

inwestycje

sektora publicznego

ISSN 2082-0445
9 11772082 1 044005 1

Nr 1 (26) | styczeń-marzec 2013 | Cena 29,00 zł (w tym 5% VAT)

www.inwestycjesp.pl



24 **Zmiana wykonawcy w trakcie budowy** 62

Wykonawca schodzi z budowy z winy własnej lub inwestora. Co dalej?

44 **Reklama w miastach historycznych** 76

Natfok reklam szpeci zabytki i zniekształca historyczną przestrzeń

Korekty finansowe przy projektach z UE

Uzyskanie funduszy to nie wszystko, trzeba jeszcze uniknąć ich zwrotu

Śmieciarki z GPS

Monitoring pojazdów transportujących odpady wkrótce będzie obowiązkiem

8 | Rewolucja śmieciowa – czego nie wiemy

Nie milkną głosy krytyki nowego systemu gospodarowania odpadami, a już czekają nas kolejne ważne zmiany. Mnożą się także pytania o to, jak w praktyce będzie funkcjonowała nowa ustawa

Korekty finansowe przy realizacji projektów unijnych

W umowie o dofinansowanie unijne beneficjent zobowiązuje się do poddania się kontroli realizacji projektu lub zadania. Jak z tego wynika, samo uzyskanie funduszy i ich otrzymanie to jedynie pierwszy krok do sukcesu. Drugim jest uniknięcie ich zwrotu z odsetkami.

Grzegorz Karwatowicz

doradca w GWW Woźny i Wspólnicy, ekspert prawa zamówień publicznych, prawa finansów publicznych i pomocy publicznej, w tym funduszy unijnych

Joanna Sebzda-Zaluska

radca prawny, współnik w GWW Woźny i Wspólnicy

W ostatnich latach w Polsce setki inwestycji powstały dzięki środkom unijnym. Co istotne, do realizacji większości z tych projektów nie doszłoby w ogóle, gdyby nie było możliwości dofinansowania ich z budżetu Unii Europejskiej. Obecnie są realizowane projekty inwestycyjne w ramach perspektywy finansowej 2007–2013.

■ Projekty inwestycyjne

Jak wynika z definicji zawartej w art. 5 pkt 9 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, przez projekt należy rozumieć przedsięwzięcie zrealizowane w ramach programu operacyjnego na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie zawieranej między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub instytucją

wdrażającą. W umowie następuje szczegółowe określenie warunków dofinansowania projektu, w szczególności:

- opis projektu lub zadania, w tym cel, na jaki przyznano środki,
- termin jego realizacji,
- harmonogram dokonywania wydatków, obejmujący okres co najmniej jednego kwartału,
- wysokość przyznanych środków,
- termin i sposób rozliczenia projektu oraz ewentualnych zaliczek.

W umowie o dofinansowanie beneficjent potwierdza zobowiązanie do poddania się kontroli realizacji projektu lub zadania we wskazanym trybie. Umowa zawiera również określenie formy zabezpieczeń należytego wykonania zobowiązań, warunki jej rozwiązania ze względu na nieprawidłowości występujące w trakcie realizacji projektu oraz warunki i terminy zwrotu środków nieprawidłowo wykorzystanych lub pobranych w nadmiernej wysokości lub w nienależny sposób.

Jak z tego wynika, samo podpisanie umowy o dofinansowanie i jego otrzymanie jest jedynie pierwszym krokiem do sukcesu. W praktyce bowiem coraz częściej instytucja, która podpisała umowę z beneficjentem,

żąda zwrotu środków z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków. Zgodnie bowiem z art. 207 ust. 1 pkt 1–3 ustawy o finansach publicznych środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich podlegają zwrotowi w przypadku, gdy są:

- wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- wykorzystane z naruszeniem procedur,
- pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości.

Kluczowy problem sprowadza się zatem do braku precyzyjnego określenia przesłanek zwrotu środków, co prowadzi do automatycznego ustalania i nakładania przez instytucję korekty finansowej, a następnie żądania zwrotu środków w przypadku jakiegokolwiek stwierdzenia naruszenia. Co równie istotne, nie istnieją wystarczające mechanizmy prawne pozwalające beneficjentowi na zakwestionowanie nałożenia na niego korekty, co doprowadza do sytuacji, że obronę tę beneficjent podejmuje dopiero na etapie znacznie późniejszym – po wszczęciu postępowania o zwrot środków.

■ Nie tylko naruszenie

W wydanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego dokumencie „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”¹ zapisano: „Przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa wspólnotowego 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 nieprawidłowości². Punktem wyjścia dla ustalenia wysokości korekty finansowej jest więc w zasadzie lub być powinno ustalenie tej wartości. Oznacza to zarazem brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych”.

