzeniu przedmiotowej sprawy WSA wyrokiem z dnia 30 marca 2015 r. (sygn. akt I SA/SZ 1240/14) uchylił decyzję administracyjną nr WWRPO/32/W/2014 oraz poprzedzającą ją decyzję nr WWRPO/18/W/2014.

IZ RPO WZ w dniu 25 maja 2015 r. złożyła do Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) skargę kasacyjną od ww. wyroku. Wyrokiem z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt II GSK 1366/15 NSA

oddalił skargę kasacyjną IZ RPO WZ. Następnie w dniu 31 marca 2017 r. (data doręczenia prawomocnego wyroku i zwrotu akt) IZ RPO WZ wykonując wyrok NSA ponownie przystąpiła do prowadzenia postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych przez Beneficjenta w ramach umowy nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. na realizację projektu pn. „Gmin@ na fali” w łącznej kwocie 184 687,50 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

Z uwagi na analizę całokształtu materiału dowodowego, w szczególności umowy o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, jak również całej dokumentacji zgromadzonej w sprawie, IZ RPO WZ przedłużała postępowanie administracyjne do dnia 31 sierpnia 2017 r.

Postanowieniem z dnia 26 lipca 2017 r. IZ RPO WZ dopuściła z urzędu przeprowadzenie dowodu z opinii Biegłego z zakresu informatyki w celu ustalenia, czy koszt realizacji zamówień udzielonych w trybie z wolnej ręki, pn.:

1. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
2. „Zamówienie systemu Elektroniczny System Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
3. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
4. „Szkolenie z obsługi Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
5. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg realizowanych w ramach projektu pn. „Gmin@ na fali”,

byłby niższy gdyby Gmina Miasto Kołobrzeg udzieliła ich w trybie konkurencyjnym.

W związku z trwającą procedurą wyboru Biegłego zainicjowaną celem pozyskania opinii IZ RPO WZ przedłużała postępowanie administracyjne do dnia 29 grudnia 2017 r.

Postanowieniem z dnia 18 grudnia 2017 r. IZ RPO WZ powołała D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L.P. D. S. (dalej: Biegły) jako biegłego w postępowaniu administracyjnym wszczętym wobec Beneficjenta.

Mając na uwadze konieczność przygotowania opinii dopuszczonej jako dowód w niniejszym postępowaniu IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 31 stycznia 2018 r.

Pismem z dnia 3 stycznia 2018 r. IZ RPO WZ zawiadomiła Beneficjenta, iż w dniu 12 stycznia 2018 r. od godziny 10:00 w miejscu realizacji przedmiotowego projektu odbędą się oględziny z udziałem Biegłego.

W dniu 12 stycznia 2018 r. Biegły wraz z upoważnionym pracownikiem IZ RPO WZ oraz R. P. kierownikiem Biura Informatyki w Urzędzie Miasta Kołobrzeg dokonali oględzin stworzonych w ramach realizacji projektu systemów, tj.:

1. Zintegrowanego Systemu Finansowo-Księgowego,
2. Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą,
3. Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów.

Następnie Biegłemu została przekazana przez IZ RPO WZ całościowa dokumentacja projektu pn. „Gmin@ na fali”.

Ze względu na oczekiwanie przez organ na przygotowanie przez Biegłego opinii, dopuszczonej jako dowód w niniejszym postępowaniu, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 31 marca 2018 r.

W dniu 6 lutego 2018 r. do IZ RPO WZ wpłynęła wstępna opinia Biegłego z dnia 5 lutego 2018 r. Z uwagi na analizę ww. opinii postępowanie administracyjne zostało przedłużone do dnia 31 marca 2018 r. IZ RPO WZ na podstawie łączącej jej z Biegłym umowy o dzieło w dniu 27 lutego 2018 r. wystąpiła do niego o uzupełnienie opinii z dnia 5 lutego 2018 r.

W związku ze zgłoszonymi przez IZ RPO WZ zastrzeżeniami do opinii Biegły pismem z dnia 7 marca 2018 r. (data wpływu do IZ RPO WZ w dniu 8 marca 2018 r.) przekazał uzupełnioną opinię. Postanowieniem z dnia 30 marca 2018 r., a następnie z dnia 25 kwietnia 2018 r., IZ RPO WZ ze względu na analizę ostatecznej opinii Biegłego przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 30 maja 2018 r.

