

Wdrażanie Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko w procedurach Prawa zamówień publicznych

Implementation of the Infrastructure and Environment Operational Program in public procurement law procedures

dr Agnieszka Piwowarczyk

Adiunkt w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach
E-mail: agnieszka.piwowarczyk@us.edu.pl; nr ORCID: 0000-0002-4490-4330

Streszczenie

Najliczniejszą grupę beneficjentów ubiegających się o przyznanie dotacji ze środków unijnych stanowią jednostki sektora finansów publicznych zobligowane do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Wdrażanie funduszy unijnych związane jest z wieloma uregulowaniami prawnymi na szczeblu zarówno UE, jak i danego kraju członkowskiego, efektywna absorpcja środków unijnych nierozzerwalnie związana jest zaś z procedurami prawa zamówień publicznych. Niniejszy artykuł prezentuje absorpcję środków unijnych największego programu operacyjnego w kontekście procedur prawa zamówień publicznych, a także zagadnienia dotyczące nieprawidłowości identyfikowanych w procesie udzielania zamówień współfinansowanych.

Słowa kluczowe: fundusze unijne, procedury zamówień publicznych, nieprawidłowości

Summary

The most numerous group of beneficiaries applying for grants from EU funds are entities of the public finance sector obliged to obey the regulations of the PPL. The implementation of EU funds is connected with a number of legal regulations, both at the EU and Member State level, and the effective absorption of EU funds is inextricably linked to public procurement law procedures. This article presents the absorption of EU funds from the largest operational program in the context of public procurement law procedures, as well as issues related to irregularities identified in the co-financed procurement process.

Key words: EU funds, public procurement procedures, irregularities

Wprowadzenie

Fundusze strukturalne stanowią podstawowe instrumenty finansowe polityki spójności realizowanej przez Unię Europejską (Ryszkiewicz, 2013, s. 59–82)¹. Ich zadaniem jest pomoc władzom centralnym i regionalnym słabiej rozwiniętych regionów w rozwiązaniu ich najważniejszych problemów gospodarczych. Mają przyczynić się do poprawy sytuacji gospodarczej i społecznej Unii poprzez zmniejszanie różnic w poziomie życia ludności, rozwój infrastruktury w poszczególnych regionach oraz wzrost zatrudnienia (Gasz, 2014, s. 86). Fundusze strukturalne są nastawione na wspieranie restrukturyzacji i modernizacji gospodarki krajów UE. Wpływają na zwiększenie spójności ekonomicznej i społecznej Unii, skierowane są do tych sektorów gospodarki i regionów, które bez pomocy finansowej nie są w stanie dorównać średniemu po-

ziomowi ekonomicznemu w UE (Gostomczyk, 2016, s. 15; Tomaszewicz, 2014, s. 236; Bujnowski, 2009, s. 84).

Środki UE w perspektywie finansowej 2014–2020 wdrażane są poprzez krajowe programy operacyjne oraz na poziomie regionalnym w ramach 16 dwufunduszowych² regionalnych programów operacyjnych³.

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko, dalej POIiŚ, realizowany w perspektywie finansowej 2014–2020, stanowi największy pod względem wartości program krajowy, na którego realizację przeznaczono 27,4 mld euro.

Najliczniejszą grupę beneficjentów ubiegających się o przyznanie dotacji z POIiŚ stanowią jednostki sektora finansów publicznych i dlatego analiza zagadnień będących przedmiotem niniejszego opracowania zostanie przeprowadzona pod kątem właśnie takich jednostek — zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy z 29.01.2004 r. — Prawo zamówień

publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej p.z.p.

Wdrażanie funduszy unijnych obwarowane jest licznymi uregulowaniami prawnymi na szczeblu zarówno UE, jak i danego kraju członkowskiego, efektywna absorpcja środków unijnych jest zaś nierozzerwalnie związana z procedurami prawa zamówień publicznych (Nowicki, 2012, 91–101; Szostak, 2012, s. 139–159). Zawarte umowy o udzielenie zamówienia publicznego podlegają weryfikacji, a to oznacza, że każde zamówienie współfinansowane zostanie objęte kontrolą (Piwoarczyk, 2016b, s. 65–75). Wykryte nieprawidłowości związane z procedurą udzielania zamówień publicznych, również po rozliczeniu projektu, mogą skutkować korektą finansową. Zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy z 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz.U. z 2018 r. poz. 1431 ze zm.), dalej ustawa wdrożeniowa, korekta finansowa jest to kwota, o jaką pomniejsza się dofinansowanie z UE dla projektu lub programu operacyjnego w związku z nieprawidłowością indywidualną lub systemową.

