

# Uwaga na korekty finansowe

Beneficjenci środków unijnych często myślą, że umowa o dofinansowanie to pewnik.

– *Nic bardziej mylnego* – mówi Grzegorz Karwatowicz z Kancelarii Prawnej **GWW** Woźny i Wspólnicy. – *Umowa to tak naprawdę promesa. Jeśli mamy umowę na 20 mln zł, to znaczy, że możemy dostać 20 mln, 10 mln, albo i 20 mln do zwrotu.* O tym, że faktycznie tak jest świadczą nakładane korekty finansowe. Ich wartość, według szacunków Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wynosi obecnie 300 mln zł.

**N**ajczęstszą przyczyną korekt jest naruszenie prawa zamówień publicznych – to aż 88 proc. przypadków. Jednak nie każde naruszenie w tym zakresie musi oznaczać korektę – zaznacza **Grzegorz Karwatowicz**.

## Nie za każde naruszenie

Do połowy 2010 r. korekta mogła być nałożona tylko za naruszenie prawa wspólnotowego, albo przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które to prawo wdrażają. – *Jeżeli w tamtym czasie naruszony został przepis, który nie był związany z implementacją dyrektywy, korekta nie powinna być na-*

*łożona* – wyjaśnia Grzegorz Karwatowicz. Inaczej jest po połowie 2010 r. Od tego czasu korekta może być nałożona za naruszenie prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ale i tu nie każde uchybienie daje prawo do nałożenia korekty – może ona być nałożona tylko za takie nieprawidłowości, które mogą powodować szkodę w budżecie europejskim. Zatem instytucja nakładająca korektę (zarządzająca, pośrednicząca lub wdrażająca) powinna udowodnić, że taka szkoda rzeczywiście wystąpiła lub potencjalnie mogła wystąpić. W praktyce jednak zdarza się inaczej, mó-

wi prawnik. Po stwierdzeniu naruszenia prawa, instytucje kontrolne nierzadko od razu wymierzają korektę według taryfikatora. To działanie nieuprawnione, mechaniczne. Potępił je w wyroku z 18 lipca 2012 r. WSA w Łodzi (sygn. akt III SA/Łd 423/12). WSA stwierdził, że z dokumentu „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych przez UE” nie wynika obowiązek mechanicznego stosowania korekty według „taryfikatora”. Konieczne jest wykazanie jakiegokolwiek wpływu stwierdzonego uchybienia na wysokość wydatkowanych środków. Oznacza to, że



Do połowy roku 2010 korekta mogła być naliczona tylko za takie naruszenie prawa zamówień publicznych, które dotyczyło prawa unijnego lub przepisów, które to prawo wdrażały

w każdym przypadku należy ocenić czy wystąpiła realna lub potencjalna szkoda dla budżetu Unii – podkreśla G. Karwatowicz. – *Ten sam stan prawny może w jednym przypadku przesądzać o korekcie, w innym nie, bo oprócz stanu prawnego istotny jest także stan faktyczny* – wyjaśnia.

#### **Przykład:**

*W dwóch przypadkach naruszono art. 24 Pzp. Chodziło o niestuszne wykluczenie wykonawcy, przy czym w pierwszym przypadku wykluczony został wykonawca X, w drugim wykonawca Y. W pierwszym przypadku niestusznie wykluczony wykonawca X złożył ofertę droższą od wybranej. Zatem jego wykluczenie (choć jako niestuszne stanowiło naruszenie Pzp) nie miało wpływu na kwotę, jaką na realizację zamówienia wydał zamawiający – nawet gdyby wykonawca X nie został wykluczony, jego oferta nie byłaby przyjęta do realizacji. Nie było więc szkody dla budżetu UE, korekta nie powinna być naliczona. W drugim przypadku, bezprawnie wykluczony wykonawca Y, złożył ofertę najtańszą. Zatem w wyniku naruszenia prawa, zamawiający wydał więcej.*

*– Mimo identycznej sytuacji prawnej, sytuacja formalna jest*

*diametralnie różna – w pierwszym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem formalnym, w drugim, z naruszeniem, które spowodowało określoną szkodę – podsumowuje G. Karwatowicz.*

Institucja kontrolująca wymierzyła korektę w obu przypadkach, robiąc to mechanicznie.