Nadto pismem z dnia 28 maja 2018 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 t.j., dalej: kpa). Następnie ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła postępowanie administracyjne do dnia 29 czerwca 2018 r.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w tym m.in. wniosku o dofinansowanie projektu pn. „Gmin@ na fali”, umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.03.02.00-32-001/10-00 z dnia 22 października 2010 r. wraz ze wszystkimi aneksami, wyników kontroli, opinii Bieglego, a także wyjaśnień Beneficjenta oraz pełnej analizy stanu faktycznego i prawnego sprawy, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

Beneficjent na podstawie § 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie – o czym była już mowa w niniejszej decyzji – zobowiązany był do przestrzegania pzp w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie do Beneficjenta i do Projektu. Jednocześnie na podstawie § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie według „Taryfikatora”.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Udzielanie zamówień w innym trybie, tj. dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej dopuszczalne jest tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 pzp). W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 5 maja 2016 r. (KIO/KD 27/16, LEX nr 2039441) Izba stwierdziła: „Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień jest wyrażona w art. 10 pzp zasada prymatu przetargowych trybów postępowania. Tryby pozaprzetargowe mogą być stosowane wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie (art. 10 ust. 2 pzp.). Dlatego też przepisy określające przesłanki udzielania takich trybów powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątki od zasady konkurencyjności”.

Przesłankami pozwalającymi zamawiającemu na odstąpienie o ww. zasady i udzielenia zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 pzp jest fakt, iż:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
 - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,
 - c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

W związku z okolicznościami niniejszej sprawy doniosły charakter będzie miała przesłanka zawarta w lit. b. Zamawiający, aby mógł udzielić zamówienia ww. trybie musi wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Pierwsza przesłanka zostanie spełniona, gdy na rynku istnieje tylko jeden wykonawca świadczący dostawy, usługi lub roboty budowlane z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych. Ponadto nie mogą istnieć rozwiązania równoważne objęte tym prawem wyłącznym, które odpowiadałoby rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Okoliczności te muszą mieć charakter obiektywnie trwały i nieprzewidywalny (Józef Edmund Nowicki, pn. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III” wyd. WKP 2018).

Dруга przesłanka zostanie natomiast spełniona w sytuacji gdy ochrona praw wyłącznych będzie wynikać z ustawy. Nie jest zatem dopuszczalne, aby podstawą do stwierdzenia wypełnienia tej przesłanki był stosunek zobowiązaniowy (np. wcześniej zawartej umowy). W rozumieniu omawianego przepisu prawami wyłącznymi będą prawa własności rzeczy, a także prawa własności intelektualnej (prawa autorskie, patenty, wzory użytkowe, znaki towarowe), a zakres tego prawa musi obejmować wyłączne uprawnienie (z wyłączeniem innych osób) do korzystania z rzeczy lub innego dobra. Zamawiający musi zatem wykazać, iż nie istnieją dostawy, usługi lub roboty budowlane mogące zastąpić dostawy, usługi lub roboty budowlane objęte prawem wyłącznym, spełniające określone potrzeby zamawiającego. Tym samym zamawiający musi udowodnić, iż jedynie wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki jest w stanie świadczyć dostawy, usługi lub roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia publicznego, oraz że taki stan rzeczy jest trwały (Józef Edmund Nowicki, pn. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III” wyd. WKP 2018).

Warto w tym miejscu zauważyć, iż jak wskazała to Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) w uchwale z dnia 7 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO/KD 23/10 „przyjęcie iż jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotową umowę z uwagi na ochronę praw autorskich jest podmiot, który wykonał poprzednie umowy, mogłoby prowadzić do patologii rynku zamówień publicznych i akceptowania sztucznego monopolu. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający nie doprowadzają do przeniesienia autorskich praw majątkowych i wiążą się w ten sposób z konkretnym wykonawcą, który jako jedyny będzie mógł realizować przyszłe umowy o dużo większych wartościach niż umowa pierwotna”.

Przenosząc powyższą analizę prawną na okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, iż Beneficjent w Studium wykonalności – które zgodnie z Wytocznymi dla Wnioskodawców ubiegających się o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa

Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 Oś priorytetowa 3 Rozwój społeczeństwa informacyjnego Działanie 3.2. Rozwój systemów informatycznych i e-usług (dalej: Wytyczne dla wnioskodawców), stanowi załącznik do wniosku o dofinansowanie – w pkt. 1.5.1.5 pn. „Zgodność z prawem zamówień publicznych” Beneficjent wskazał, iż w projekcie podmioty mające dostarczyć sprzęt i oprogramowanie zostaną wyłonione w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 39 pzp z uwzględnieniem obowiązku przekazywanie ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Na etapie czynności kontrolnych prowadzonych przez IZ RPO WZ Beneficjent przedstawił dokumenty potwierdzające skierowanie przez Biuro Informatyki Beneficjenta zapytania do Prezydenta Miasta Kołobrzeg o wyrażenie zgody na udzielenie zamówienia pn:

1. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
2. „Zamówienie systemu Elektroniczny System Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
3. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
4. „Szkolenie z obsługi Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
5. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg realizowanych w ramach projektu pn. „Gmin@ na fali”,

w trybie z wolnej ręki. W uzasadnieniu wniosku zostały przedstawione argumenty zgodnie, z którymi zamówienie możliwe jest – w stosunku do każdego z ww. zamówień – wyłącznie u jednego wykonawcy. Powyższe spowodowane jest istniejącymi prawami autorskimi i pokrewnymi dotyczącymi poszczególnych systemów, a tym samym brakiem możliwości wykonania zamówienia przez inną firmę. Opisane powyżej okoliczności w opinii Beneficjenta stanowiły podstawę do uznania, iż ziściły się przesłanki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b pzp, tj.

- a) technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów.

W związku z powyższym Prezydent Miasta Kołobrzeg wyraził zgodę na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

W odpowiedzi na protokół pokontrolny IZ RPO WZ, Beneficjent w piśmie z dnia 26 kwietnia 2013 r. stanowiącego zastrzeżenia, uwagi i wyjaśnienia do wyników kontroli, które zostało uzupełnione pismami z dnia 4 lipca 2013 r. oraz 5 listopada 2013 r. wskazał, iż z uwagi na posiadane autorskie prawa wyłączne i majątkowe oraz trwały związek przyczynowo – skutkowy:

- S. S.A. w odniesieniu do systemu eDOK – postępowanie pn. „Zamówienie systemu Elektroniczny System Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
- U. I. I. – S. R. i T. G. Spółka jawna w odniesieniu do Zintegrowanego Systemu Finansowo-Księgowego – postępowanie pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany system Finansowo-Księgowy w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”,
- V. Sp. z o.o. (która jak podał Beneficjent w danym czasie miała quasi monopol na rynku ze względu na to, że jako jedyna posiadała tak rozbudowane rozwiązanie programowe dla polskich szkół) w odniesieniu do Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą – postępowanie pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali”

są jedynymi wykonawcami uprawnionymi do świadczenia przedmiotu usług w zakresie aktualizowania systemów dziedzinowych funkcjonujących, rozwijanych i zapełnionych danymi przez Beneficjenta, przeprowadzenia migracji systemu oraz świadczenia gwarancji. Tylko bowiem te podmioty, z uwagi na wymienione wyżej prawa, mogą dokonywać zmian w kodzie źródłowym oprogramowania, w przypadku gdyby zmiany takie okazały się konieczne. Dodatkowo Beneficjent zwrócił uwagę, że System Obiegu Dokumentów był zakupiony przy współfinansowaniu ze środków Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) i projekt jest w okresie trwałości, zaś systemy spółek V. Sp. z o.o. i U. I. I. – S. R. i T. G. Spółka jawna są użytkowane od wielu lat i nie ma możliwości ich zastąpienia (już w tym miejscu warto wyjaśnić, iż wszystkie zamówienia udzielone przez Beneficjenta w trybie z wolnej ręki w ramach projektu nr WND-RPZP.03.02.00-32-001/10 pn. „Gmin@ na fali” były niejako konsekwencją uprzednio zawartych umów w przedmiocie dostawy, instalacji i udostępnienia Gminie określonego oprogramowania komputerowego). Nadto wskazano, że oprogramowanie zaktualizowane o nowe narzędzia ingeruje w samą strukturę baz danych w czasie rzeczywistym i nie ma możliwości ich zastąpienia substytutem. Beneficjent już przed złożeniem wniosku aplikacyjnego realizował długofalową strategię dziedzinowania systemów i ich integracji. Systemy były już na tyle zintegrowane, że ich wymiana lub zastąpienie innymi była, zdaniem Beneficjenta, niemożliwa. Beneficjent wskazał, że był związany węzłem obligacyjnym w zakresie udzielonej licencji na ostatnią wersję

oprogramowania. Podkreślił również, iż jego zamiarem było uzupełnienie (aktualizacja) istniejącego, a nie zakup nowego systemu. Ponadto zauważył, że żadne z oprogramowań dziedzinowych nie mogłoby być poprawnie rozszerzone bez przeprowadzenia autorskich szkoleń, a tylko ww. firmy miały dostęp do wersji szkoleniowych.