Zwiększenie wykorzystania środków unijnych oraz zminimalizowanie ryzyka niekwalifikowalności środków możliwe jest w szczególności poprzez usprawnienie procesu udzielania zamówień publicznych. Kontrola Najwyższej Izby Kontroli z 2017 r., dotycząca zarządzania wykorzystaniem środków UE na lata 2014–2020 w ramach polityki spójności, wykazała bardzo niski poziom wydatkowania środków unijnych. Jedną z przyczyn były nieprawidłowości występujące w projektach dotyczące udzielania zamówień publicznych (<https://www.nik.gov.pl/plik/id,15818.pdf>, 29.07.2019).

Jak wynika z najnowszych ustaleń kontrolnych Najwyższej Izby Kontroli z 2019 r., realizacja programów operacyjnych w Polsce przebiega prawidłowo, nie zawsze jednak beneficjenci przestrzegają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszając postanowienia umów o dofinansowanie projektu (NIK, 2019).

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 stanowi kontynuację działań realizowanych w poprzedniej perspektywie finansowej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007–2013. Cele programu wpisują się w priorytety Strategii Europa 2020 (Komunikat EUROPA 2020, „Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”), tj. zrównoważony wzrost poprzez rozwój gospodarki w najważniejszych sektorach, przyjazny środowisku i konkurencyjny. Najważniejsze priorytety tego programu w ramach nowej perspektywy to: zmniejszenie emisyjności gospodarki i poprawa bezpieczeństwa energetycznego, ochrona środowiska, rozwój infrastruktury drogowej, rozwój transportu kolejowego, ochrona zdrowia, ochrona dziedzictwa kulturowego i rozwój zasobów kultury.

W przypadku Polski zakładanym celem, w którym spodziewane są największe efekty, jest poprawa efektywności ener-

getycznej w obszarze budownictwa zarówno publicznego, jak i mieszkaniowego w sektorze ciepłownictwa oraz transportu. Dlatego nadal promowane są projekty związane z modernizacją energetyczną budynków, w szczególności modernizację sieci dystrybucji ciepła. Duże przedsiębiorstwa motywowane są do wdrażania pozyskanych funduszy w zakresie zastosowania energooszczędnych technologii produkcji, a także wprowadzania nowoczesnych systemów zarządzania energią⁴. Warto również zwrócić uwagę na postulowane podniesienie standardów jakości powietrza, ponieważ problem zanieczyszczonego powietrza widoczny jest zwłaszcza w dużych miastach Polski zlokalizowanych na terenach aglomeracji śląsko-dąbrowskiej oraz krakowskiej.

Program POIiŚ realizuje cele zaplanowane w najważniejszych krajowych dokumentach strategicznych oraz w tzw. dziesięciu strategiach zintegrowanych⁵. W Długookresowej Strategii Rozwoju Kraju⁶ jeden z obszarów: konkurencyjność i innowacyjność gospodarki zawiera działania dotyczące bezpieczeństwa energetycznego i środowiska. Strategia Rozwoju Kraju 2020⁷ określa natomiast zadania państwa związane z bezpieczeństwem energetycznym i środowiskiem, a także zachowanie zasobów przyrodniczych w stanie niepogorszonym.

Zasady udzielania zamówień publicznych współfinansowanych z POIiŚ

Beneficjent, który udziela zamówień publicznych ze środków unijnych, musi się liczyć z licznymi wymogami, wynikającymi z podpisanej umowy o dofinansowanie, która odsyła nie tylko do przepisów prawa krajowego i unijnego, ale także do Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020. Wytyczne nie są aktami prawnymi obowiązującymi *erga omnes*, jednak beneficjenci projektów współfinansowanych ze środków unijnych zobowiązani są do ich stosowania poprzez zawarcie umowy o dofinansowanie projektu. I chociaż w trzeciej perspektywie finansowej 2014–2020 szczególne wymagania dla beneficjentów realizujących projekty współfinansowane ze środków funduszy strukturalnych nie budzą już kontrowersji, to jednak stanowią dodatkowe obowiązki, które nie dotyczą zamówień finansowanych ze środków krajowych.

Zagadnienie usytuowania systemu realizacji (w tym wytycznych) wśród źródeł prawa było przedmiotem analizy w ponad 100 orzeczeniach sądów administracyjnych. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego przedstawionym w wyroku z 12.12.2011 r., P 1/11, Dz.U. nr 279, poz. 1644, systemu realizacji nie można zaliczyć do źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Nie został on bowiem wymieniony w art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP; wydawany jest przez organy, które nie dysponują konstytucyjnymi uprawnieniami prawotwórczymi, jak również nie jest należycie publikowany. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w ukształtowanej linii orzeczniczej sądów powszechnych.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 22.01.2015 r., II GSK 2004/13, LEX nr 1769714, stwierdził, że „procedury te mogą wynikać nie tylko z aktu prawa powszechnie obowiązującego, ale także z łączącej strony umowy o dofinansowanie, w której zostaje określony uzgodniony sposób działania beneficjenta. Sposób ten jest obowiązujący i odstępstwo od niego stanowi naruszenie procedur, o jakich mowa w art. 184 u.o.f.p. ... Wytyczne co do zasady pozbawione mocy prawnej należy zaliczyć do *soft law* (Senden, 2004, s. 105–106), które stosowane jest i przestrzegane przez adresatów ze względu na autorytet instytucji wydających te akty. Ich ranga rośnie również w kontekście zasady pomocniczości, która nakazuje korzystanie z aktów niewiążących (Mik, 2000, s. 523; Piwowarczyk, 2017, s. 269–271). Stanowisko takie podtrzymał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyroku z 27.01.2017 r., I SA/Bk 899/16, LEX nr 2203221.

