

*Mariusz Stepaniuk*

# Rozdział I. Zagadnienia ogólne i obowiązujący stan prawny

Nawet najmniej doświadczeni beneficjenci funduszy unijnych mają na ogół świadomość faktu, iż o sukcesie projektu można mówić dopiero po latach, tak naprawdę zaś – dopiero po upływie okresu trwałości. Sukces ten nie jest bowiem mierzony jedynie osiągnięciem zamierzonych celów projektu. Równie ważne jest zrealizowanie go zgodnie z przepisami prawa, wytycznymi konkretnego programu operacyjnego oraz umową o dofinansowaniu. Wydatki ponoszone w ramach projektu podlegają szczegółowej i rygorystycznej kontroli, która może zostać przeprowadzona od początku projektu, aż do zakończenia jego realizacji. Niestety wyniki przeprowadzonych kontroli często wykazują, że wdrożenie projektu dofinansowanego ze środków unijnych nie jest sprawą prostą, zaś naruszenia powyższych aktów zdarzają się często. W takich sytuacjach właściwe instytucje są zobowiązane do dochodzenia zwrotu części lub nawet całości przyznanych w ramach wsparcia funduszy.

W przypadku środków pochodzących z funduszy strukturalnych oraz Funduszu Spójności główny ciężar kontroli spoczywa na państwach członkowskich UE korzystających z finansowania. Państwa te działają w tym przypadku za pośrednictwem instytucji odpowiedzialnych za wdrażanie programów i inicjatyw współfinansowanych ze środków unijnych.

## 1. System kontroli funduszy strukturalnych

Unijne regulacje oparły system kontroli funduszy strukturalnych w Polsce na trzech niezależnych filarach, w ramach których wyróżniamy:

- 1) kontrole sprawowane przez Instytucje Zarządzające, odpowiedzialne za prawidłowe wdrażanie programów operacyjnych (stanowiące główny temat niniejszej publikacji). Instytucje te przeprowadzają kontrolę bezpośrednio lub też za pośred-

nictwem instytucji, którym na mocy przepisów szczególnych powierzono odpowiedzialność za wykonywanie zadań IZ, tj. Instytucji Pośredniczących lub Instytucji Wdrażających. Rzadziej spotykane jest zlecenie przez te instytucje czynności sprawdzających podmiotom zewnętrznym;

- 2) działania sprawdzające podejmowane przez organ kontroli nieuczestniczący bezpośrednio w systemie wdrażania programów operacyjnych i funkcjonalnie niezależny od Instytucji Zarządzającej, Pośredniczącej czy też Instytucji Wdrażającej, czyli kontrole weryfikacyjne. Kontrole te obejmują sprawdzenie poniesionych przez wybranych beneficjentów wydatków kwalifikowalnych i dotyczą tylko części beneficjentów dobranych do próby na podstawie metodologii przyjętej przez instytucje kontrolujące;
- 3) kontrole przeprowadzane przez upoważnione instytucje krajowe oraz instytucje Unii Europejskiej, które nie biorą bezpośredniego udziału we wdrażaniu funduszy strukturalnych. Instytucjami unijnymi, które mogą przeprowadzać kontrolę projektów współfinansowanych przez fundusze strukturalne, są: Komisja Europejska, Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych (OLAF) oraz Europejski Trybunał Obrachunkowy. Do podmiotów krajowych zaliczamy natomiast: Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Najwyższą Izbę Kontroli.

Zarówno same kontrole, jak i związane z nimi potencjalne dolegliwości finansowe wzbudzają wśród beneficjentów funduszy unijnych niemałe emocje, o czym przekonał się chyba każdy kontrolujący. Jest to oczywiste, zważywszy na skalę zaangażowania sił, pracy i środków beneficjentów w prawidłowe wdrożenie projektów. Niemniej jednak umowy przez nich zawierane bez wyjątku zawierają klauzule, które zobowiązują zarówno do prawidłowego wydatkowania środków, jak i do poddania się kontroli stosownych instytucji – jest to mniej komfortowa, ale niezbędna część prawidłowego wydatkowania środków unijnych.