Przypomnieć należy, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, jak i wykładnią art. 67 ust. 1 pkt 1 pzp, aby można było udzielić zamówienia z wolnej ręki muszą istnieć obiektywne prawa wyłączne przysługujące wykonawcy, które powodują konieczność udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Przy czym przesłanka ta nie zostanie spełniona, gdy istnieją inne równoważne rozwiązania odpowiadające potrzebą zamawiającego. Okoliczności udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu muszą mieć charakter obiektywnie trwałe i nieprzewidywalny, tj. nie mogą istnieć okresowe przeszkody, które uniemożliwiają innym podmiotom realizację przedmiotowego zamówienia. Wskazane powyżej prawa wyłączne muszą ponadto wynikać z ustawy, tym samym ich podstawą nie może być wcześniej łącząca strony, tj. wykonawcę z zamawiającym, węzeł obligacyjny. Prowadziłoby to bowiem do nieprawidłowości na rynku zamówień publicznych i tworzenia sztucznego monopolu. Z podobną sytuacją mamy do czynienia gdy przedmiot umowy jest objęty okresem trwałości w związku z realizacją projektu finansowanego ze środków UE. Wskazać bowiem należy, iż zobowiązanie beneficjenta do zachowania trwałości projektu przez pewien okres (3 lub 5 lat) jest węzłem obligacyjnym istniejącym wyłącznie pomiędzy nim, a właściwą Instytucją zarządzającą, tj. w żaden sposób nie dotyczy wykonawcy. Nie stanowi to zatem obiektywnej przesłanki uniemożliwiającej realizację danego zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem obowiązek zachowania trwałości projektu nie przyznaje wykonawcy żadnych uprawnień (praw wyłącznych). Ponadto przedmiotowa sytuacja nie spełnia wymogu nieprzewidywalności, gdyż z góry wiadomo na jaki okres beneficjentowi zabronione jest ingerowanie w stworzony system.

Tym samym, mając na uwadze wyjaśnienia Beneficjenta przedstawione na etapie czynności kontrolnych IZ RPO WZ uznała, iż przedstawione przez Beneficjenta okoliczności nie wypełniały przesłanek pozwalających na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Nie miały one bowiem trwałego i nieprzewidywalnego charakteru. Beneficjent nie wykazał, iż wykonawcy S. S.A. oraz U. I. I. – S. R. i T. G. Spółka jawna w odniesieniu do systemu eDOK oraz Zintegrowanego Systemu Finansowo-Księgowego przysługują jakiegokolwiek inne prawa własności intelektualnej, oprócz prawa autorskiego. Tym samym Beneficjent wykazał jedynie, iż w stosunku do wytworzonego przez ww. wykonawców oprogramowania przysługiwały im określone prawa autorskie, które uniemożliwiały innym podmiotom dokonywanie zmian w ww. oprogramowaniu. Nie wykluczało to natomiast możliwości tworzenia przez inne podmioty programów o zbliżonej funkcjonalności. Z inną sytuacją mielibyśmy do czynienia gdyby S. S.A. oraz U. I. I. – S. R. i T. G. Spółka jawna posiadali stosowne patenty, które uniemożliwiałyby innym podmiotom stworzenie systemu posiadającego zbliżone funkcjonalności. Tym samym w stosunku do systemu eDOK oraz Zintegrowanego Systemu Finansowo-Księgowego Beneficjent nie wykazał, iż zaszyły obiektywnie trwałe i nieprzewidywalne przeszkody, które nie pozwalałyby na stworzenie oprogramowania zgodnego z przedmiotem zamówienia. Wykazana została tylko niemożność aktualizacji systemu przez inny podmiot, stan ten natomiast wynikał z węzłów obligacyjnych łączących Beneficjenta z wykonawcami. Co za tym idzie okoliczności te spowodowane zostały poprzez niezabezpieczenie przez Beneficjenta własnych interesów, który w umowie z wykonawcami nie zawarł klauzuli umożliwiającej mu ingerencję w zakupione oprogramowanie. Powyższe nie może zatem stanowić podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki (podobnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2012, str. 32). Ponadto tak jak zostało to już wskazane, okoliczności pozostawania systemu eDOK w okresie trwałości, w związku ze wcześniejszą realizacją projektu ze środków UE, nie spełniały przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki określonych w pzp. Wykonawcy bowiem z tego tytułu nie przysługiwały żadne prawa wyłączne, a ograniczenie związane z trwałością projektu nie miało charakteru nieprzewidywalnego.