Wskazać należy, że ustawa z 7.07.2017 r. o zmianie ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1475), która weszła w życie 2.09.2017 r., uchyliła art. 7 ustawy wdrożeniowej, zgodnie z którym Instytucja Zarządzająca krajowym albo regionalnym programem operacyjnym mogła wydawać wytyczne programowe uszczegółowujące kwalifikowalność wydatków dla danego programu operacyjnego.

Od 3.12.2017 r. beneficjentów obowiązują zatem jedynie wytyczne kwalifikowalności (dawniej horyzontalne) niezależnie od programu, w jakim wydatkowane są środki realizowanego projektu. Zmiana ta ma niezwykle istotne znaczenie dla beneficjentów, ponieważ ujednotolica zasady wydatkowania środków dla wszystkich programów operacyjnych.

Wytyczne programowe wprowadzały bardzo liczne obowiązki w zakresie udzielania zamówień publicznych, niewynikające z Prawa zamówień publicznych (Piwowarczyk, 2017, s. 22–37). Co istotne, w zależności od programu operacyjnego konkretne wytyczne programowe mogły się bardzo różnić w zakresie wymagań dotyczących wydatkowania środków. W postanowieniach Sekcji 6.2.1 wytycznych programowych POIiŚ znalazł się wymóg dotyczący wydatków wynikających z umów o wartości od 2 tys. PLN do 50 tys. PLN⁸. Beneficjent dokonujący wydatków od 2 tys. PLN do 50 tys. PLN musiał posiadać dokumenty potwierdzające rozeznanie rynku wskazujące, iż dana usługa, robota lub dostawa została wykonana po cenie nie wyższej od ceny rynkowej. Podkreślić trzeba, że tak restrykcyjny wymóg nie dotyczył wydatków dokonywanych z pozostałych programów operacyjnych.

Zgodnie z obowiązującymi od 9.09.2019 r. Wytycznymi kwalifikowalności beneficjent zobowiązany do stosowania Prawa zamówień publicznych przeprowadza postępowanie zgodnie z przepisami ustawy, jednak dodatkowo zobowiązany jest do przestrzegania zasady konkurencyjności i procedury rozeznania rynku, które zostały opisane w sekcji 6.5.1 i 6.5.2 Wytycznych kwalifikowalności (M. P. 2019 poz. 796)⁹. Wydatki w ramach projektu muszą być ponoszone w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny. O ile ten wymóg nie jest niczym nowym dla beneficjentów, o tyle zastrzeżenie, że w przypadku zamówień o wartości od 20 tys. PLN netto do 50 tys. PLN netto jego wypełnienie następuje w drodze przepro-

wadzenia i udokumentowania rozeznania rynku stanowi dodatkowy obowiązek. W celu potwierdzenia przeprowadzenia rozeznania rynku konieczne jest udokumentowanie dokonanej analizy cen potencjalnych wykonawców zamówienia — wraz z cennikami. (Piwowarczyk, 2017, s. 79–80 i 96–99).

W przypadku zamówień o wartości od 20 tys. PLN netto do 50 tys. PLN netto włącznie możliwe jest zastosowanie zasady konkurencyjności. Zupełnie nowym rozwiązaniem jest nieprzeprowadzanie rozeznania rynku dla najczęściej finansowanych towarów i usług, dla których Instytucja Zarządzająca określiła wymagania dotyczące standardu oraz cen rynkowych¹⁰.

Zasada konkurencyjności dotyczy beneficjentów będących zamawiającymi w świetle Prawa zamówień publicznych w przypadku zamówień o wartości równej lub niższej niż kwota określona w art. 4 pkt 8 p.z.p., a jednocześnie przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT) lub w przypadku zamówień sektorowych o wartości niższej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., a jednocześnie przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT). Zasada konkurencyjności opisana w Wytycznych wiąże się przede wszystkim z obowiązkiem upublicznienia zapytania ofertowego poprzez jego umieszczenie w Bazie konkurencyjności¹¹.

Zwolnienie od stosowania zasady konkurencyjności i rozeznania rynku przysługuje w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w podr. 6.5 pkt 7 i 8 Wytycznych.

Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), która będzie obowiązywać od 1.01. 2021 r., zamówienia bagatelne to zamówienia klasyczne o wartości bez podatku od towarów i usług mniejszej niż wyrażona w złotych kwota 130 tys. PLN, jednak nie mniejszej niż 50 tys. PLN. Nowe regulacje wprowadzają w przypadku zamówień bagatelnych wymóg dotyczący zamieszczania ogłoszeń o zamówieniu bagatelnym w Biuletynie Zamówień Publicznych. Obniżenie progu zamówień bagatelnych w pewnym stopniu zrówna beneficjentów wydatkujących środki unijne i zamawiających wydatkujących środki krajowe w zakresie obowiązków związanych z upublicznieniem ogłoszenia.

I chociaż oczywiście zapytanie ofertowe czy rozeznanie rynku zwiększają konkurencyjność składanych ofert, to niewątpliwie nakładają na beneficjentów dodatkowe obowiązki. W przypadku zamówień nieobjętych dyrektywami z całą pewnością znajdują również zastosowanie przepisy Komunikatu wyjaśniającego Komisji nr 2006/C 179/02 dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.

Komunikat ma również zastosowanie w przypadku zamówień, do których nie stosuje się przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowe szczególne wymagania związane z udzielaniem zamówień mogą również wynikać z treści zawartej umowy o dofinansowanie projektu. Poruszając zagadnienie umowy o dofinansowanie, nie sposób pominąć kwestii charakteru prawnego tejże umowy, zważywszy na funkcjonujące w doktrynie rozbieżne stanowiska (Piwowarczyk, 2016a, s. 95–106).

Umowa o dofinansowanie projektu jest umową dotacji w rozumieniu art. 206 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 869), dalej u.f.p.

Zdaniem R. Szostaka to brak ustawowych wskazówek rzutuje na liczne wątpliwości odnośnie do charakteru prawnego tej umowy (Szostak, 2011, s. 61–79). W doktrynie umowy o dofinansowanie projektu zaliczane są do kategorii umów cywilnoprawnych. Stanowisko takie podkreślił Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 3.12.2015 r., II GSK 3159/15, LEX nr 1988967.

Umowa o dofinansowanie projektu posiada również cechy umowy adhezyjnej. Zwolennicy tej tezy podnoszą jako jeden z podstawowych argumentów fakt obowiązujących wzorców umów. Odmienne stanowisko prezentuje R. Iniewski, który podnosi, iż nie można takiego charakteru wywodzić z art. 206 u.f.p., a w związku z tym możliwe jest negocjowanie warunków i postanowień przyszłej umowy o dofinansowanie (Iniewski, 2010, s. 58).

Umowy o dofinansowanie projektu mogą bardzo różnorodnie kształtować wymogi odnośnie do wydatkowania środków. W nowej perspektywie finansowej 2014–2020 obowiązujące wzory umów o dofinansowanie projektu co do zasady odwołują się do wymagań określonych w Wytycznych kwalifikowalności.

Pomimo doświadczeń z perspektywy 2004–2006 i 2007–2013 oraz rosnącej świadomości beneficjentów w zakresie obowiązujących przepisów związanych z udzielaniem zamówień publicznych współfinansowanych nadal najwięcej błędów i nieprawidłowości identyfikowanych jest w zakresie procedur zamówieniowych. Procedury dotyczące udzielania zamówień publicznych współfinansowanych z funduszy unijnych mogą się różnić w zależności od programu operacyjnego. Zniesienie obowiązywania wytycznych programowych w znacznym stopniu ograniczyło te różnice, jednak wzory umów o dofinansowanie mogą wprowadzać odmienne wymogi w zakresie wydatkowania środków.

Bardzo często wymogi te budzą wątpliwości czy wręcz kontrowersje, jak np. w przypadku konieczności zamieszczania na stronach internetowych beneficjenta informacji o wszczętym postępowaniu w trybie z wolnej ręki, zapytaniu o cenę czy też negocjacji bez ogłoszenia. Równie częsty jest wymóg przekazywania projektu ogłoszenia o zamówieniu, projektu przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego i projektów aneksów umowy do Instytucji Zarządzającej.

Dlatego tak ważne jest, by beneficjent na etapie przygotowania postępowania poznał wszystkie obowiązki związane z realizowanym projektem, które nakładają szczególne wymogi w zakresie wydatkowania środków. Przykładem takiego wymagania dla beneficjentów POIiŚ, niewynikającym wprost z postanowień wzorów umów, jest obligatoryjny wymóg ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 1 i 62 ust. 2a p.z.p.¹² Istotne, że w świetle przywołanych przepisów Prawa zamówień publicznych ogłoszenie to ma charakter fakultatywny.