Nadużycia finansowe i pozaprawne działania, zarówno te zamierzone, jak i te wynikające z niewiedzy czy wynikające z prostych błędów, mogą skutkować obniżeniem przychodów, a przez to również wydatków budżetu UE. Szereg regulacji ma temu zapobiec m.in. poprzez zapewnienie efektywności ekonomicznej wydatkowania środków publicznych – oczywiście w pierwszym rzędzie należy tu wskazać na akty prawne tworzące system zamówień publicznych. Katalog podstawowych regulacji dotyczących tej dziedziny jest znacznie dłuższy i obejmuje między innymi unijne dyrektywy regulujące udzielanie zamówień publicznych, tzw. dyrektywę klasyczną i dyrektywę sektorową, ale też wiele innych dokumentów.

## **2. Akty prawne regulujące kwestie wydatkowania środków unijnych**

Do aktów prawnych regulujących kwestie wydatkowania środków unijnych należą:

- 1) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83 z 30.3.2010 r. ze zm.), którego art. 325 obliguje państwa członkowskie do ochrony interesów finansowych UE;

- 2) Konwencja w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.7.1995 r. (Dz.Urz. UE C 316 z 27.11.1995 r.), dotycząca ochrony budżetu UE przed nadużyciami finansowymi, zwana dalej Konwencją w sprawie ochrony interesów finansowych WE;
- 3) rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) Nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r. ze zm.);
- 4) rozporządzenie delegowane Komisji (UE) Nr 480/2014 z 3.3.2014 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego (Dz.Urz. UE L 138 z 13.5.2014 r.);
- 5) rozporządzenie delegowane Komisji (UE) Nr 2015/1970 z 8.7.2015 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 przepisami szczegółowymi dotyczącymi zgłaszania nieprawidłowości w odniesieniu do Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego (Dz.Urz. UE L 293 z 10.11.2015 r.);
- 6) rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1974 z 8.7.2015 r. określające częstotliwość i format zgłaszania nieprawidłowości w odniesieniu do Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 (Dz.Urz. UE L 293 z 10.11.2015 r.);
- 7) ustawa z 11.7.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz.U. z 2018 r. poz. 1431 ze zm.);
- 8) ustawa z 27.8.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077 ze zm.);
- 9) rozporządzenie Ministra Rozwoju z 29.1.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971);
- 10) wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020;

- 11) wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014–2020;
- 12) procedury beneficjenta projektów realizowanych w ramach programu operacyjnego infrastruktura i środowisko 2014–2020 oraz CEF.

### 3. Definicja nieprawidłowości

Konsekwencją błędów w trakcie realizacji procedur udzielania zamówień publicznych jest na ogół stwierdzanie przez uprawnione organy nieprawidłowości, a w rezultacie uznanie wydatków ponoszonych w trakcie tych procedur za niekwalifikowalne. W praktyce wiąże się to z obowiązkiem zwrotu środków z dofinansowania lub zmniejszeniem ilości środków przyznanych beneficjentowi.

Należy podkreślić, iż stwierdzone w trakcie kontroli naruszenia o charakterze wyłącznie formalnym nie wywołują skutków finansowych. Wykryte nieprawidłowości stanowią kwalifikowany przypadek naruszenia PrZamPubl i jako takie wywołują negatywne skutki, natomiast nie każde potencjalne naruszenie przepisów dotyczących procedury udzielenia zamówienia publicznego prowadzi do nałożenia korekt finansowych.

#### Orzecznictwo

Błędy formalne popełnione w przetargu nie dają podstaw do korekty wysokości dofinansowania z funduszy europejskich; w przypadku naruszenia PrZamPubl o charakterze formalnym, które nie mogło mieć wpływu na wysokość rzeczywistej czy potencjalnej szkody, należy odstąpić od nałożenia korekty finansowej (wyr. SA w Katowicach z 22.1.2016 r., I ACa 881/15, Legalis).

---

Wyjątkowe skutki nieprawidłowości powodują, że niezmiernie ważne jest jej precyzyjne zdefiniowanie. Zgodnie z rozporządzeniem Nr 1303/2013 „**nieprawidłowość**” oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem (art. 2 pkt 36 rozporządzenia 1303/2013).

