

Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE

1. Cel dokumentu

Celem niniejszego dokumentu jest ustalenie zasad wymierzania korekt finansowych za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE w latach 2000 – 2006 oraz 2007 – 2013. Dokument ten został opracowany w oparciu o Decyzję C (2013) 9527, w sprawie określenia i zatwierdzenia wytycznych w sprawie korekt finansowych nakładanych przez Komisję na wydatki finansowane przez Unię w ramach zarządzania dzielonego, w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych¹.

Stanowi on:

- instrukcję postępowania przeznaczoną dla instytucji odpowiedzialnych za nakładanie korekt finansowych (tzn. Instytucji Zarządzających lub instytucji, do których oddelegowane zostały kompetencje w tym zakresie), wykorzystywaną w procesie obliczania wartości nieprawidłowości, korekt finansowych i wartości wydatków niekwalifikowalnych;
- dokument pomocniczy dla Instytucji Audytowej (instytucji właściwej ds. kontroli wyrywkowej), który może być wykorzystywany w celu oszacowania poziomu błędów związanych z procedurami udzielania zamówień publicznych.

2. Stosowanie dokumentu

Dokument ma zastosowanie do korekt finansowych związanych z nieprawidłowościami wykrytymi po dacie 31 maja 2014 r.

3. Naruszenie zasad zamówień publicznych

Niniejszy dokument dotyczy kwestii naruszeń w stosowaniu prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów Ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. Nr 907, ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

¹ COMMISSION DECISION of 19.12.2013 on the setting out and approval of the guidelines for determining financial corrections to be made by the Commission to expenditure financed by the Union under shared management, for non-compliance with the rules on public procurement C(2013) 9527 final.

Istotnym dla ustalenia zakresu naruszeń, do których stosuje się niniejszy dokument, jest ustalenie zakresu pojęcia „prawo unijne w dziedzinie zamówień publicznych”. Obejmuje ono przede wszystkim:

- **Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)**

Traktat ustanawia szereg fundamentalnych zasad leżących u podstaw Unii Europejskiej, które odnoszą się także do zamówień publicznych. W dziedzinie zamówień publicznych do najważniejszych spośród owych fundamentalnych zasad należą:

- zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE),
- swobodny przepływ towarów oraz zakaz ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie, oraz wszelkich środków o skutku równoważnym (art. 28 i n. TFUE),
- swoboda prowadzenia działalności gospodarczej (art. 49 i n. TFUE),
- swoboda świadczenia usług (art. 56 i n. TFUE).

- **Dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych**

Obecnie obowiązującymi dyrektywami regulującymi rynek zamówień publicznych w Unii Europejskiej są²:

- *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*³,

- *Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*⁴,

- *Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane,*

² Wraz z aktami wykonawczymi oraz zmieniającymi

³ Uchylona Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (Termin implementacji dyrektywy do porządków prawnych państw członkowskich UE upływa 18 kwietnia 2016 r.)

⁴ Uchylona Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Termin implementacji dyrektywy do porządków prawnych państw członkowskich UE upływa 18 kwietnia 2016 r.)

- Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji,

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE.

Jednocześnie należy podkreślić, że kontroli pod kątem zgodności z zasadami traktatowymi podlegają również zamówienia, do których nie mają zastosowania powyższe dyrektywy oraz zamówienia objęte nimi jedynie częściowo. Wskazówki dotyczące sposobu rozumienia zasad traktatowych odnośnie ww. zamówień należy rozumieć w świetle Komunikatu Wyjaśniającego Komisji 2006/C 179/2 dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.

4. Wysokość korekt finansowych

Przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów Pzp należy brać pod uwagę, z jednej strony, rodzaj lub stopień naruszenia, z drugiej zaś skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE.

Wysokość korekt finansowych powinna więc, co do zasady, odpowiadać wartości nieprawidłowości, którą zgodnie z definicją zawartą w 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 uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, jest jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej przez finansowanie nieuzasadnionego wydatku. Oznacza to zarazem brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują lub nie mogłyby wywołać żadnych skutków finansowych.

5. Metody ustalenia wysokości korekty

Ustalenie wysokości korekty może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Są to określenia umowne, przyjęte na potrzeby niniejszego dokumentu.

a) Metoda dyferencyjna

W celu ustalenia istnienia oraz wielkości szkody z wykorzystaniem metody dyferencyjnej należy porównać wysokość rzeczywiście wydatkowanych (lub zakontraktowanych) środków na sfinansowanie zamówienia po zaistnieniu naruszenia ze stanem hipotetycznym, jaki by istniał, gdyby nie nastąpiło rozpatrywane naruszenie. Innymi słowy, należy uchwycić różnicę pomiędzy wysokością rzeczywistych wydatków ze środków funduszy UE po wystąpieniu naruszenia, a hipotetyczną wysokością takich wydatków w sytuacji, gdyby naruszenie nie miało miejsca.