Instytucja kontrolująca weryfikuje, czy protokół postępowania zawiera pełne uzasadnienie faktyczne i prawne dla zastosowania trybu niekonkurencyjnego. Brak uzasadnienia dla którejkolwiek z przesłanek rozumiany jest jako faktyczne nie-

spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia w ww. trybie niekonkurencyjnym, co skutkuje uznaniem wydatków za niekwalifikowalne. Zgodnie z postanowieniami obowiązującego wzoru umowy o dofinansowanie projektu wynika, że uzyskanie pozytywnej oceny Instytucji Wdrażającej jest warunkiem niezbędnym dla możliwości kwalifikowania wydatków wynikających z udzielenia zamówień w trybach niekonkurencyjnych, poniesionych na realizację robót zamiennych prowadzących do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy lub wynikających ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych (http://www.pois.gov.pl/media/72013/Wzor_umowy_o_dofinansowanie_Srodowisko_PJB.rtf, 1.07.2019). W przypadku wydatków poniesionych na realizację robót zamiennych, aby wydatki zostały uznane za kwalifikowalne, konieczne jest potwierdzenie robót zamiennych aneksem do umowy z wykonawcą, a także opisanie sposobu wyceny robót zamiennych w ogłoszeniu o zamówieniu, zapytaniu ofertowym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w umowie, w przypadku gdy przepis prawa lub warunek kwalifikowalności wydatków wymaga określenia warunków zmiany w jednym z ww. dokumentów. Niezbędna jest również zgodność produktu końcowego, osiągniętego w wyniku zastosowania robót zamiennych, z określonym w zamówieniu. Dodatkowo beneficjent udzielający zamówienia w jednym z trybów niekonkurencyjnych zobowiązany jest złożyć Instytucji Zarządzającej pisemne uzasadnienie faktycznego i prawnego zastosowania trybu udzielenia zamówienia, może również zostać wezwany do uzupełnienia treści ww. uzasadnienia.

Kontrola procedur Prawa zamówień publicznych w ramach projektu

Jednym z najważniejszych postanowień umowy o dofinansowanie jest zastrzeżenie, że beneficjent podda się kontroli. Wielu beneficjentów pomija analizę zaleceń dotyczących przeprowadzenia kontroli, gdy tymczasem są one źródłem wiedzy na temat tego, jak będzie wyglądała przyszła kontrola, ale również jakie elementy powinny zostać uwzględnione w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Beneficjent, podpisując umowę o dofinansowanie projektu, zobowiązuje się zapewnić poprawną jego realizację poprzez przeciwdziałanie nadużyciom finansowym. Pojęcie nadużycia należy odróżnić od „nieprawidłowości”. Pojęcie nieprawidłowości zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiającego 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 objętych zakresem wspólnych ram strategicznych oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności oraz uchylają-

cego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.Urz. UE L 347, s. 320, ze zm.). Przez „nieprawidłowość” należy rozumieć każde naruszenie: prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy europejskich, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

Podczas gdy każde nadużycie jest nieprawidłowością, to nie każda nieprawidłowość jest nadużyciem (Krzykowski, 2016, s. 51–92). Nadużycie cechuje się przede wszystkim umyślnym działaniem lub zaniechaniem. Zarówno nieprawidłowości, jak i nadużycia najczęściej występują w obszarze finansowym, a zatem w przypadku konieczności stosowania do wydatkowania środków procedur Prawa zamówień publicznych związane są z naruszeniem tych procedur.

Jednym z postanowień obowiązującego wzoru umowy o dofinansowanie projektu z POIiŚ jest zobowiązanie się beneficjenta do upublicznienia na swojej stronie internetowej informacji o funkcjonowaniu mechanizmu umożliwiającego sygnalizowanie potencjalnych nieprawidłowości lub nadużyć finansowych. Zgodnie z Poradnikiem w zakresie przeciwdziałania nadużyciom finansowym w szczególności w ramach projektów realizowanych z POIiŚ, aby wypełnić ten obowiązek, beneficjent powinien co najmniej zamieścić na swojej stronie internetowej link do zgłaszania nieprawidłowości (https://www.pois.gov.pl/media/68365/Poradnik_01_2019.pdf, 21.08.2019).

Zgodnie z art. 122 ust. 2 rozporządzenia nr 1303/2013 państwa członkowskie zapobiegają nieprawidłowościom oraz je wykrywają i korygują, a także odzyskują kwoty nienależnie wypłacone wraz z odsetkami. Obowiązkiem państw członkowskich jest również powiadomienie Komisji Europejskiej o nieprawidłowościach przekraczających 10 tys. euro.

Dla skutecznego działania prawa unijnego konieczne jest odpowiednie stosowanie prawa krajowego, dlatego jakiegokolwiek jego naruszenie oznacza jednocześnie naruszenie prawa unijnego. Taka definicja została przyjęta na posiedzeniu CoCoLaF w dniu 11.04.2002 r.