Warto zauważyć różnicę w stosunku do treści poprzednio obowiązującego rozporządzenia, tj. rozporządzenia Rady (WE) Nr 1083/2006 z 11.7.2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) Nr 1260/1999, zgodnie z którą nieprawidłowością było „jakikolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”.

**Ważne**

Nowa definicja nieprawidłowości sprecyzowała źródło pochodzenia przepisów, których naruszenie może stanowić nieprawidłowość, wskazując, że będzie nią każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego.

Warto przytoczyć w całości motyw 12 rozporządzenia 1303/2013, który brzmi następująco: „Przedsięwzięcia EFSI oraz operacje, które są wspierane z tych funduszy, powinny być zgodne z obowiązującymi przepisami prawa unijnego i odpowiednimi przepisami prawa krajowego i, które wdrażają bezpośrednio lub pośrednio niniejsze rozporządzenie i przepisy dotyczące poszczególnych funduszy”.

## 4. Przesłanki stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości

W świetle treści powyższych regulacji można przyjąć, że do nieprawidłowości dochodzi wtedy, gdy:

- 1) naruszone zostało prawo unijne lub prawo krajowe dotyczące stosowania prawa unijnego,
- 2) naruszenie zostało spowodowane działaniem lub zaniechaniem podmiotu gospodarczego,
- 3) naruszenie powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z tego budżetu.

Jedynie stwierdzenie **łącznie** wystąpienia wyżej wymienionych przesłanek prowadzi do wniosku, że mamy do czynienia z nieprawidłowością skutkującą nałożeniem korekty finansowej. Nieprawidłowością może być nie tylko naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych, ale również innych przepisów, wyczerpujące znamiona nieprawidłowości wskazane w rozporządzeniu 1303/2013.

Warto przytoczyć opinie formułowane przez polskie sądy, zgodnie z którymi:

- 1) nieprawidłowość to sytuacja, w której nie można wykluczyć, że potencjalny wykonawca, który zapoznał się z warunkami zamówienia, zrezygnował z ubiegania się, ponieważ nie mógł ich wypełnić ze względów obiektywnych (wyr. WSA w Gliwicach z 16.5.2016 r., IV SA/Gl 1016/15, Legalis);
- 2) wszelkie nieprawidłowości, które potencjalnie mogą skutkować wypłatą środków, które nie powinny być wypłacone w myśl warunków umowy lub przepisów prawa, są traktowane jako nieprawidłowość (wyr. WSA w Rzeszowie z 8.11.2016 r., I SA/Rz 665/16, Legalis);
- 3) duża liczba złożonych ofert może stanowić przesłankę przesądzającą o tym, że naruszenie nie miało nawet hipotetycznego wpływu na budżet UE, zaś wpływ naruszenia byłby bardziej przekonujący, gdyby oferta była jedna albo ktokolwiek z zainteresowanych zarzucał naruszenie prawa (wyr. WSA w Warszawie z 14.4.2015 r., V SA/Wa 2645/14, Legalis).

## 5. Szkada rzeczywista i potencjalna

Kluczowe w cytowanych powyżej definicjach nieprawidłowości jest pojęcie szkody, która musi zostać spowodowana przez naruszenie prawa. O ile jednak szkoda rzeczywista na gruncie doktryny i orzecznictwa została opisana precyzyjnie i w sposób niebudzący na ogół wątpliwości interpretacyjnych, o tyle fakt uznania za nieprawidłowość również naruszenia mogącego wywołać szkodę potencjalną, a tym samym trudną do wykazania, wymaga już pewnych wyjaśnień.

### Orzecznictwo

Szkoda realna to uszczerbek, który łatwo konkretnie zmierzyć i określić jego wysokość (wyr. WSA we Wrocławiu z 25.2.2015 r., III SA/Wr 881/14, Legalis).