W stosunku do systemu stworzonego przez firmę V. Sp. z o.o., tj. Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą Beneficjent wskazał, iż ww. firma posiadała quasi monopol na rynku ze względu na to, że jako jedyna posiadała tak rozbudowane rozwiązanie programowe dla polskich szkół. Jednocześnie przedstawione zostały tożsame okoliczności, jak do powyżej omawianych systemów. W związku z powyższym wskazać należy, iż okoliczności istnienia jedynej wykonawcy muszą mieć charakter obiektywny, nie mogą zatem opierać się na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko, znanego mu już wcześniej, wykonawcy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01). Fakt, że tylko jedna firma posiadała już dane rozwiązanie w postaci oprogramowania nie wyklucza możliwości stworzenia oprogramowania o wymaganych funkcjonalnościach przez inny podmiot. Wskazany zatem przez Beneficjenta quasi monopol miał charakter chwilowy i przewidywalny. Zatem sam fakt posiadania przez Beneficjenta wiedzy, iż nie

ma innego podmiotu mogącego stworzyć dane oprogramowanie, nie może stanowić podstawy do uznania, że zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Odnosząc się do kwestii szkoleń objętych zamówieniami pn. „Szkolenie z obsługi Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. „Gmin@ na fali”, wskazać trzeba, iż zgodnie z treścią wniosku o wyrażenie zgody na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki: „(...) dystrybucja oprogramowania odbywa się wyłącznie w oparciu o zasoby własne firmy, firma nie prowadzi dystrybucji w oparciu o jakąkolwiek sieć dystrybutorów, dealerów czy partnerów handlowych. Usługi informatyczne oraz szkolenia realizowane są wyłącznie w oparciu o certyfikowanych konsultantów. Firma jako jedyna posiada wersje szkoleniowe do swoich produktów”. W myśl zapisów umowy nr INF.3044.10.2011.K z dnia 18 listopada 2011 r. (zawartej na realizację Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów), począwszy od dnia podpisania protokołu odbioru, wykonawca udziela Zamawiającemu niewyłącznej, nieprzenoszalnej licencji na korzystanie z oprogramowania na wymienionych w niej polach eksploatacji (§ 10 ust 1). Beneficjent kształtując w ten sposób swoją sytuację prawną uniemożliwił innym podmiotom na przygotowanie i zrealizowanie usługi szkoleniowej, tym bardziej, że zamówione oprogramowanie było wiodące na rynku. Tym samym założyć należy, iż znalazłyby się inne podmioty, które byłyby w stanie przeprowadzić szkolenie odpowiadające wymogom Beneficjenta. W związku z tym na podstawie poprzedniego zamówienia (umowa nr INF.3044.10.2011.K) – udzielonego również w trybie niekonkurencyjnym – Beneficjent tak ukształtował swoją sytuację prawną, iż nawet gdyby na rynku istniały inne podmioty mogące wykonać przedmiotowe zamówienia, to i tak ze względu na wcześniejszy stosunek zobowiązaniowy nie mógłby udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym. Powyższe doprowadziło de facto do ominięcia wymogów ustawy pzp (podobnie NSA w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r., syng. akt II GSK 7/2006).

Tożsame okoliczności wystąpiły w przypadku zamówienia pn. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg w ramach projektu pn. „Gmin@ na fali”, bowiem umowa licencyjna z dnia 17 sierpnia 2006 r. (na Oprogramowanie Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą) nie pozwalała na eksploatację oprogramowania polegającej na jego udostępnianiu na potrzeby przygotowania i przeprowadzania szkoleń innym podmiotom poza samym autorem, tj. V. Sp. z o.o.

Umowa zawarta w ramach postępowania pn. „Zamówienie oprogramowania Zintegrowany System Zarządzania Oświatą w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” nie przewidywała eksploatacji oprogramowania polegającej na jego udostępnianiu na potrzeby przygotowania i przeprowadzania szkoleń innym podmiotom poza samym autorem, tj. V. Sp. z o.o. Wobec powyższego, żaden inny podmiot nie mógł w sposób należyty wykonać usługi w zakresie szkolenia w posługiwaniu się tym oprogramowaniem. Tymczasem jak już wskazywano powyżej umowna ochrona praw autorskich (prawa wyłączne przynależne V. Sp. z o.o.) nie może uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności udzielenia przedmiotowych zamówień wskazać należy, iż ich udzielenie w trybie z wolnej ręki było następstwem umownej (kontraktowej) ochrony prawa wyłącznego, które stanowiło – w opinii Beneficjenta – uzasadnienie do zastosowania ww. trybu na podstawie art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b pzp. Jak zostało to już omówione w niniejszej decyzji powyższe nie może zostać uznane za obiektywną przesłankę, bowiem ochrona takiego prawa wyłączonego wynikać musi z ustawy (podobnie Józef Edmund Nowicki, pn. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III” wyd. WKP 2018). Beneficjent również w sposób niekorzystny ukształtował swoją sytuację prawną poprzez zawarcie umów z wykonawcami, które bezpośrednio rzutowały na możliwość udzielenia późniejszych zamówień i de facto zmuszały do zawierania umów z konkretnymi podmiotami, bez zachowania wymogu konkurencyjności. Jak już zostało to omówione takie ukształtowanie swojej sytuacji prawnej nie może stanowić podstawy do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki (podobnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2012, str. 32).