Zagadnienia dotyczące nieprawidłowości zostały podobnie uregulowane w Wytycznych w zakresie sposobu korygowania i odzyskiwania nieprawidłowych wydatków oraz zgłaszania nieprawidłowości w ramach programów operacyjnych polityki spójności na lata 2014–2020 (obowiązują od 18.12.2018 r.). Należy przyjąć, że każdy wydatek dokonany ze środków unijnych winien być uzasadniony i zgodny ze zobowiązaniami wynikającymi z zawartej umowy o dofinansowanie. Zatem naruszenie zarówno postanowień samej umowy, jak i Wytycznych kwalifikowalności należy także oceniać jako naruszenie prawa skutkujące nieprawidłowościami w rozumieniu rozporządzenia ogólnego (Karwatowicz, Odachowski, 2009, s. 120). Zarówno obowiązujące wzory umów o dofinansowanie projektu, jak i Wytyczne dotyczące zgłaszania nieprawidłowości określają sankcje stosowane wobec beneficjentów w przypadku naruszenia procedur udzielania zamówień publicznych podczas wdrażania projektu. Wykrycie nieprawidłowości w procedurze wydatkowania środków niesie dla beneficjenta dotkliwe konsekwencje — jedną z nich jest zwrot środków

wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Zwrot środków otrzymanych na realizację projektu wraz z odsetkami następuje zawsze, gdy na beneficjenta zostanie nałożona korekta finansowa oraz gdy zajdą przesłanki określone w art. 207 ust. 1 u.f.p.

Korekty finansowe za nieprawidłowości powstałe w związku z zamówieniami w projektach współfinansowanych w perspektywie 2014–2020 obliczane są zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971). Wskazane rozporządzenie ma zastosowanie w przypadku stwierdzenia naruszenia przez beneficjenta zasad udzielania zamówień wynikających z naruszenia Prawa zamówień publicznych, jak również nieprawidłowości w związku z naruszeniem postanowień umowy o dofinansowanie projektu (Piwowarczyk, 2017, s. 183–187).

Trzeba również podkreślić, że naruszenia szczególnych procedur zamówieniowych związanych z wydatkowaniem funduszy unijnych, określonych w umowie o dofinansowanie czy też wynikających z Wytycznych kwalifikowalności, np. brak opublikowania informacji o wszczęciu postępowania w trybach niekonkurencyjnych, podlegać będą reżimowi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zgodnie z ustawą z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1440 ze zm.; Karwatowicz, Lamch-Rejowska, 2011, s. 214–215; Szostak, 2012a, s. 5–24). Takie stanowisko podniosła również w swoim orzeczeniu z 21.03.2019 r., BDF1.4800.10.2019, Główna Komisja Orzekająca w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

A zatem naruszenie reguł dotyczących rozeznania rynku czy zasady konkurencyjności będzie powodować reperkusje z tytułu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ponieważ beneficjent zobowiązał się do ich stosowania, podpisując umowę o dofinansowanie projektu.

Podsumowanie

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko to największy program finansowany z Funduszy Europejskich nie tylko w Polsce, ale i w Unii Europejskiej. Beneficjentami dofinansowania w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko przewidzianego na lata 2014–2020 są organy administracji rządowej, a także przedsiębiorcy.

Przeważająca większość środków z POIiŚ wdrażana jest w procedurach Prawa zamówień publicznych. Naruszenia prawa zamówień publicznych mogą prowadzić do pomniejszenia refundacji, a tym samym mają realny wpływ na poziom absorpcji środków z funduszy strukturalnych, co w efekcie może skutkować zwiększeniem kosztów realizacji projektów ze środków jednostek samorządu terytorialnego oraz budżetu państwa.

Warto zwrócić uwagę na wdrażany w ramach jednego z projektów współfinansowany z funduszy Programu Infra-

struktura i Środowisko 2014–2020 pilotażowy projekt Paktu Uczciwości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Projekt prowadzony jest pod nazwą „Pakty Uczciwości — mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE, etap II” (Integrity Pacts — civil control mechanisms for safeguarding EU funds, Phase 2) i będzie realizowany co najmniej do końca 2019 r. Koordynatorem projektu jest Transparency International Secretariat w Berlinie i bierze w nim udział 11 państw członkowskich Unii Europejskiej.

Paktem została objęta inwestycja PKP Polskie Linie Kolejowe SA „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa — Zawiercie” o szacunkowej wartości 501,7 mln PLN. Pakt składa się z porozumienia zawartego między Fundacją Batorego (pełni rolę społecznego obserwatora) a PKP Polskimi Liniami Kolejowymi jako zamawiającym oraz wykonawcą zobowiązań, ujętych we wzorze umowy na realizację inwestycji. Strony zobowiązują się działać w sposób przejrzysty, przestrzegać antykorupcyjnych procedur i przeciwdziałać

nadużyciom. Podstawowym celem Paktu jest ochrona funduszy strukturalnych i spójności UE przed korupcją w zamówieniach publicznych, ma on również umożliwić sformułowanie rekomendacji dla Komisji Europejskiej dotyczących zastosowania tego instrumentu społecznej kontroli zamówień publicznych w przyszłości.