W tym cytacie zawiera się sedno systemu nakładania korekt finansowych: korekta finansowa nie powinna

być nakładana na beneficjenta realizującego projekt wyłącznie za samo naruszenie przepisu prawa, istotnymi okolicznościami są rodzaj i stopień występującego naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych oraz, co najistotniejsze, skutki finansowe dla funduszy unijnych. Instytucja zarządzająca w toku podjętych czynności kontrolnych nie powinna ograniczać się tylko do wykazania, że w prowadzonym przez beneficjenta (jako zamawiającego) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia pzp, lecz także wykazać, iż naruszenie nie miało wyłącznie formalnego charakteru i niosło za sobą określony skutek finansowy dla budżetu ogólnego UE.

■ Kontrola w praktyce

Praktyka kontrolna instytucji przyznających środki unijne nie zawsze czyni zadość tej zasadzie. W wielu przypadkach korekty finansowe nakładane są w sytuacji, w której w toku kontroli wykazano jedynie wystąpienie naruszenia przepisu prawa o zamówieniach publicznych, a samo występowanie w „taryfikatorze korekt finansowych”³ naruszonego przepisu, zdaniem

instytucji zarządzającej, wystarcza do jej nałożenia.

Tę praktykę negatywnie ocenił WSA w Łodzi, który w wyroku z 18 lipca 2012 r. (III SA/Łd 423/12) słusznie zauważył: „Z dokumentu Ministerstwa Rozwoju Regionalnego «Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE», na które powołuje się Instytucja Zarządzająca, również nie wynika obowiązek mechanicznego stosowania korekty według «taryfikatora». Konieczne jest wykazanie jakiegokolwiek wpływu stwierdzonego uchybienia na wysokość wydatkowanych środków, czego organ w niniejszej sprawie nie uczynił”.

Okazuje się więc, że nawet jeżeli naruszony przez beneficjenta (jako zamawiającego) przepis pzp został uwzględniony w „taryfikatorze korekt finansowych”, ten fakt nie zwalnia instytucji przyznającej środki z obowiązku wykazania wpływu występującego naruszenia na budżet ogólny UE.

■ Miarkowanie korekt

Istotne problemy występują również w zakresie miarkowania korekt finansowych. Istotą systemu nakładania korekt finansowych jest doprowadzenie do sytuacji, w której wysokość nałożonej na beneficjenta korekty finansowej będzie odzwierciedlać wysokość zaistniałej szkody. Obowiązujący system niestety nie gwarantuje osiągnięcia tego celu. Instytucje zarządzające, często bezpodstawnie, odstępują od ustalenia wysokości korekt finansowych metodą dyferencyjną, pozwalającą na ustalenie rzeczywistej wartości szkody, choć ta, jak wynika z dokumentu MRR, powinna być używana do miarkowania wysokości jako metoda podstawowa. Instytucje znacznie częściej nakładają korekty finansowe przez procentowy wskaźnik (W%) ustanowiony dla poszczególnych naruszeń pzp, co doprowadza do nakładania korekty

■ Prezes UZP a korekta finansowa

Instytucje zarządzające często same nie chcą podejmować rozstrzygnięcia o nałożeniu korekty. Wnioskują więc do Prezesa UZP o przeprowadzenie kontroli prawidłowości przeprowadzenia przez beneficjenta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach realizacji współfinansowanego projektu unijnego. Jeżeli Prezes UZP wykaze naruszenia w przeprowadzonym postępowaniu, instytucje nakładają na beneficjentów korekty finansowe. Nie jest to do końca prawidłowa praktyka. Prezes UZP jest organem upoważnionym do oceny prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie do opiniowania, czy istnieją podstawy do nałożenia korekty finansowej.

Jest to bardzo istotna okoliczność, w praktyce dochodzi bowiem do sytuacji, w których Prezes UZP stwierdza naruszenie przepisów, a na tej podstawie instytucja zarządzająca nakłada korektę finansową, nie zważając na to, że Prezes UZP wskazuje, iż ustalone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Skoro tak, nie ma podstawy do nałożenia korekty finansowej – wszak nie wystąpiła szkoda w budżecie ogólnym UE.

» finansowej nieproporcjonalnie wielkiej względem występującej szkody. Na przykład za wadliwe opisanie gwoździ jako elementu przedmiotu zamówienia nie zostanie nałożona korekta odpowiadająca ich wartości, lecz wartości całego zamówienia, którym jest budowa budynku kubaturowego. Tak oto kilogram gwoździ kosztować może kilkaset tysięcy złotych.