---

Odnosnie do szkody potencjalnej sądy wskazywały na to, że:

- 1) wystarczy samo tylko wykazanie, że określone nieprawidłowości powstałe wskutek zachowania się beneficjenta mogły jedynie (choć wcale nie musiały) narazić ogólny budżet Unii Europejskiej na uszczerbek, nawet bliżej niewykazany (potencjalny) (zob. wyr. WSA we Wrocławiu z 25.2.2015 r., III SA/Wr 881/14, Legalis);
- 2) szkoda, o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, bowiem do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość, wystarczy istnienie ryzyka czy też zagrożenia, że szkoda ta powstanie. Już językowa wykładnia tego przepisu wskazuje, że szkoda może mieć charakter potencjalny (por. wyr. NSA z: 19.3.2014 r., II GSK 51/13, Legalis, z 17.4.2013 r., II GSK 159/12, Legalis, z 21.11.2014 r., II GSK 919/13, Legalis);
- 3) do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego, nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE (zob. wyr. NSA z 2.9.2015 r., II GSK 1653/14, Legalis);
- 4) szkoda może mieć charakter jedynie potencjalny dla budżetu unijnego, a niezastosowanie korekty skutkowałoby dochodzeniem zwrotu całego dofinansowania, gdyż naruszenie art. 7 ust. 1 PrZamPubl należałoby zakwalifikować jako wydatkowanie kwoty niezgodnie z obowiązującymi procedurami, a zatem skutkujące naruszeniem art. 207 ust. 1 pkt 2 FinPubU (zob. wyr. NSA z 18.4.2018 r., II GSK 357/18, Legalis).

## 6. Kompetencje organów kontrolnych

System wykrywania i stwierdzania wystąpienia nieprawidłowości wykracza daleko poza kontrolę prawidłowości stosowania PrZamPubl. Jest to konstrukcja hybrydowa, w której wykorzystuje się instytucje prawa prywatnego do realizacji zadań uregulowanych prawem publicznym – administracyjnym oraz finansowym.

Instytucja Zarządzająca programem operacyjnym została mocą ustawy wyposażona w kompetencje i zobowiązana do podejmowania czynności faktycznych i prawnych. Są to czynności kontrolne, w toku których często dochodzi do przenikania się przepisów

prawa cywilnego i administracyjnego. Zawarta z beneficjentem cywilna umowa o dofinansowanie określa okoliczności, których zaistnienie w określonych sytuacjach zobowiązuje beneficjenta do zwrotu otrzymanych funduszy. Jednocześnie jednak w przypadku odmowy dokonania zwrotu tych środków po wezwaniu przez IZ orzeka ostatecznie ona o ich zwrocie w drodze decyzji administracyjnej, powstałe zaś w ten sposób zobowiązania podlega egzekucji administracyjnej zgodnie z przepisami EgzAdmU.

Tak szeroko zarysowane władcze kompetencje IZ podlegają ograniczeniom i kontroli, jednak trudno się oprzeć wrażeniu, że jakkolwiek podpisanie umowy o dofinansowanie projektu tworzy zobowiązanie cywilnoprawne, to prawa beneficjenta wynikające z umowy sprowadzają się w istocie do żądania wypłaty dofinansowania. Fundamentalną cechą stosunku cywilnoprawnego jest równość jego podmiotów, objawiająca się brakiem wzajemnego podporządkowania stron. Tymczasem wiele uprawnień i obowiązków wynikających z tej umowy ma podłoże administracyjnoprawne – dotyczy to chociażby zobowiązania do poddania się kontroli przez wiele instytucji, w tym również tych niebędących stroną umowy, i akceptacji trybu kontroli realizacji projektu lub zadania (art. 206 ust. 2 pkt 4 FinPubU). Naruszenie obowiązków umownych przez beneficjenta prowadzi do powstania nieprawidłowości w zakresie realizacji danego projektu, a w konsekwencji do zmniejszenia przyznanego dofinansowania lub zwrotu części albo nawet całości dofinansowania już przekazanego. Elementy publicznoprawne umowy o dofinansowanie, wskazane wprost w art. 9 ust. 1 pkt 8 i 9 PolitykaSpójU, służą zapewnieniu prawidłowej realizacji umowy i w praktyce działają na korzyść beneficjenta. Warto jednak pamiętać, że cywilne aspekty umowy o dofinansowanie mogą być w tym wypadku mylące, wzajemne stosunki obu podmiotów ją zawierających trudno bowiem określić mianem równoprawnych.

