

Korekty finansowe w projektach europejskich

Mechanizm korekt finansowych polega na wycofaniu finansowania w przypadku, gdy płatności na rzecz projektów wspieranych przez Unię Europejską (dalej: „UE”) zostały dokonane błędnie, tj. przy ich wydatkowaniu stwierdzono nieprawidłowości. Korekty finansowe mogą polegać na anulowaniu całości lub części wkładu UE w dany program operacyjny.

Komisja dysponuje szeregiem mechanizmów zapewniających, że wydatki finansowane ze środków UE są dokonywane prawidłowo. Zwalczanie nadużyć finansowych opiera się na procedurach regularnego monitorowania i poświadczania wydatków oraz na stosowaniu środków kontroli.

Podstawą prawną wprowadzenia i egzekwowania systemu korekt finansowych są przepisy prawa europejskiego. Zgodnie z art. 12 rozporządzenia 1260/1999/WE¹ oraz art. 9 ust. 5 rozporządzenia 1083/2006/WE² operacje finansowane przez fundusze powinny być zgodne z postanowieniami Traktatu i z dokumentami przyjętymi na jego podstawie oraz z politykami wspólnotowymi, w tym m.in. dotyczącymi udzielania zamówień publicznych. Co ważne podkreślenia w rozporządzeniu 1260/1999/WE zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych zostały wskazane wprost jako jeden z wymogów zachowania zgodności wydatkowania funduszy.

Kwestii korekt finansowych poświęcony został art. 39 rozporządzenia 1260/1999/WE oraz przepisy zawarte w Rozdziale II rozporządzenia 1083/2006/WE. Zgodnie z tymi regulacjami za wykrywanie nieprawidłowości odpowiedzialność ponoszą w pierwszej kolejności państwa członkowskie UE. To również one dokonują wymaganych korekt finansowych, których wielkość jest uzależniona od stopnia i znaczenia stwierdzonej nieprawidłowości,

co jest zgodne z zasadami pomocniczości i proporcjonalności.

W tym kontekście przepisy wprowadzają określone uprawnienia oraz zobowiązania dla państw członkowskich odnośnie prowadzenia systemów zarządzania i kontroli, poświadczania wydatków oraz zapobiegania, wykrywania i korygowania nieprawidłowości i naruszeń prawa europejskiego. W szczególności w odniesieniu do zarządzania i kontroli państwa członkowskie powinny ustanowić wewnętrzne procedury audytowe, które będą gwarantowały prawidłową kontrolę wydatkowania środków.

Co niezwykle istotne, w przypadku prawidłowo funkcjonującego systemu audytu wewnętrznego, tj. prowadzonego przez zainteresowane państwo członkowskie, fundusze wynikające z nakładanych korekt finansowych mogą być ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie do 31 grudnia 2015 r. na dany program operacyjny. Ograniczenia w tym zakresie dotyczą tego, że środki takie nie mogą być ponownie wykorzystane na przedsięwzięcia, które były poddane korekcie oraz w przypadku, gdy korekta finansowa dotyczy nieprawidłowości systemowej, tej, w ramach której wystąpiła nieprawidłowość systemowa.

Działania podejmowane przez państwa członkowskie w związku z zarządzaniem funduszami strukturalnymi podlegają weryfikacji Komisji.

¹ Rozporządzenie Rady 1260/1999/WE z dnia 21 czerwca 1999 r. ustanawiające przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych

² Rozporządzenie Rady 1083/2006/WE dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999

Zgodnie z art. 99 Rozporządzenia 1083/2006/WE, KE może dokonywać korekt finansowych w drodze anulowania całości lub części wkładu pochodzącego z funduszy unijnych, jeżeli stwierdzi, że:

a) w systemie zarządzania i kontroli programu istnieje poważna wada stanowiąca zagrożenie dla już wypłaconego wkładu na rzecz programu;

b) wydatek ujęty w poświadczonej deklaracji wydatków jest nieprawidłowy i nie został skorygowany przez państwo członkowskie przed wszczęciem procedury korekty przez służby Komisji;

c) państwo członkowskie nie przestrzega obowiązków wynikających z wewnętrznego systemu audytu.