Zasadą powinna być konkretyzacja wysokości korekt finansowych. Konkretyzacja ta ma polegać na ustaleniu wysokości szkody na podstawie analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ofert złożonych przez wykonawców. Powyższa analiza winna mieć przede wszystkim na celu indywidualne oszacowanie rozmiaru szkody spowodowanej ujawnionym naruszeniem.

b) Metoda wskaźnikowa

W przypadku nieprawidłowości związanych z procedurami udzielania zamówień publicznych skutki finansowe określonego naruszenia często są pośrednie lub rozproszone, a zatem trudne do oszacowania. Dlatego w przypadkach, gdy obliczenie konkretnego rozmiaru szkody wywołanej naruszeniem jest trudne, czy wręcz niemożliwe, dla ustalenia wysokości korekty posłużyć się należy metodą wskaźnikową. Stosując tę metodę wysokość korekty oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia, według wzoru:

$$W_k = W\% \times W_{kw} \times W_s$$

gdzie:

W_k – wysokość korekty finansowej;

W_{kw} – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia;

W_s – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE;

$W\%$ – wskaźnik procentowy nałożonej korekty.

Metodą określenia finansowego wymiaru nieprawidłowości jest pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w ramach projektu lub kontraktu obciążonego nieprawidłowością o wartość procentową, wskazaną we właściwej tabeli, stanowiącej załącznik do niniejszego dokumentu. Pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych skutkować powinno proporcjonalnym pomniejszeniem kwoty dofinansowania pochodzącego z funduszy UE. Otrzymana w wyniku przeprowadzenia powyższego działania kwota stanowi wartość korekty finansowej kompensującej domniemaną szkodę dla budżetu UE.

Użyty w powyższym wzorze wskaźnik procentowy nałożonej korekty wyraża abstrakcyjny i uśredniony stopień „szkodliwości” określonego typu naruszenia. Wskaźnik procentowy przyjmuje się w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do niniejszego dokumentu. Zawarte w załączniku tabele zawierające kategorie nieprawidłowości oraz odpowiadające im wskaźniki procentowe służące obliczaniu wartości korekty finansowej są, na tyle na ile jest to możliwe, wyczerpujące. Jeżeli jednak stwierdzona nieprawidłowość nie została uwzględniona w tabeli właściwej dla danego zamówienia, należy przyjąć wskaźnik procentowy odpowiadający najbliższej rodzajowo kategorii naruszenia zawartej w tej tabeli.

Przedstawione w załączonych tabelach wskaźniki procentowe mogą być obniżane jedynie w przypadku wskazanych w tych tabelach kategorii, które w kolumnie Uwagi zawierają informację o możliwości stopniowania korekty w zależności od wagi nieprawidłowości. Wskaźniki procentowe nie mogą być obniżane w przypadku kategorii, dla których wskazano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżania. Obniżenie korekty powinno być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie w odniesieniu do konkretnego zamówienia, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na naruszenie zasad konkurencyjności, przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji. Do przesłanek, które nie powinny stanowić podstawy do obniżenia korekty należą przykładowo następujące okoliczności⁵:

- brak protestów/ odwołań wniesionych przez oferentów;
- liczba ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych w ramach danego postępowania;
- fakt, że zamawiający nie odrzucił żadnej oferty w wyniku oceny zgodności z danym wymogiem;
- żaden oferent nie został wykluczony i żadne oferty nie zostały odrzucone;
- wartość elementów zamówienia dotkniętych naruszeniem.

W przypadku zamówień, które nie są objęte lub są objęte jedynie częściowo dyrektywami należy wziąć pod uwagę transgraniczny charakter zamówienia, tj. rozważyć kwestię, czy dane zamówienie może stać

⁵ Ustalenie nr 12 Audytu Komisji Europejskiej przeprowadzonego w dniach 21-25 listopada 2011 r. misja nr 2011/PL/REGIO/J4/1038/1

się przedmiotem zainteresowania podmiotów mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z opiniami wyrażanymi w raportach Komisji Europejskiej, poziom korekty nie może zostać obniżony w przypadku znaczącego naruszenia konkurencyjności. Ponadto przy analizowaniu wagi konkretnych nieprawidłowości należy brać pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Korektę finansową w wysokości 100% można zastosować w najpoważniejszych przypadkach, kiedy nieprawidłowość działa na korzyść pewnych oferentów lub kandydatów albo kiedy nieprawidłowość ma związek z przypadkiem np. oszustwa stwierdzonego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny.

Procentową wysokość kwoty współfinansowania ze środków funduszy UE określa się mając na uwadze rzeczywisty, a nie planowany, rozmiar środków wydatkowanych na sfinansowanie danego zamówienia. W przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych, należy zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej.

Ostateczna decyzja co do wysokości zastosowanego wskaźnika korekty należy do instytucji odpowiedzialnych za nakładanie korekt finansowych.