Inny przykład mechanicznego nałożenia korekty:

#### **Przykład:**

*Wadium w przetargu zamiast – jak określa przepis – przelewem, zostało wniesione przez dokonanie wpłaty na konto zamawiającego. Zamawiający uznał je za wniesione skutecznie – niezależnie bowiem od formy wpłaty, kwota była na jego koncie, mógł więc z niej skorzystać. Instytucja zarządzająca naliczyła jednak korektę w wysokości 5 proc. Tymczasem, choć prawo literalnie zostało naruszone, skutek tego naruszenia nie stanowił szkody dla budżetu Unii Europejskiej.*

### **Naliczanie korekt**

Inny problem występujący w praktyce dotyczy sposobu naliczania korekt. Instytucje, które je nakładają, zwykle posługują się taryfikatorem. – *Taryfikator powinien być stosowany tylko wtedy, gdy nie*

*można ustalić korekty metodą dyferencyjną, ze względu na trudność w wyliczeniu wartości szkody* – mówi G. Karwatowicz. Jest to niemożliwe na przykład w przypadku gdy naruszenie prawa polega na niekonkurencyjnym warunku w przetargu.

#### **Przykład:**

Inwestor w przetargu na budowę odcinka drogi zażądał wykazania się wykonaniem dwóch określonych pod względem parametrów technicznych odcinków współfinansowanych przez Unię Europejską. Fakt współfinansowania przez Unię nie ma wpływu ani na technologię, ani na doświadczenie konieczne do wykonania zadania, którego dotyczy przetarg, zatem jest to warunek niekonkurencyjny. Ponieważ jednak nie można stwierdzić jakie oferty złożyłyby firmy, które nie wzięły udziału w przetargu ze względu na niespełnienie nieuzasadnionego warunku, nie można określić wielkości szkody, jaką z tego tytułu poniósł budżet europejski. Zatem korekta musi być wyznaczona metodą wskaźnikową, tj. z wykorzystaniem taryfikatora.

W innych sytuacjach metoda wskaźnikowa jest krzywdząca dla beneficjentów. Jak abstrakcyjnie, a wręcz absurdalnie może ona działać pokazuje kolejny przykład z praktyki:





**Przykład:**

Zamawiający przy kontrakcie wartym 10 mln zł naruszył Pzp na kwotę 39 zł – chodziło o opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp, poprzez wskazanie w sposób nieuzasadniony nazwy własnej. Została mu wymierzona korekta z taryfikatora – 5 proc. wartości kontraktu, co w tym przypadku oznaczało 500 tys. zł!

Jak się obronić przed taką sytuacją gdy niewielki błąd może kosztować bardzo dużo? – *Najlepiej wnioskować o wykluczenie z kwalifikowalności elementu będącego przyczyną naruszenia ustawy i przenieść wydatek, którego dotyczyło naruszenie na stronę wydatków własnych* – radzi prawnik z **Kancelarii GWW** Woźny i Wspólnicy. – *Trzeba być aktywnym uczestnikiem kontroli – dodaje, by jeszcze na etapie postępowania kontrolnego miarkować wysokość korekty.*

W sprawach dotyczących wysokości korekty w powiązaniu z wielkością szkody wypowiadały się już sądy administracyjne. Ważny wyrok wydał 7 lutego 2013 r. WSA w Olsztynie (sygn. Akt I SA/OI 730/12). Stwierdził w nim, że istotą korekty jest sankcja kompensująca szkodę dla budżetu UE. Nie da się więc stosować powyższych regulacji bez wnikliwego przeanalizowania, czy stwierdzone naruszenie szkodę taką wywołało czy nie – napisano w wyroku.