## 7. Podstawa prawna naliczania korekty finansowej

W przypadku stwierdzenia naruszenia przez beneficjenta procedur udzielania zamówień publicznych, wspólnotowych lub/i przepisów PrZamPubl instytucja zarządzająca ustala i nakłada korektę finansową zgodnie z zaleceniami określonymi w WarObniżKorektR. Zwłaszcza z punktu widzenia kontrolowanego kluczowa jest kwestia wersji dokumentu, jaka zostanie zastosowana w razie potrzeby naliczenia korekty. Warto w związku z tym przypomnieć, że:

- 1) w dniu 18.2.2016 r. zostało opublikowane WarObniżKorektR, które określało:
  - a) warunki obniżania wartości:
    - korekt finansowych, o których mowa w art. 24 ust. 5 PolitykaSpójU,
    - wydatków poniesionych nieprawidłowo, stanowiących pomniejszenie, o którym mowa w art. 24 ust. 9 pkt 1 PolitykaSpójU,
  - b) stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń – związane z udzielaniem zamówień realizowanych ze środków publicznych w ramach projektów objętych współfinansowaniem w zakresie polityki spójności w perspektywie finansowej 2014–2020 zgodnie z warunkami wynikającymi z PrZamPubl albo z umowy o dofinansowanie projektu, albo z decyzji o dofinansowaniu projektu;

- 2) w dniu 22.3.2017 r. zostało opublikowane rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 22.2.2017 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, tzw. taryfikator. Rozporządzenie weszło w życie w terminie 14 dni od dnia publikacji, tj. od 6.4.2017 r. Zgodnie z § 2 tego rozporządzenia do nieprawidłowości stwierdzonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych zgodnie z warunkami wynikającymi z PrZamPubl, wszczętych przed 28.7.2016 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jak łatwo zauważyć, WarObniżKorektR jest narzędziem elastycznym, umożliwiającym dostosowanie stawki korekty do rzeczywistej wagi popełnionego naruszenia. W niektórych przypadkach jednak stawka nie może zostać obniżona.

#### Przykład

Nie jest możliwe obniżenie stawki korekty w przypadku podmiotów, które pomimo otrzymania wyniku kontroli (lub audytu) dotyczącej projektów realizowanych przez te podmioty, stwierdzającą wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej, powtórnie popełniają taką samą nieprawidłowość indywidualną w postępowaniach wszczętych po dniu otrzymania wyniku kontroli lub audytu.

Pomimo swej wszechstronności WarObniżKorektR nie zawiera zamkniętego katalogu wszystkich możliwych nieprawidłowości. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych. Warto też podkreślić, że w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu – w takim wypadku do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości.

Rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień przewiduje dwa sposoby ustalenia wysokości korekty finansowej: metodę dyferencyjną oraz metodę wskaźnikową.

**Metoda dyferencyjna** polega na porównaniu wysokości rzeczywiście poniesionych (zakontraktowanych) wydatków na dane zamówienie po zaistnieniu naruszenia ze stanem, jaki by istniał, gdyby naruszenie nie miało miejsca. Metoda ta ma zastosowanie przede wszystkim w sytuacji, gdy naruszenie polega na bezzasadnym odrzuceniu oferty najkorzystniejszej i wyborze oferty o wyższej cenie – w takim przypadku wysokość korekty ustalana jest jako różnica pomiędzy ceną oferty wybranej (droższej) a ceną oferty odrzuconej (tańszej).

**Metoda wskaźnikowa** ma zastosowanie w przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ta-

kim wypadku obniżenie wartości korekty finansowej lub obniżenie wartości pomniejszenia oblicza się według wzorów:

- 1) w przypadku obniżenia wartości korekty finansowej:

$$Wk = W\% \times Wkw \times Wś,$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wk – wartość korekty finansowej,

Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

Wś – procentowa wartość współfinansowania UE,

W% – stawka procentowa;

- 2) w przypadku obniżenia wartości pomniejszenia:

$$Wp = W\% \times Wkw,$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wp – wartość pomniejszenia,

Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

W% – stawka procentowa.

Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych są określone w WarObniżKorektR. Przyjęty we wzorze procentowy wskaźnik korekty oznacza abstrakcyjny i uśredniony stopień „szkodliwości” określonego typu naruszenia.

Jeszcze raz podkreślmy – beneficjent, podpisując umowę o dofinansowanie, wyraża zgodę na zastosowanie przez IZ ww. aktów wykonawczych.

## 8. Umowa o dofinansowanie

Umowa o dofinansowanie projektu określa prawa i obowiązki IZ i beneficjenta, takie jak zasady, tryb i warunki przekazywania, wykorzystania i rozliczania środków dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych przez beneficjenta na realizację projektu. Zgodnie z umową beneficjent zobowiązuje się do realizacji projektu terminowo, w pełnym zakresie, z zachowaniem należytej staranności, odnoszącej się w szczególności do ponoszenia wydatków w sposób celowy, rzetelny, racjonalny i oszczędny oraz z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, zasady optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie.

Umowa zobowiązuje beneficjenta do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, w tym w szczególności PrZamPubl, a w przypadku stwierdzenia przez uprawnioną instytucję naruszenia w ramach realizowanego projektu tych przepisów IZ ma prawo naliczyć i obciążyć beneficjenta korektami finansowymi określonymi w WarObniżKorektR.

## 9. Naruszenie ustawy o finansach publicznych

Umowa wskazuje jednoznacznie jeszcze jeden akt prawny, który konstytuuje obowiązki beneficjenta – FinPubU. Artykuł 207 FinPubU stanowi, że po stwierdzeniu wykorzystania przez beneficjenta całości lub części dofinansowania niezgodnie z przeznaczeniem, z naruszeniem procedur lub pobrania całości lub części dofinansowania w sposób nienależny albo w nadmiernej wysokości IZ wzywa beneficjenta do zwrotu środków (zwrot powinien nastąpić odpowiednio w całości lub w części wraz z odsetkami naliczonymi w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, na wskazany rachunek) lub wyrażenia pisemnej zgody na pomniejszenie kolejnych płatności na rzecz beneficjenta o kwotę podlegającą zwrotowi, **w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania**. Zgodnie z art. 207 ust. 9 FinPubU po bezskutecznym upływie tego terminu organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej lub instytucji pośredniczącej wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

## 10. Orzecznictwo dotyczące nakładania korekt finansowych

Jak już wcześniej wspomniano, IZ zawsze musi wykazać choćby hipotetyczny związek przyczynowy uwiarygodniający możliwość poniesienia szkody przez budżet UE. Tak nieprecyzyjne sformułowanie tej i innych regulacji dotyczących znaczących środków finansowych zaowocowało powstaniem rozbudowanego orzecznictwa sądów administracyjnych. Warto przytoczyć najbardziej istotne wyroki, uzmysławiające skalę problemu.

### Orzecznictwo

---

Z zebranego materiału dowodowego wynika, że ogłoszenie o przetargu ograniczonym zamieszczono 12.5.2009 r., podając zwięźle przedmiot zamówienia. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgłosiło tylko trzech wykonawców i tylko im doręczono specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z dokumentacją projektową, w której użyto nazw własnych produktów. Następnie spośród tych wykonawców wybrano najkorzystniejszą ofertę. W sytuacji gdy do realizacji zamówienia zgłosiło się tylko trzech wykonawców i tylko tym wykonawcom, w drugim etapie postępowania, doręczono dokumentację projektową z nazwami własnymi produktów, to powstaje wątpliwość co do zasadności rozważań zawartych w odpowiedzi na skargę. Trudno uznać za trafne rozważania instytucji zarządzającej, że użycie nazw własnych mogło spowodować szkodę, gdyż mogli zgłosić się wykonawcy oferujący produkty o niższej cenie, a tym samym przedmiot zamówienia uzyskaliby niższą cenę. W pierwszym etapie postępowania zgłosiło się bowiem tylko trzech wykonawców i nie było możliwości, aby do drugiego etapu mogli przystąpić jacyś nowi wykonawcy, którzy zaproponowaliby niższe ceny, a dopiero na drugim etapie doręczono wykonawcom dokumentację projektową z nazwami własnymi produktów. Instytucja zarządzająca pominęła fakt, że zamówienie było realizowane w trybie przetargu ograniczonego i nie wyjaśniła, na czym polegała możliwość powstania szkody w tym przypadku. W zaskarżonej decyzji brak jest rozważań w tym zakresie, mimo że strona skarżąca podnosiła tę okoliczność we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy. Wobec braku rozważań w tej kwestii nie można skontrolować legalności zaskarżonej decyzji w tym zakresie (wyr. WSA w Łodzi z 21.3.2013 r., III SA/Łd 1089/12, Legalis).

---

Brak wykazania związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem a choćby hipotetyczną możliwością uszczuplenia budżetu UE przesądza o nieprawidłowym nałożeniu korekty.

### Orzecnictwo

Wydając wskazaną decyzję, organ zobowiązany jest nie tylko ustalić przesłanki, o których mowa w tych przepisach. Możliwość zastosowania tych przepisów uwarunkowana jest bowiem wykazaniem zaistnienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006 (zob. wyr. NSA z 25.3.2014 r., II GSK 79/13, Legalis). W wyroku z 12.12.2014 r., II GSK 1467/13, Legalis NSA stwierdził, iż wykładnia wszelkich przepisów i uregulowań krajowych, które są podstawą wydawania przez IZ decyzji o zwrocie, powinna być dokonywana z uwzględnieniem faktu, iż zasadniczą przesłanką żądania zwrotu jest rzeczywisty albo potencjalny, nieuzasadniony wydatek z budżetu UE. Warunkiem wydania decyzji o zwrocie środków jest więc 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. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006. Dokonanie przez organ krajowy oceny, czy określone działanie lub zaniechanie beneficjenta spełnia przesłanki nieprawidłowości, wymagać będzie w pierwszej kolejności wskazania normy wyznaczającej określony wzorzec zachowania, a następnie ustalenia, czy doszło do naruszenia tego wzorca. Drugą konieczną przesłanką do stwierdzenia, że doszło do nieprawidłowości, jest zatem ustalenie, że to właśnie zachowanie beneficjenta, stanowiące naruszenie prawa, spowodowało lub mogło spowodować szkodę w budżecie Unii. Na organie ciąży zatem obowiązek dokonania ustalenia, czy to zachowanie spowodowało szkodę lub mogło ją spowodować. W konsekwencji uznać należy, iż orzeczenie przez organ krajowy o obowiązku zwrotu środków finansowych przyznanych beneficjentowi w ramach dofinansowania operacji (projektu) w sytuacji braku ustaleń i rozważań w przedmiotowej kwestii stanowi uchybienie mogące mieć wpływ na wynik sprawy administracyjnej (wyr. WSA w Łodzi z 14.5.2015 r., III SA/Łd 817/14, Legalis).

Konwalidowanie dostrzeżonego błędu przed udzieleniem zamówienia musi być skuteczne i realne – wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert po dokonaniu zmian SIWZ jest naruszeniem skutkującym korektą finansową.

### Orzecnictwo

Nieprawidłowością jest więc sytuacja, w której nie można wykluczyć, że potencjalny wykonawca, który zapoznał się z warunkami zamówienia, zrezygnował z ubiegania się o udzielenie zamówienia, gdyż nie mógł ich wypełnić ze względów obiektywnych. Natomiast w przypadku późniejszego złagodzenia warunków, ale nie zagwarantowania właściwego czasu na sporządzenie oferty, nie mógł wziąć udziału w postępowaniu. Nie można wykluczyć, że oferta takiego wykonawcy mogła być najkorzystniejsza. Powyższe oznacza, że gdyby taka oferta została wybrana, wówczas zamawiający poniósłby niższe wydatki na realizację tego zamówienia i niższą kwotę przedstawiłby do refundacji z EFRR. Wobec tego złagodzenie przez beneficjenta warunków udziału w postępowaniu, bez zagwarantowania właściwego czasu na sporządzenie ofert wykonawcom spełniającym warunki złagodzone, a nie spełniającym warunków pierwotnych, stanowi działanie, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równość szans na rynku ofert, a w konsekwencji mogłoby doprowadzić do rzeczywistej szkody w budżecie UE poprzez sfinansowanie wydatków w nieuzasadnionej wysokości. Każdy taki przypadek może skutkować co najmniej szkodą potencjalną (wyr. WSA w Gliwicach z 16.5.2016 r., IV SA/Gl 1016/15, Legalis).