Efektywna realizacja polityki spójności jest możliwa tylko w przypadku pełnego przestrzegania przez beneficjentów wszystkich procedur związanych z wydatkowaniem funduszy unijnych. Zamówienia publiczne realizowane w ramach projektów współfinansowanych ze środków UE są szczególnie narażone na nadużycia finansowe i korupcję, można zaryzykować twierdzenie, że ryzyko to rośnie wraz z wartością postępowania, dlatego też założenia Paktu Uczciwości są tak istotne. Doświadczenia z realizacji w ramach POLiŚ mogą wpłynąć pozytywnie na wdrażanie funduszy unijnych w procedurach Prawa zamówień publicznych współfinansowanych z pozostałych programów operacyjnych.

¹ W perspektywie finansowej 2014–2020 europejskie fundusze strukturalne i inwestycyjne obejmują: Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego (EFRR), Europejski Fundusz Społeczny (EFS), Fundusz Spójności, Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW), Europejski Fundusz Morski i Rybacki (EFMR).

² Tj. finansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i Europejskiego Funduszu Społecznego.

³ Program Operacyjny Inteligentny Rozwój, Program Operacyjny Polska Cyfrowa, Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko, Program Operacyjny Polska Wschodnia, Program Operacyjny Wiedza Edukacja Rozwój, Program Operacyjny Pomoc Techniczna, programy regionalne.

⁴ Działanie 1.2 Promowanie efektywności energetycznej i korzystania z odnawialnych źródeł energii w przedsiębiorstwach.

⁵ Należą do nich następujące dokumenty: Strategia innowacyjności i efektywności gospodarki, Strategia rozwoju kapitału ludzkiego, Strategia rozwoju transportu, Strategia Bezpieczeństwo energetyczne i środowisko, Strategia Sprawne państwo, Strategia rozwoju kapitału społecznego, Krajowa strategia rozwoju regionalnego — Regiony Miasta Obszary wiejskie, Strategia zrównoważonego rozwoju wsi, rolnictwa i rybactwa, Strategia rozwoju systemu bezpieczeństwa narodowego RP.

⁶ Długookresowa Strategia Rozwoju Kraju. Polska 2030. Trzecia fala nowoczesności. MAIC, 2012 r. — dokument przyjęty przez Radę Ministrów 11.01.2013 r.

⁷ Strategia Rozwoju Kraju 2020, dokument przyjęty przez Radę Ministrów 25.09.2012 r.

⁸ Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 z 22.09.2015, wersja wytycznych obowiązująca od 22.09.2015 r. do 27.07.2017 r.

⁹ Komunikat Ministra Inwestycji i Rozwoju z 21.08.2019 r. w sprawie zmienionych wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014–2020.

Wytyczne należy stosować do oceny kwalifikowalności wydatków poniesionych od 9.09.2019 r. oraz do postępowań od tego dnia wszczętych.

¹⁰ Instytucja Zarządzająca Programem Operacyjnym może określić takie wymagania w regulaminie konkursu lub w dokumentacji dotyczącej projektów zgłaszanych w trybie pozakonkursowym. Zgodnie z podrozdziałem 6.2. pkt 4 Wytycznych wymagania powinny uwzględniać potencjalną inflację oraz stawki cenowe produktów i usług świadczonych z zachowaniem wymogów środowiskowych, zielonych i społecznie odpowiedzialnych zamówień (np. produkty Sprawiedliwego Handlu, usługi świadczone przez podmioty realizujące zamówienie zatrudniające osoby na podstawie umowy o pracę z zachowaniem płacy minimalnej albo minimalnej stawki godzinowej w przypadku zatrudniania osób na podstawie umowy-zlecenia).

¹¹ Od 1.01.2018 r. stroną właściwą do publikacji zapytań ofertowych przez podmioty planujące pozyskanie dofinansowania na realizację projektów, wszczynające postępowanie o udzielenie zamówienia przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, jest strona Bazy Konkurencyjności.

¹² Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń (wersja aktualna, obowiązująca od 3.12.2017 r.). Załącznik nr 1b Lista sprawdzająca dot. prawidłowości zamówień udzielanych w trybach bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu (negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki):

Jak wynika z treści załącznika, powody stosowania procedur zamówieniowych bez ogłoszenia powinny zostać odzwierciedlone w uzyskaniu pozytywnych odpowiedzi na wszystkie pytania zawarte w odpowiedniej części listy sprawdzającej. Jedno z pytań dotyczy właśnie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a zatem należy przyjąć, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki i negocjacji bez ogłoszenia jest obowiązkowa.