Podsumowując Gmina Miasto Kołobrzeg nie zagwarantowała udzielenia zamówień publicznych z poszanowaniem konkurencyjności i równego traktowania. Podstawowym trybem udzielenia zamówienia jest przetarg ograniczony i nieograniczony (art. 10 ust. 1 pzp), a udzielanie zamówień w innym trybie, w tym z wolnej ręki, może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie. Samo spełnienie przesłanek udzielania zamówień w takim trybie powinno być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady konkurencyjności.

W niniejszej sprawie Beneficjent nie wykazał, iż zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 67 ust. 1 lit. b. Nie zostało bowiem przez niego udowodnione, iż wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę (w tym również pochodzącego z innych państw członkowskich UE) było niemożliwe ze względu na przysługujące podmiotowi ochronę praw wyłączonych, albo że istnienie takich praw

wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi oraz że okoliczności te mają charakter trwały i nieprzezwycięzalny.

Beneficjent nie wykazał również, iż ochrona praw wyłącznych wynika z obowiązujących przepisów prawa. We wszystkich wyjaśnieniach Beneficjenta wskazywane zostało, iż udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki wynika z wcześniej zawartego stosunku zobowiązaniowego (kontynuacja wcześniej zawartych umów z wykonawcami).

Tym samym Beneficjent udzielił zamówień w trybie z wolnej ręki pomimo niespełnienia ustawowych przesłanek, czym naruszył zapisy pzp oraz umowy o dofinansowanie, a tym samym wystąpiło podejrzenie zaszkodzenia interesowi UE i narażenia jej budżetu na straty.

Wskazać należy, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a uzppr ustalanie i nakładanie korekt finansowych, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o których mowa w przepisach ufp. Zgodnie z art. 207 ust. 1 ufp, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

- 1) wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- 2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,
- 3) pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości

– podlegają zwrotowi przez Beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji, o której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Niemniej jednak warunkiem, aby IZ RPO WZ mogła nałożyć korektę i wydać decyzję o zwrocie jest wykazanie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Co za tym IZ RPO WZ musi wykazać wystąpienie nieprawidłowości określonej w art. 2 ust. 7 Rozporządzenia nr 1083/2006.

IZ RPO WZ badając wystąpienie szkody, z uwagi na specyfikę udzielanych zamówień, jak również fakt wskazania przez NSA w wyroku z dnia 20 grudnia 2016 r. (sygn. akt II GSK 1366/15) oddalającego skargę kasacyjną IZ RPO WZ w niniejszej sprawie, iż organ nie przedstawił na tle ustalonego stanu faktycznego wysokości zaistniałej szkody oraz tego, że samoistnym skutkiem stwierdzonego naruszenia pzp było potencjalne spowodowanie szkody w budżecie UE, postanowieniem z dnia 26 lipca 2017 r. dopuściła dowód z opinii Biegłego z zakresu informatyki, a następnie postanowieniem z dnia 18 grudnia 2017 r. powołała Biegłego, który miał przygotować opinię odpowiadającą na pytanie czy koszt realizacji zamówień udzielonych przez Beneficjenta w trybie z wolnej ręki byłby niższy gdyby Gmina Miasto Kołobrzeg udzieliła ich w trybie konkurencyjnym.

W dniu 7 marca 2018 r. Biegły przedłożył IZ RPO WZ ostateczną opinię w niniejszej sprawie. W opinii Biegły dokonał analizy systemów (na podstawie dokumentacji projektu, jak i oględzin), które były przedmiotem prowadzonych przez Beneficjenta postępowań o udzielenie zamówienia. Analiza systemów wskazanych w pkt. 1 – 3 doprowadziła do wniosku, iż w studiach wykonalności projektów wskazano, że Beneficjent nie będzie zamawiał nowych systemów, ale ma zamiar je rozbudować. Biegły badając rynek na dzień udzielenia zamówienia określił, iż nie istniały systemy tożsame z:

1. Zintegrowanym Systemem Finansowo-Księgowy,
2. Elektronicznym Systemem Obiegu Dokumentów,
3. Zintegrowanym Systemem Zarządzania Oświatą.