Duża liczba złożonych ofert może stanowić przesłankę przesadzającą o tym, iż naruszenie nie miało nawet hipotetycznego wpływu na budżet UE.

### Orzecznictwo

Podkreślenia wymaga, że przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenie przy stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowanie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych 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 odpowiadać wartości nieprawidłowości, a punktem wyjścia dla ustalenia wysokości korekty finansowej powinno być ustalenie tej wartości. Brak zatem obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych. (...) Żaden z podmiotów biorących udział w postępowaniu nie został z niego wykluczony, żaden z nich nie skorzystał z przysługujących środków ochrony prawnej. W toku postępowania nie zostało ustalone, iż zobowiązanie do złożenia dodatkowych dokumentów ograniczyło czyjejkolwiek prawa i spowodowało, że warunki udziału poszczególnych wykonawców stały się niezrozumiałe czy też w jakikolwiek sposób ich dyskryminowały. Nie bez znaczenia jest również to, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli 9 ofert, co oznacza, iż żądanie dodatkowych dokumentów nie miało wpływu na ich liczbę. W każdym razie organ nie wykazał, iż taki wpływ rzeczywiście miał miejsce. Argumentacja organu w tej materii byłaby bardziej przekonująca, gdyby oferta była jedna, bądź gdyby ktokolwiek z zainteresowanych zarzucał skarżącemu naruszenie prawa. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca, co oznacza iż nie naruszono zasady konkurencyjności postępowania (wyr. WSA w Warszawie z 14.4.2015 r., V SA/Wa 2645/14, Legalis).

---

## 11. Podstawowe czynności kontrolującego przed rozpoczęciem kontroli

Mając na względzie wszystkie przytoczone powyżej kwestie, zarówno kontrolujący, jak i podmiot przez niego kontrolowany mogą świadomie przystąpić do procedury kontroli. Wiąże się ona zawsze z zestawem podstawowych czynności, które zobowiązany jest dokonać kontrolujący. W szczególności powinien on, jeszcze przed przystąpieniem do szczegółowej weryfikacji procedury, ustalić podstawowe dane dotyczące beneficjenta oraz udzielonego zamówienia, obejmujące w szczególności takie informacje, jak:

- 1) nazwa i adres beneficjenta,
- 2) tytuł projektu i jego numer,
- 3) umowa/decyzja o dofinansowanie projektu, jej numer i data zawarcia,
- 4) data ustalenia wartości szacunkowej zamówienia,
- 5) wartość szacunkowa zamówienia, wyrażona w PLN i EUR,
- 6) kurs, według którego dokonano przeliczenia wartości zamówienia,
- 7) rodzaj zamówienia (roboty budowlane, dostawy, usługi),
- 8) data opublikowania ogłoszenia o zamówieniu/przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,
- 9) dokonane w trakcie procedury zmiany ogłoszenia,
- 10) termin składania ofert,
- 11) data przekazania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty,

- 12) data zawarcia i numer umowy z wykonawcą,
- 13) adres i nazwa wykonawcy,
- 14) wysokość wynagrodzenia umownego wykonawcy,
- 15) zmiany umowy zawartej z wykonawcą oraz ich zakres,
- 16) data opublikowania i numer ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Po ustaleniu i utrwaleniu powyższych danych w protokole kontroli można przystąpić do właściwych czynności kontrolnych, które mogą być wspomagane danymi zawartymi w kolejnych rozdziałach książki.

**Podstawa prawna:**

- PrZamPubl,
- WarObniżKorektR.