Istotnie na temat korekt wypowiedział się także 1 sierpnia 2012 r. WSA w Gdańsku (sygn. akt I SA/Gd

727/12): *analiza art. 2 pkt 7 i art. 98 ust. 2 rozporządzenia 1083/2006 prowadzi do wniosku, że należy w tego typu sprawach brać pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz faktyczne straty finansowe poniesione przez fundusze.*

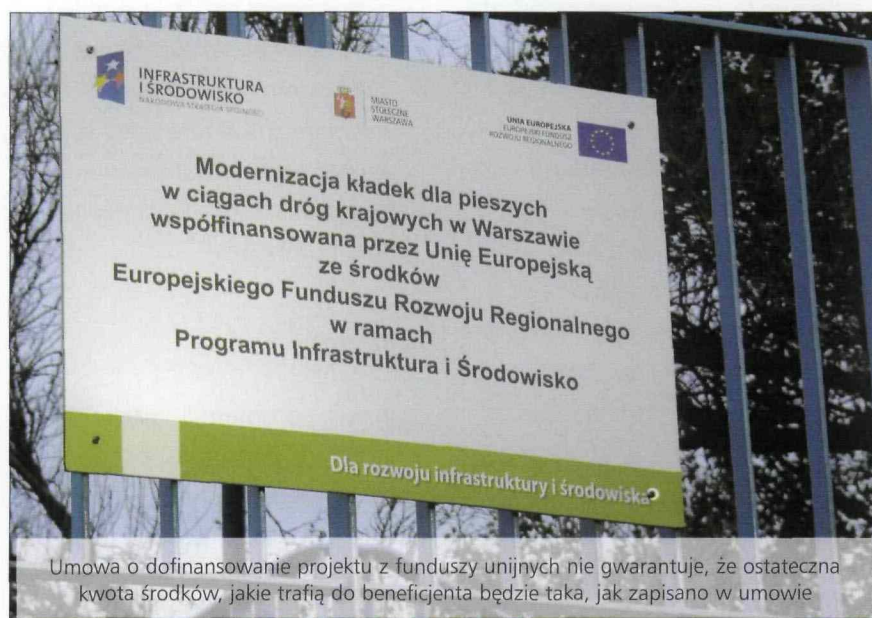
**Korekta i co dalej?**

Jeśli już korekta zostaje nałożona, zwykle jest ona zapisana w protokole pokontrolnym lub określona w piśmie skierowanym do beneficjenta. Protokół, który stwierdza

korektę nie zobowiązuje do jej zapłaty. Zatem po nim następuje wezwanie do zwrotu środków – może ono nastąpić w formie pomniejszenia, za zgodą beneficjenta, kolejnej płatności, albo zapłaty odpowiedniej kwoty w ciągu 14 dni. Zarówno protokół, w którym zawarto informację o korekcie, jak i wezwanie do zapłaty nie mają charakteru rozstrzygnięcia administracyjnego. Dopiero po upływie terminu określonego w wezwaniu, jeśli beneficjent nie podjął żadnych działań, tj. nie dokonał zwrotu lub nie wyraził zgody na pomniejszenie

**Ważne wyroki:**

- WSA w Łodzi z 18 lipca 2012, sygn. akt III SA/Łd 423/12 w sprawie mechanicznego nakładana korekt,
- WSA w Olsztynie z 2 lutego 2013 r., sygn. akt I SA/OI 730/12 na temat wysokości korekty w powiązaniu z wielkością szkody,
- WSA w Gdańsku sygn. akt I SA/Gd 727/12) o konieczności uwzględnienia faktycznych strat UE,
- NSA z 18 stycznia 2013 r., sygn. akt: II GSK 1777/12 – orzekł, że korekta powinna być nałożona decyzją administracyjną.





płatności, instytucja zarządzająca lub pośrednicząca wydaje decyzję administracyjną.