Zatem – w opinii Biegłego – Beneficjent nie mógł zamówić innego, gotowego systemu, który posiadałby tożsame funkcjonalności z wyżej wymienionymi i który współpracowałby z posiadaną przez Beneficjenta infrastrukturą techniczną za niższą, niż zostało to wykonane, cenę.

Odnosnie systemów zawartych w pkt 1 i 3 wskazane zostało, iż jedynym rozwiązaniem byłoby zamówienie nowych systemów „szytych na miarę”, czyli na indywidualne zamówienie Beneficjenta. Systemy te musiałyby spełniać wszystkie stawiane w projekcie wymagania oraz umożliwiać migrację dotychczas zebranych danych. Zebrane bowiem w starych systemach dane są własnością Beneficjenta, który może je przetwarzać poza systemami źródłowymi. Tak więc teoretycznie Beneficjent mógł wyeksportować te dane do otwartych plików np. wg standardu CSV, o ile przedmiotowe systemy udostępniały takie możliwości lub Beneficjent posiadał inne legalne narzędzia umożliwiające eksport danych z tych baz. To dałoby możliwość potencjalnemu wykonawcy import przedmiotowych danych do nowych systemów. Niemniej jednak – jak zostało to wskazane w opinii – mając na uwadze bardzo krótki termin realizacji projektu, po odjęciu czasu potrzebnego na wyłonienie wykonawcy w trybie konkurencyjnym (około 1 miesiąca) oraz czasu na wdrożenie, migrację danych i szkolenia użytkowników (około 2 miesięcy) nowe systemy musiałyby być zbudowane w zaledwie 5 miesięcy. Proces budowy systemu komputerowego jest bardzo skomplikowany i składa się z kilku kluczowych etapów, jak: analiza potrzeb zamawiającego, projekt systemu, oprogramowanie (zakodowanie), testy, dokumentacja dla użytkownika. W związku z powyższym zadania te nie mogłyby

być zrealizowane w sposób konkurencyjny, gdyż zaangażowane środki osobowe i finansowe potencjalnego wykonawcy wielokrotnie przekroczyłyby wartość oferowanych systemów.

Ponadto odnośnie Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów (pkt nr 2) wskazane zostało, iż system ten był w okresie trwałości projektu (został zakupiony wcześniej przy współfinansowaniu ze środków UE), tym samym Beneficjent nie mógł zamówić innego, gotowego systemu, który posiadałby tożsame ze Zintegrowanym Systemem Obiegu Dokumentów Miasta funkcjonalności i który współpracowałby z posiadaną przez Beneficjenta infrastrukturą techniczną. Jednocześnie wskazano, iż zakres umowy w pełni uzasadnia wysokość wynagrodzenia dla wykonawcy, tym bardziej że w tamtym czasie nie istniały inne podmioty mogące zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Biegły analizując zamówienie pn. „Szkolenie z obsługi Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów w ramach projektu pn. Gmin@ na fali” wskazał, iż „najbardziej rzetelną wiedzę i środki na temat Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów posiada jego producent. A skoro producent nie prowadzi otwartego systemu certyfikacji trenerów (wynika z informacji na stronie firmy S. S.A.), to inne podmioty nie mają możliwości zdobycia na tyle rzetelnej wiedzy na temat takiego systemu, aby móc samodzielnie prowadzić szkolenia z tego zakresu w sposób prawidłowy i wiarygodny dla Beneficjenta”. Tym samym Biegły stwierdził, iż jedynym podmiotem mogącym faktycznie przeprowadzić przedmiotowe szkolenie była firma S. S.A. Zgodnie z umową zawartą na realizację ww. szkolenia miało ono obejmować 12 dni szkoleniowych po 15 osób w grupach. Wykonawca zapewniał we własnym zakresie sale szkoleniowe, stanowiska komputerowe z przygotowanym środowiskiem testowym dla każdego z uczestników, materiały dydaktyczne i mini bufet. W opinii Biegłego tak szeroki zakres umowy uzasadniał całkowity koszt tego szkolenia.

Następnie analizie poddane zostało zamówienie pn. „Szkolenie UONET'u w placówkach oświatowych podległych Gminie Miasto Kołobrzeg realizowanych w ramach projektu pn. „Gmin@ na fali”. Biegły analizując modułową strukturę szkolenia stwierdził, iż „najbardziej rzetelną wiedzę i środki na temat Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą – V. posiada jego producent. A skoro producent nie prowadzi otwartego systemu certyfikacji trenerów (wynika z informacji na stronie firmy V. sp. z o.o.), to inne podmioty nie mają możliwości zdobycia na tyle rzetelnej wiedzy na temat takiego systemu, aby móc samodzielnie prowadzić szkolenia z tego zakresu w sposób prawidłowy i wiarygodny dla Beneficjenta”. Tym samym Biegły uznał, iż jedynym podmiotem mogącym faktycznie przeprowadzić przedmiotowe szkolenie była firma V. sp. z o.o., a szeroki zakres umowy w pełni uzasadnia całkowity koszt tego szkolenia.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż nawet wybranie przez Beneficjenta konkurencyjnego trybu zamówienia zgodnie z pzp nie spowodowałoby obniżenia kosztów realizacji przedmiotowych zamówień.