Zasadnicza różnica dotycząca skutków stwierdzonych nieprawidłowości pomiędzy audytem wewnętrznym i tym prowadzonym przez służby Komisji polega na tym, że w drugim przypadku istnieje poważne ryzyko braku możliwości ponownego wykorzystania środków objętych korektą przez zainteresowane państwo członkowskie.

Jeżeli w trakcie przeprowadzania kontroli służby Komisji wykryją nieprawidłowości, muszą określić kwoty właściwych korekt finansowych. W przypadku, gdy po przedstawieniu przez Komisję propozycji korekty państwo członkowskie nie zgadza się na samodzielne jej dokonanie, zgodnie z art. 39 ust. 1 rozporządzenia 1260/1999/WE lub art. 98 rozporządzenia 1083/2006/WE, korekty dokonuje się w drodze decyzji Komisji, wydanej na podstawie art. 39 ust. 3 rozporządzenia 1260/1999/WE lub art. 99 rozporządzenia 1083/2006/WE.

Procedura dotycząca nakładania korekty finansowej przez Komisję została określona w art. 99 rozporządzenia 1083/2006/WE. W sytuacji stwierdzenia przez Komisję nieprawidłowości i określenia wysokości korekty finansowej państwo członkowskie ma możliwość wykazania, że rzeczywisty zakres nieprawidłowości był mniejszy niż wynikający z oceny Komisji. Jedynie w przypadku, gdy Komisja uzna argumentację i dojdzie do porozumienia, państwo członkowskie będzie miało możliwość powtórnego wykorzystania funduszy objętych korektą na zasadach przedstawionych wyżej.

W sytuacji, gdy porozumienie nie zostanie osiągnięte, Komisja podejmuje decyzję w sprawie nałożenia korekty finansowej.

W celu ustanowienia jednolitego i spójnego systemu, dotyczącego wymierzania korekt finansowych za stwierdzone nieprawidłowości, Komisja opracowała dokument *Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z funduszy strukturalnych oraz funduszu spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych* (dalej: „Wytyczne KE”), którego ostateczna wersja została przyjęta 29 listopada 2007 r.³

Należy zauważyć, że nie był to wcale pierwszy tego typu dokument, bowiem podobne wytyczne określające zasady, kryteria i przykładowe wskaźniki korekty do stosowania przez służby Komisji dla określania korekt finansowych przewidzianych w art. 39 ust. 3 rozporządzenia 1260/1999/WE zostały przyjęte w drodze decyzji Komisji C/2001/476. Podobne zasady zostały określone również w odniesieniu do Funduszu Spójności w drodze decyzji Komisji C/2002/2871.

Jak czytamy w ww. dokumentach, „celem korekt finansowych jest doprowadzenie do sytuacji, w której 100% wydatków objętych wnioskiem o współfinansowanie z funduszy strukturalnych będzie zgodne z regulacjami krajowymi i wspólnotowymi, mającymi zastosowanie w danym przypadku”.

Państwa członkowskie w przyjmowanych przez siebie systemach audytu mogą, ale nie muszą, stosować się bezpośrednio do Wytycznych KE. Istotne jest jednak to, aby wewnętrzne zasady – choć dostosowane do krajowych regulacji i praktyki – były nie mniej rygorystyczne od tych ustanowionych na poziomie unijnym.

Kierując się powyższymi przesłankami, na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, został przygotowany krajowy dokument *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE* (dalej: „Wy-

³ COCOF 07/0037/03-PL

tyczne krajowe”). Jednym z głównych założeń wprowadzenia krajowego systemu korekt była chęć zastosowania możliwie liberalnego podejścia do problemu nakładania korekt finansowych w przypadku wykrycia naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych, co wynika z pisma przewodniego ministerstwa skierowanego do instytucji odpowiedzialnych za prawidłowość wydatkowania środków europejskich w marcu 2008 r.

Jak wynika z *Wytycznych krajowych*, przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia prawa europejskiego lub krajowego w dziedzinie zamówień publicznych należy brać pod uwagę, z jednej strony, rodzaj lub stopień naruszenia, z drugiej zaś skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków z funduszy UE. Kluczowe dla ustalenia wysokości korekty finansowej powinny w związku z tym być następujące okoliczności.