■ Środki obrony przysługujące beneficjentowi

Analizując praktykę instytucji ustalających i nakładających korekty finansowe, należy wskazać na istotny problem, polegający na ograniczeniu

beneficjentowi możliwości kwestionowania podstaw do wymierzenia korekty. Trzeba bowiem podkreślić, że nałożenie korekty nie następuje w formie rozstrzygnięcia wydanego po przeprowadzeniu stosownego postępowania administracyjnego. Dzieje się odwrotnie – ustalenie korekty finansowej następuje zazwyczaj w protokole pokontrolnym lub piśmie kierowanym do beneficjenta. W dalszej kolejności instytucja, która podpisała umowę z beneficjentem, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od doręczenia wezwania. Wezwanie to jest uzależnione

od stwierdzenia przez tę instytucję, że środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich zostały:

- wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- wykorzystane z naruszeniem procedur,
- pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości.

Wszystkie nieprawidłowości skutkujące żądaniem zwrotu środków nie zostają zatem stwierdzone w toku wszczętego postępowania administracyjnego, lecz są jedynie wynikiem ustaleń dokonanych poza postępowaniem. „Na etapie wezwania do zwrotu środków organ administracji ma zupełną dowolność stwierdzenia i ustalenia, czy zaszły przesłanki zwrotu środków. Nie ma obowiązku zebrania materiału dowodowego ani obowiązku umożliwienia beneficjentowi odniesienia się do ustaleń organu. W konsekwencji na podstawie własnej, arbitralnej oceny organ administracji może wezwać do zwrotu środków”⁴.

Dopiero w wypadku bezskutecznego upływu terminu określonego w wezwaniu skierowanym do beneficjenta organ wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków, zwaną decyzją w przedmiocie zwrotu środków. Decyzja ta zapada w toku postępowania administracyjnego, a zatem dopiero na tym końcowym już etapie beneficjentowi przysługują środki prawne umożliwiające podjęcie próby wykazania braku podstaw do ustalenia korekty finansowej, a w konsekwencji żądania zwrotu środków. W praktyce najczęściej organ jednocześnie zawiadamia o wszczęciu i zakończeniu postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków, gdyż do akt sprawy włącza wszystkie dokumenty zgromadzone na wcześniejszych etapach. Stanowi to istotne naruszenie obowiązujących

Sprawa gminy Gołdap

Na gminę Gołdap korekta została nałożona zwykłym pismem instytucji przyznającej dotację (Warmińsko-Mazurskiego Urzędu Marszałkowskiego). W piśmie tym stwierdzono, że nałożenie korekty jest ostateczne, a gminę poinformowano, iż może kwestionować korektę przed sądem, bez wskazania jakiegokolwiek trybu. Jednocześnie instytucja przyznająca dotację sama wszczęła postępowanie administracyjne i wydała decyzję nakazującą zwrot dotacji z wysokimi odsetkami.

Gminie zarzucono wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia przez posłużenie się znakiem towarowym. W dokumentacji przetargowej opisano, że wymagania gminy spełnia izolacja termiczna określonego producenta, ale producent ten został przywołany jedynie jako przykładowy. Jeżeli potwierdzony zostanie tylko ten zarzut, utrzymana zostanie korekta wynosząca ponad 350 tys. zł z odsetkami. Tymczasem dostępne na rynku ceny taśm mocujących innych producentów niż podany w przykładzie są w cenach różniących się groszami. Nie trzeba wielkiej empatii, by stwierdzić, że kompletnym nieporozumieniem jest nakładanie tak wysokiej korekty za naruszenia, które mogą mieć groszowe wpływy na cenę składanych ofert. W ślad za nałożoną korektą gmina w zasadzie powinna odstąpić od realizacji społecznie ważnego projektu – rozwoju funkcji uzdrowskiej.

Gmina Gołdap została „postawiona pod ścianą” i musiała uiścić żadaną kwotę. Inaczej bieżące wypłaty dotacji zostałyby wstrzymane, co uniemożliwiłoby realizację projektu. Praktyka pokazuje więc, że instytucja przyznająca dotację może bardzo szybko nałożyć obowiązek jej zwrotu i wyegzekwować go, a beneficjent nie ma nawet szans na obronę. Musi ją podjąć na swój koszt w wieloletnim postępowaniu sądowym, które zwykle trwa 4–5 lat.