Taka sytuacja nie jest korzystna dla beneficjenta. Brak wydania decyzji administracyjnej na etapie ustalenia korekty finansowej powoduje niemożność odwołania się. Zatem beneficjent nie może od razu skorzystać ze środków ochrony prawnej. Może to zrobić dopiero po wydaniu decyzji administracyjnej w przedmiocie zwrotu środków i dopiero na tak późnym etapie kwestionować zasadność ustalenia korekty. W sytuacji jednak utrzymania w mocy zaskarżonej decyzji przez organ II instancji, beneficjent zobligowany jest do zwrotu kwoty wraz z odsetkami obliczonymi jak dla zaległości podatkowej, pomimo iż wniósł skargę na tę decyzję do sądu administracyjnego. Z uwagi na terminy rozpatrywania skarg i skarg kasacyjnych przez sądy administracyjne beneficjent w przypadku uwzględnienia skarg ma szansę na odzyskanie zwróconych kwot nawet dopiero po kilku latach – zwraca uwagę **Joanna Sebzda-Załużska** z **Kancelarii GWW** Woźny i Wspólnicy. A często chodzi o duże kwoty, nie bez znaczenia dla budżetu beneficjenta.

Jeśli natomiast podmiot, na który nałożono korektę ureguluje ją od razu po otrzymaniu wezwania do zapłaty, w ogóle nie dojdzie do wydania decyzji administracyjnej, co oznacza, że nie może odwołać się na drodze administracyjnej. Pozostaje mu tylko postępowanie przed sądem powszechnym, o ile oczywiście dokonując zwrotu korek-

ty zakwestionował podstawę jej nałożenia. – Często więc beneficjenci zwlekają z zapłatą, czekając na decyzję administracyjną, by postępowanie mogło być prowadzone przed sądem administracyjnym – mówi J. Sebzda-Załużska. Takie postępowanie nie dziwi. Brak decyzji administracyjnej i tym samym możliwości kwestionowania korekty ma bowiem daleko idące konsekwencje, co pokazuje przykład:

#### **Przykład:**

*Beneficjent został skontrolowany w trakcie realizacji zadania współfinansowanego przez Unię. Instytucja ustaliła korektę finansową na kwotę 500 tys. zł. Kwota ta przewyższała sumę, którą na moment kontroli otrzymał w ramach dofinansowania, dlatego w decyzji o zwrocie zażądano 300 tys. zł, natomiast pozostałe 200 tys. zostało potrącone przez instytucję z kolejnych transz. Należność wyznaczoną do zapłaty w wysokości 300 tys. zł instytucja objęła decyzją w przedmiocie zwrotu środków, co umożliwiło beneficjentowi jej zaskarżenie w trybie administracyjnym. Natomiast zatrzymane 200 tys. zł z kolejnej transzy, to kwota, którą beneficjent stracił, ale której nie może dochodzić inaczej jak przed sądem cywilnym, nie ma bowiem decyzji, która uprawniałaby do postępowania administracyjnego. I tak za jedno*

*i to samo naruszenie ustalono korektę w wysokości 500 tys. zł, przed którą beneficjent będzie musiał bronić się przed sądem administracyjnym oraz przed sądem cywilnym. Pytanie, co, gdy ww. sądy zinterpretują to samo naruszenie odmiennie.*

– Ten przykład obrazuje, iż korekty powinny być wyznaczane decyzją administracyjną tak, by mogły być zaskarżalne w trybie administracyjnym – uważa przedstawicielka **Kancelarii GWW** Woźny i Wspólnicy.

Jako budzący nadzieję w tej sprawie wskazuje precedensowy wyrok NSA z 18 stycznia 2013 r. (sygn. akt: II GSK 1777/12). Stwierdzono w nim: zwrot środków i korekta finansowa, jakkolwiek w sensie ekonomicznym sprowadza się do pomniejszenia środków jakimi dysponuje lub mógłby dysponować beneficjent, stanowią odrębne od siebie instytucje. I dalej: nie powinno budzić wątpliwości, iż w sprawie ustalenia i nałożenia na stronę skarżącą korekty finansowej powinna być wydana decyzja administracyjna o jakiej mowa w art. 107 par. 1 Kpa, gdyż organ był uprawniony do wydania władczego rozstrzygnięcia na podstawie prawa powszechnie obowiązującego.

EP

Artykuł powstał na podstawie prezentacji Grzegorza Karwatowicza oraz Joanny Sebzdy-Załużskiej z Kancelarii Prawnej **GWW** Woźny i Wspólnicy wygłoszonych podczas Zjazdu Drogowców Miejskich w Kielcach.