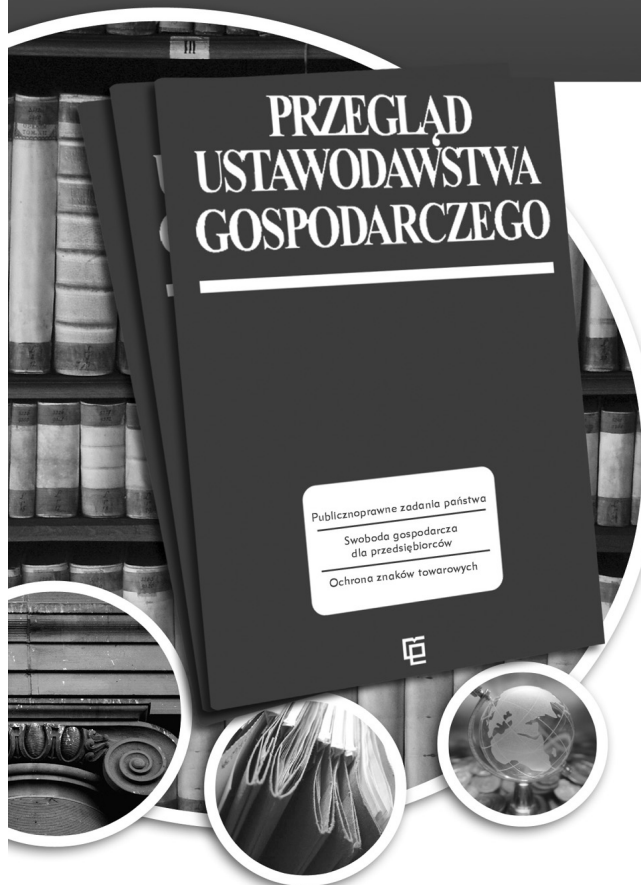
Bibliografia

- Bujnowski, M. (2009). Polityka spójności UE i jej realizacja w Polsce. W: E. Kawecka-Wyrzykowska (red.), *Polityki gospodarcze Unii Europejskiej*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza SGH.
- Gasz, M. (2014). Strategia Europa 2020 — założenia i perspektywy realizacji. *Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy*, (38), 85–97. <https://doi.org/10.15584/nsawg.2016.3.16>.
- Gostomczyk, W. (2016). Kryteria podziału środków unijnych w ramach regionalnych programów operacyjnych. *Zeszyty Naukowe Wydziału Nauk Ekonomicznych*, (2), 9–23.
- Iniewski, R. (2010). Nowa umowa o dofinansowanie projektu. *Finanse Publiczne*, (3), 58 i n.
- Karwatowicz, G., Zawiślańska, A. (2013). *Korekty finansowe za naruszenie prawa zamówień publicznych w projektach unijnych*. Wrocław: Presscom.
- Karwatowicz, G., Lamch-Rejowska, M. (2011). *Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych ze środków unijnych*. Wrocław: Presscom.
- Karwatowicz, G., Odachowski, J. (2009). Definicja legalna „nieprawidłowości” w kontekście Funduszy Strukturalnych i Funduszu Spójności. *Kontrola Państwowa*, (4), 116–126.

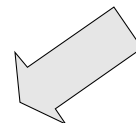
- Krzykowski, P. (2016). *Nieprawidłowości przy realizacji projektów współfinansowanych ze środków unijnych w perspektywie finansowej 2014–2020*. Olsztyn: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski.
- Mik, C. (2000). *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000.
- Najwyższa Izba Kontroli. (2019). *Efekty wdrażania programów operacyjnych na lata 2014–2020 w ramach Polityki Spójności*. Warszawa: Najwyższa Izba Kontroli. <https://www.nik.gov.pl/plik/id,20875,vp,23507.pdf> (29.09.2019).
- Nowicki, P. (2012). Zamówienia Publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych. W: E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych* (91–101), Gdańsk–Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Piowarczyk, A. (2017). *Procedury zamówień publicznych w projektach współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Piowarczyk, A. (2016a). Umowa o dofinansowanie projektu w kontekście dodatkowych obowiązków w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych. *Disputatio*, (1), 95–106.
- Piowarczyk, A. (2016b). Specyfika kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków funduszy strukturalnych. *Disputatio*, (2), 65–75.
- Piowarczyk, A. (2017). Zamówienia publiczne w projektach współfinansowanych z funduszy strukturalnych. W: R. Blicharz (red.), *Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu* (264–293). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Ryszkiewicz, A. (2013). *Od konwergencji do spójności i efektywności. Podstawy teoretyczne polityki spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej Unii Europejskiej*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza SGH.
- Senden, L. (2004). *Soft law in European Community Law*. Oxford: Hart.
- Szostak, R. (2012a). Zaostrzenie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie gospodarowania środkami europejskimi. *Finanse Komunalne*, (4), 5–24.
- Szostak, R. (2012b). O niektórych uwarunkowaniach efektywności zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich. W: E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych* (139–159). Gdańsk–Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.
- Szostak, R. (2011). Kontrola zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich — zagadnienia organizacyjne. *Samorząd Terytorialny*, (11), 61–79.
- Tomaszewicz, A. (2014). Fundusze unijne a rozwój regionalny w Polsce. *Prace i Materiały Instytutu Rozwoju Gospodarczego. Szkoła Główna Handlowa*, (94), 209–242.

Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

Business Law Journal



ZNAJDZIESZ NAS TU



www.pug.pl

tel. 795 155 583

00-252 Warszawa

ul. Podwale 17