Mając na uwadze fakt, iż aby IZ RPO WZ mogła żądać od Beneficjenta zwrotu wypłaconych mu w ramach projektu realizowanego ze środków Unii Europejskiej konieczne jest wystąpienie nieprawidłowości. Zgodnie z definicją nieprawidłowości występuje ona gdy zostanie stwierdzone jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE. Zauważyć należy, iż to na organie orzekającym ciąży obowiązek dokonania konkretnej i rzeczowej analizy czy stwierdzone naruszenie mogło spowodować szkodę, tym samym nie jest wystarczające samo przyjęcie domniemania o narażeniu na szkodę, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego i analizy. Samo bowiem naruszenie przez Beneficjenta zasad udzielania zamówień publicznych nie musi automatycznie doprowadzić do nieuzasadnionego wydatkowania środków unijnych (wyrok NSA z dnia 20 grudnia 2016 r., sygn. akt II GSK 1366/15). Zgodnie z tezą wyroku NSA z dnia 12 grudnia 2014 r. (sygn. akt II GSK 1467/13) warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE (Wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. akt II GSK 610/14). Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Tym samym IZ RPO WZ może odstąpić od nałożenia korekty wyłącznie w przypadku jeżeli naruszenie pzp miało charakter rzeczywiście formalny i nie mogło mieć wpływu na wysokość rzeczywistej czy potencjalnej szkody, tj. kiedy nie wystąpiła nieprawidłowość (wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, iż Beneficjent udzielając zamówień w trybie z wolnej ręki bez spełnienia ustawowych przesłanek wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b pzp naruszył obowiązujące go prawo, niemniej jednak naruszenie to nie spowodowało wystąpienia ani potencjalnej, ani rzeczywistej szkody. Co za tym idzie w niniejszej sprawie nie

wystąpiła nieprawidłowość, a stwierdzone naruszenie prawa miało charakter wyłącznie formalny. Powyższe skutkuje tym, iż IZ RPO WZ nie może wobec Beneficjenta zastosować korekty finansowej, a tym samym wydać decyzji w przedmiocie zwrocie środków.

Wskazania wymaga, iż zgodnie z brzmieniem art. 105 § 1 kpa, w sytuacji, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi powyższy przepis, oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej, co do istoty (wyrok NSA z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt II OSK 2104/10). Umorzenie jako środek ostateczny, niweczący dotychczasowe wyniki postępowania stosować należy, gdy osiągnięcie celu postępowania administracyjnego staje się bezzasadne z uwagi na okoliczności stanowiące trwałą i nieusuwalną przeszkodę do jego kontynuowania. Zgodnie z wyrokiem WSA w Gliwicach z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt II SA/GI 1392/12 sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa w rozumieniu art. 105 § 1 kpa wtedy, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej (w formie decyzji administracyjnej) ingerencji organu administracyjnego. Wówczas jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne pozytywne, czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne. Wskazać należy, iż przesłanka umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, jednakże może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem. Powyższe miało miejsce w przedmiotowej sprawie, bowiem w trakcie postępowania administracyjnego IZ RPO WZ ustaliła, iż Beneficjent pomimo naruszenie przepisów pzp poprzez udzielenie zamówienie w trybie z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b, nie spowodował szkody w budżecie ogólnym UE. Jednocześnie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwolił na zmianę stanowiska IZ RPO WZ w kwestii zastosowanej korekty finansowej w stosunku do części wydatków poniesionych w projekcie, z uwagi na co IZ RPO WZ odstąpiła od zastosowania korekty.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, dokumentację czynności kontrolnych, opinię Biegłego, IZ RPO WZ odstępuje od stwierdzenia nieprawidłowości w projekcie pn. „Gmin@ na fall” oraz w oparciu o art. 105 § 1 kpa umarza postępowanie.

Zważywszy na powyższe na skutek zaistniałej bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego orzeczono jak w sentencji.

Pouczenie

Od niniejszej decyzji nie służy odwołanie, jednakże strona może się zwrócić do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z siedzibą w Szczecinie przy ul. Korsarzy 34, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego