

Jak się bronić przed korektami i zwrotem dotacji unijnych

Na samorządy nakładane są wysokie kary nawet za drobne naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych. Skutkiem tego jest wstrzymanie bieżących wypłat oraz to, że fundusze trzeba oddać z odsetkami



Jacek Wilczewski
radca prawny,
wspólnik GWW
Legal



Grzegorz Karwatowicz
ekspert w zakresie zamówień publicznych oraz funduszy unijnych
GWW Legal

Zdarza się, że kary prowadzą nawet do upadku prowadzonych projektów. Dlatego tak ważne jest pozyskanie wiedzy, jak bronić się przed korektami. Organy administracji wspólnotowej po doświadczeniach wynikających z pierwszego okresu realizacji projektów współfinansowanych ze środków unijnych wprowadziły system korekt finansowych. W poprzednim okresie programowania (lata 2004-2006) w przypadku wystąpienia nieprawidłowości beneficjent zobowiązany był zwrócić całość przyznanej pierwotnie dotacji. Obecnie zwróci tyle, ile warta jest nieprawidłowość. Wartość korekty finansowej ustalona jest bowiem poprzez porównanie wydatków, jakie nastąpiły, z wartością wydatków, które powinny być faktycznie poniesione, gdyby do nieprawidłowości nie doszło (metoda dyferencyjna). [Przykład 1]

System korekt, co do istoty, jest więc korzystny dla beneficjentów, gdyż ogranicza wielkość nałożonej sankcji. Dlaczego więc beneficjenci masowo go oprotestowują? Odpowiedź jest jednoznaczna. Wprawdzie sama idea ustanowienia systemu nakładania sank-

cji uwzględniających rzeczywistą wartość występującej nieprawidłowości, zamiast zwrotu całości kwoty wsparcia jest słuszna, ale jej wykonanie i praktyka kontrolna pozostawiają wiele do życzenia.

Niesprawiedliwy taryfikator

Jeżeli instytucja nakładająca korektę finansową nie może ustalić jej wartości przy pomocy metody dyferencyjnej, może posłużyć się tzw. taryfikatorem, czyli ustalić wartość korekty finansowej metodą wskaźnikową. Taryfikator to zestawienie kar określone przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego za naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych. W taryfikatorze poszczególnym naruszeniom ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. nr 113 poz. 759 z późn. zm.) przyporządkowano procentowe wartości korekt, przykładowo: 5 proc., 25 proc. czy 100 proc. Praktyka stosowania taryfikatora niesie za sobą mnóstwo wątpliwości. Przede wszystkim instytucje nakładające korektę finansową zbyt szybko po niego sięgają. Tymczasem pierwszeństwo ma metoda dyferencyjna, która nakazuje ustalenie faktycznej szkody. Dopiero gdy nie jest to możliwe, wartość korekty można obliczyć przy pomocy taryfikatora. Instytucje jednak często nawet nie próbują ustalić wartości rzeczywistej szkody, tylko od razu sięgają po te ustalenia. Skutki takich działań bywają druzgoczące. [Przykład 2]

Kontrola zbyt powierzchowna

Paradoksalnie w latach 2004-2006 beneficjenci

posiadali znacznie większą pewność prawną niż obecnie, kiedy obowiązuje system nakładania korekt finansowych. Jeżeli bowiem instytucje zdiagnozowały naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, to żądały zwrotu środków jedynie wówczas, gdy naruszenie miało charakter istotny i niosło za sobą szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. W praktyce nie pojawiało się żądanie zwrotu środków, nawet jeśli dochodziło do naruszeń o charakterze formalnym oraz takim który nie niosł żadnego skutku finansowego, nawet ewentualnego. W obecnym programowaniu (lata 2007-2013) również obowiązuje zasada, iż nie należy nakładać korekt finansowych (żądać zwrotu części lub całości przyznanego współfinansowania), w przypadku gdy wykryte naruszenia przepisów o zamówieniach mają jedynie charakter formalny i nie niosą za sobą żadnych skutków finansowych. Ale praktyka kontrolna jest inna. Kiedy w poprzednim okresie programowania instytucja przyznająca środki miała zażądać zwrotu całości współfinansowania przyznanego na wykonanie przedmiotu przetargu, to w sposób pełny i wnikliwy analizowała zaistniały przypadek. Obecnie instytucje w sposób lakoniczny uzasadniają swoje rozstrzygnięcia, żądając często zwrotu środków za drobnostki natury formalnej, które nie rodzą żadnych skutków finansowych. [Przykład 3]

Warto pamiętać, że korekta nie jest sankcją za naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, choć w polskiej praktyce została z nią utożsamiona. Powinna być nałożo-

na tylko wówczas, gdy szkodzi budżetowi.

Do kogo się odwołać

Na domiar złego beneficjenci nie mają klarownej drogi odwoławczej. Korekta finansowa nakładana jest zwykłym pismem w sprawie lub w treści informacji z przeprowadzonej kontroli. Beneficjent może złożyć zastrzeżenia, które jednak w praktyce nic nie dają. Instytucje nie są bowiem skłonne same zmieniać swojego zdania. Po rozpatrzeniu zastrzeżeń beneficjent otrzymuje pismo z informacją, że jest to ostateczne rozstrzygnięcie, i równocześnie zostaje wezwany do zwrotu środków. Następnie instytucja wszczyna postępowanie administracyjne zakończone decyzją administracyjną o zwrocie środków. W toku postępowania na gruncie art. 10 k.p.a. informuje beneficjenta, że ten może brać aktywny udział w postępowaniu. Może więc odnosić się do zgromadzonego materiału dowodowego oraz zgłaszać własne dowody. Pytanie: po co? Skoro od tej samej instytucji beneficjent otrzymał wcześniej pismo, że rozstrzygnięcie w zakresie korekty jest ostateczne.

Prawdą jest jednak także to, że umowy o dofinansowanie zawierają w wielu przypadkach kolizyjne zapisy względem siebie. Z jednej strony wskazują, że zwrot środków odbywa się w toku postępowania administracyjnego, a jednocześnie z treści umowy wynika, że wszelkie spory - a także przeciw wystąpiły w sprawie nałożenia korekty - rozwiązywane są w sądzie powszechnym. Umowy więc de facto przewidują dwa środki zaskarżenia, tj. administracyjny i cywilny, co jest niedopusz-

PRZYKŁAD 1

Niewłaściwe wykluczenie

Beneficjent udzielający zamówienia bezpodstawnie wykluczył z postępowania wykonawcę A, który złożył ofertę realizacji przedmiotu zamówienia za 10 mln zł. Następnie zawarł umowę na realizację zamówienia z innym przedsiębiorcą, który oferował 11 mln zł. W tym wypadku wartość nieprawidłowości, a co za tym idzie, wartość korekty finansowej, wynosi 1 mln zł. Dlaczego? Gdyby beneficjent błędnie nie wykluczył z prowadzonego postępowania przetargowego wykonawcy A, to na realizację kontraktu wydano by 10 mln zł, nie zaś 11 mln zł.

PRZYKŁAD 2

Taśma na wagę złota

Beneficjent udziela zamówienia publicznego na robotę budowlaną o wartości 10 mln zł. W treści opisu przedmiotu zamówienia wskazuje na nazwę taśmy izolacyjnej, która detalicznie kosztuje 9,99 mln zł. Instytucja nakłada zaś korektę finansową za wadliwy opis przedmiotu zamówienia w wysokości aż 5 proc. wartości kontraktu, to jest 0,5 mln zł. Od razu rodzi się więc pytanie o proporcjonalność w wymiarze korekty.

PRZYKŁAD 3

Za zbędne zaświadczenie

Korektę finansową nałożono w kilkunastomilionowym przetargu za żądanie zaświadczenia o wpisie przedsiębiorcy do Ewidencji Działalności Gospodarczej. Wprawdzie zamawiający (beneficjent) nie miał prawa żądać takiego zaświadczenia, ale argumentacja instytucji przyznającej środki zadziwia. Uzasadnieniem do nałożenia korekty finansowej była hipotetycznie występująca sytuacja, w której przedsiębiorca zrezygnował ze złożenia oferty w przetargu wartym kilkanaście milionów złotych. Poczł się bowiem zniechęcony obowiązkiem przekazania tego zaświadczenia i nie złożył oferty. A właśnie ta oferta hipotetycznie mogła być tańsza od oferty najkorzystniejszej. Ustalenie to jest nie tyle teoretyczne, ile abstrakcyjne. W żaden sposób nie uwzględnia także praktyki udzielania zamówień publicznych i doświadczenia życiowego. Który bowiem z racjonalnie działających przedsiębiorców nie złożyłby oferty na kilkunastomilionowe zlecenie ze względu na wymaganie od niego zaświadczenia? Tym bardziej że do oferty, której prawidłowości instytucja nie podważała, miał załączyć jeszcze kilkanaście innych dokumentów. Naruszenie to posiadało ewidentnie formalny charakter i nie powinno być karane korektą. Kontrolujący nie uwzględnił jednak istoty korekty finansowej, która ma funkcję ochrony budżetu unijnego.

czalne. W sprawach korekt orzekają więc zarówno sądy administracyjne, jak i cywilne. Ale na rozstrzygnię-

cie, które z tych orzeczeń w przyszłości będą uznane za nieważne, musimy jeszcze poczekać.