W sprawie dotyczącej Gołdapi zapadł już wyrok WSA w Olsztynie, który został uchylony wyrokiem NSA, a sprawa przekazana do ponownego rozpatrzenia przez sąd pierwszej instancji. Obecnie gmina czeka na uzasadnienie wyroku NSA oraz przekazanie sprawy do WSA w Olsztynie.

procedur i kolejny dowód na ograniczenie beneficjentowi możliwości zakwestionowania ustaleń skutkujących żądaniem zwrotu środków.

■ Naruszenie zasad

Ustalenie tak daleko idących dla beneficjenta skutków finansowych, które często mają bezpośredni wpływ na jego zdolność do dalszego funkcjonowania w obrocie gospodarczym (w przypadku beneficjentów przedsiębiorców) bez przeprowadzania jakiegokolwiek postępowania dowodowego przewidzianego przepisami kpa stanowi naruszenie podstawowych zasad:

- praworządności,
- prawdy obiektywnej,
- pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa.

Tymczasem przepisy postępowania administracyjnego obligują organ do wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia materiału dowodowego zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej, a następnie do wskazania w uzasadnieniu decyzji m.in. faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz wyjaśnienia podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa. Artykuł 77 § 1 kpa nakłada na organ administracji publicznej obowiązek wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia całego materiału dowodowego. Natomiast art. 7 kpa stanowi, że w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności i podejmują wszelkie kroki niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy z uwzględnieniem interesu społecznego i słusznego interesu

obywateli. Zasady ogólne kpa stanowią integralną część przepisów regulujących procedurę administracyjną i są dla organów wiążące na równi z innymi przepisami tej procedury, przy czym art. 7 kpa jest nie tylko zasadą dotyczącą sposobu prowadzenia postępowania, lecz w równym stopniu wskazówką interpretacyjną prawa materialnego. Zaniechanie przez organ administracji podjęcia czynności procesowych zmierzających do zebrania pełnego materiału dowodowego, zwłaszcza gdy strona powołuje się na określone i ważne dla niej okoliczności, jest uchybieniem przepisom postępowania administracyjnego, skutkującym wadliwością wydanego postanowienia (tak: wyrok WSA w Warszawie z 12 stycznia 2006 r., V SA/Wa 2351/05).

Co prawda, od decyzji o zwrocie środków przysługuje środek zaskarżenia w postaci wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, a w dalszej kolejności prawo wniesienia skargi do sądu administracyjnego, niemniej nieprecyzyjne przesłanki zwrotu środków nie doczekały się jeszcze w orzecznictwie sądowym stosownej wykładni. Powoduje to, że z każdym dniem liczba ustalanych i nakładanych korekt finansowych wzrasta. W niedługim czasie nie tylko beneficjenci realizujący projekty i inwestycje przy udziale środków unijnych, lecz każdy z nas może odczuć skutki wynikające z konieczności zwrotu tych środków. Kłopoty z rozliczaniem unijnych dotacji mają setki jednostek samorządu terytorialnego w Polsce – jak wynika z danych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego łącznie chodzi o kwotę co najmniej 310 mln zł. ■

Podstawa prawna

- ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jedn. DzU z 2009 r. nr 84, poz. 712 ze zm.)
- ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (DzU nr 157, poz. 1240 ze zm.)
- ustawa z dnia 16 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. DzU z 2000 r. nr 98, poz. 1071 ze zm.)
- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dzu z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)

Przypisy

- ¹ Instytucje zarządzające (ewentualnie odpowiednio upoważnione instytucje pośredniczące lub instytucje wdrażające albo instytucje pośredniczące drugiego stopnia) wprowadzają ten dokument do umów o dofinansowanie projektu jako obowiązującą podstawę do wymiaru korekty finansowej.
- ² Pojęcie nieprawidłowości zostało zdefiniowane 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 uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.
- ³ Chodzi o dokument „Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE”, będący załącznikiem do dokumentu MRR „Wymierzanie korekt finansowych...”.
- ⁴ Zob. studia i artykuły: Ł.M. Wyszomirski, *Zwrot środków europejskich przez beneficjenta*, *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 2013, nr 1.

patronat
inwestycje
sektora publicznego

Zarządzających jednostkami sektora finansów publicznych z województwa dolnośląskiego, śląskiego i opolskiego zapraszamy do udziału w bezpłatnej konferencji „Korekty finansowe w projektach unijnych – środki ochrony prawnej beneficjentów”. Wydarzeniu patronuje kwartalnik „Inwestycje Sektora Publicznego”. Organizatorem jest Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu we współpracy z firmą prawniczą GWW. Termin i miejsce: 18 kwietnia 2013, Wrocław. Więcej informacji pod nr tel. (71) 796 77 55 lub po przesłaniu zapytania mailowego na adres: wroclaw@gww.pl