

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.

2. Naruszenie zasad zamówień publicznych

Niniejszy dokument dotyczy wyłącznie kwestii naruszeń w stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr. 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, wdrażających to prawo.

Punktem wyjścia dla ustalenia zakresu naruszeń, do których stosuje się niniejszy dokument, jest więc ustalenie zakresu pojęć „prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych” oraz „przepisy Pzp wdrażające to prawo”.

Nawiązując do pierwszego z pojęć, należy wskazać, iż prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych obejmuje:

a. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE)

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. 12 TWE)
- swobodny przepływ towarów oraz zakaz ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie, oraz wszelkich środków o skutku równoważnym (art. 23 i n. TWE),
- swoboda prowadzenia działalności gospodarczej (art. 43 i n. TWE),
- swoboda świadczenia usług (art. 49 i n. TWE).

b. Dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych

Obecnie obowiązującymi dyrektywami harmonizującymi prawo zamówień publicznych w Unii Europejskiej są:

- 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,
- 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,
- dyrektywa Rady 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,
- 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 Komisji 2005/51/WE z dnia 7 września 2005 r. zmieniająca załącznik XX do dyrektywy 2004/17/WE i załącznik VIII do dyrektywy

2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych.

- c. Rozporządzenie Komisji (WE) NR 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień.
- d. Rozporządzenie Komisji (WE) NR 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.
- e. Decyzję Komisji z dnia 7 stycznia 2005 r. dotyczącą szczegółowych zasad stosowania procedury przewidzianej w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Z kolei **przepisy Pzp wdrażające prawo wspólnotowe** w dziedzinie zamówień publicznych obejmują tylko te przepisy Pzp, które implementują ww. przepisy prawa wspólnotowego do krajowego porządku prawnego. Tym samym nieprawidłowości będące następstwem naruszeń przepisów Pzp, które nie służą wdrożeniu prawa wspólnotowego, nie stanowią co do zasady podstawy do wymierzenia korekty finansowej. To ostatnie dotyczy w szczególności naruszeń takich przepisów Pzp, jak przepisy dotyczące:

- kierownika zamawiającego, komisji przetargowej oraz innych osób uczestniczących w postępowaniu po stronie zamawiającego (art. 17 – art. 21 Pzp),
- zawartości siwz (art. 36 Pzp),
- wniesienia wadium oraz jego form (art. 45 i 46 Pzp),
- terminu związania ofertą (art. 85 Pzp),
- jawności otwarcia ofert (art. 86 ust. 2 Pzp),

- podania przed otwarciem ofert kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp),
- unieważnienia postępowania (art. 93 Pzp),
- obowiązku zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą (art. 94 ust. 1 Pzp),
- protokołu postępowania oraz jego jawności (art. 96 Pzp),
- obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 61 ust. 2 Pzp) lub zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 2 Pzp) czy też przekazania Prezesowi UZP oraz Szefowi CBA informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 92 ust. 2 Pzp),
- stosowania do umów w sprawach zamówień publicznych przepisów kc, formy pisemnej umowy, jawności umów (art. 139 Pzp),
- wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz jego form (art. 147 - 151 Pzp).

Powyższe nie oznacza jednak całkowitej dowolności decyzji zamawiającego w tym zakresie. Decyzje te podlegają jeszcze kontroli z punktu widzenia zgodności z ogólnymi zasadami traktatowymi. Dla przykładu, jeżeli zamawiający wykluczy jednego z wykonawców z powodu braku ważnego wadium, natomiast wybierze ofertę drugiego, pomimo że również nie będzie zabezpieczona wadium, dopuści się naruszenia zasady równego traktowania. Inny przykład: wykonawcy nie mogą ponieść negatywnych konsekwencji braku umieszczenia w siwz wymaganych informacji, gdyż godziłoby to w zasadę przejrzystości.

3. Wysokość korekt finansowych

Przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów Pzp wdrażających to prawo 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 wysokości **szkody**. Punktem wyjścia dla ustalenia wysokości korekty finansowej jest więc w zasadzie lub być powinno ustalenie wysokości szkody.

Oznacza to zarazem brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych. Do wymienionej grupy naruszeń można w szczególności zaliczyć:

- 1) naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 3 Pzp, poprzez niezawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu, odpowiednio zamieszczanym lub publikowanym w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób, informacji o dniu jego przekazania UOPWE,
- 2) naruszenie art. 12 ust. 3 pkt 2) Pzp, poprzez nieudokumentowanie publikacji ogłoszenia w DUUE, w szczególności zaniechanie przechowywania dowodu jego publikacji,
- 3) naruszenie przepisów dotyczących szacowania wartości zamówienia, jeżeli nie powoduje ono zejścia poniżej progów wartości zamówień określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp,
- 4) błędne określenie kodu CPV.

4. 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. Pierwszeństwo należy przypisać metodzie dyferencyjnej.

a) Metoda dyferencyjna

Jak była o tym mowa, wysokość korekt finansowych powinna, co do zasady, odpowiadać wysokości szkody. W celu ustalenia istnienia oraz wielkości szkody trzeba

porównać wysokość rzeczywiście wydatkowanych (lub zakontraktowanych) środków na sfinansowanie zamówienia po zaistnieniu naruszenia ze stanem hipotetycznym, a mianowicie tym, 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.

Jako najprostszy przykład można wskazać sytuację, w której zamawiający bezzasadnie odrzuca najtańszą ofertę i dokonuje wyboru oferty droższej. Wysokość korekty finansowej da się tutaj odnieść do różnicy pomiędzy ceną wybranej oferty, a ceną oferty odrzuconej. Przy czym uwzględniamy tylko różnicę powstałą w zakresie wydatkowania środków z funduszy UE, nie zaś globalną różnicę w wydatkowaniu środków na zamówienie.

b) Metoda wskaźnikowa

Niekiedy jednak skutki finansowe określonego naruszenia są pośrednie lub rozproszone, a zatem trudne do oszacowania. Jak bowiem, dla przykładu, ocenić konkretny wpływ, który na wysoką cenę wybranej oferty miało mniejsze zainteresowanie zamówieniem, spowodowane brakiem publikacji ogłoszenia w DUUE? Dlatego w przypadkach, gdy obliczenie konkretnego rozmiaru szkody wywołanej naruszeniem jest trudne, czy wręcz niemożliwe, dla ustalenia wysokości korekty można posłużyć się **metodą wskaźnikową**. Stosując metodę wskaźnikową 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.

Wskaźnik procentowy wyraża abstrakcyjny i uśredniony stopień „szkodliwości” określonego typu naruszenia. Wskaźnik procentowy przyjmuje się w wysokości i na warunkach określonych w załączniku do niniejszego dokumentu.

Z kolei 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.

Należy jednak w tym miejscu jeszcze raz podkreślić, że posłużenie się metodą wskaźnikową ma charakter subsydiarny (pomocniczy) i jest uzasadnione tylko w sytuacji, gdy stosowanie metody dyferencyjnej nie wchodzi w grę.