Po pierwsze – określone działanie lub zaniechanie zamawiającego powinno nosić znamiona *nieprawidłowości*. Po drugie zaś powinno ono wywoływać negatywne skutki finansowe dla wydatków pochodzących ze środków UE.

Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady 2988/95/(WE, EURATOM) z dnia 18 grudnia 1995 r., w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich *nieprawidłowość oznacza jakiegokolwiek naruszenie przepisów prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania ze strony podmiotu gospodarczego, które spowodowało lub mogło spowodować szkodę w ogólnym budżecie Wspólnot lub w budżetach, które są zarządzane przez Wspólnoty, albo poprzez zmniejszenie lub utratę przychodów, które pochodzą ze środków własnych pobieranych bezpośrednio w imieniu Wspólnot, albo też w związku z nieuzasadnionym wydatkiem*⁴.

Podobną definicję zawiera art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006/WE, zgodnie z którym za nieprawidłowość uznaje się *jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które po-*

woduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.

Biorąc pod uwagę fakt, że przepisy rozporządzenia 1260/1999/WE oraz rozporządzenia 1083/2006/WE wskazują wyraźnie na obowiązek przestrzegania prawa europejskiego, właściwe wydaje się ograniczenie korekt finansowych jedynie do wyraźnie wyodrębnionych przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych* (dalej: „PZP”). Są one odpowiednikiem postanowień właściwych przepisów unijnych, lub ewentualnie tych, których naruszenie w określonych okolicznościach danego przypadku skutkuje lub może skutkować „nieprawidłowością”.

Należy podkreślić, że *Wytyczne krajowe* jednoznacznie wskazują, że oznacza to zarazem brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych. W tym kontekście należy również przywołać postanowienia pierwotnie obowiązujących (do 7 kwietnia 2010 r.) *Wytycznych krajowych*.

W sposób jednoznaczny wskazano w nich, że *przepisy Prawa Zamówień Publicznych wdrażające prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych obejmują tylko te przepisy Ustawy, które implementują ww. przepisy prawa wspólnotowego do krajowego porządku prawnego. Tym samym nieprawidłowości będące następstwem naruszeń przepisów ustawy, które nie służą wdrożeniu prawa wspólnotowego, nie stanowią co do zasady podstawy do wymierzenia korekty finansowej.*

Wskazano w nich również przykłady postanowień PZP, które nie są objęte systemem przewidzianym w *Wytycznych krajowych* (i siłą rzeczy *Wytycznych KE*), ponieważ nie są regulowane przepisami europejskimi, a co istotniejsze – nie mają wpływu na konkurencyjność prowadzonego postępowania, a tym samym nie narażają interesów UE (oraz budżetu krajowego) na ewentualne szkody. Należą do nich m.in. przepisy dotyczące wniesienia wadium oraz

⁴ Podobnie definiowane jest pojęcie „nieprawidłowości” w rozporządzeniu 1083/2006/WE. Zgodnie z jego art. 2 pkt 7 „nieprawidłowość” oznacza: jakiegokolwiek 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.

jego form, jak również przepisy odnoszące się do terminu związania ofertą oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz jego form.

Również w obecnie obowiązującej⁵ wersji *Wytycznych krajowych* znajduje się wyraźne wskazanie dotyczące braku obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wpływają na konkurencyjność prowadzonego postępowania. Jako przykłady takich naruszeń wymienia się np. brak zamieszczenia w ogłoszeniu publikowanym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej lub w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim informacji o dacie przekazania ogłoszenia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej, zaniechanie przechowania dowodu publikacji ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym UE* lub błędne obliczenie szacunkowej wartości zamówienia, jeśli nie ma to wpływu na miejsce publikacji ogłoszenia i zastosowanie właściwych przepisów proceduralnych.

W tym kontekście należy podkreślić znaczenie i charakter naruszeń przepisów dotyczących zamówień publicznych wskazanych w Wytycznych KE. Naruszenia te dotyczą najistotniejszych kwestii z punktu widzenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji, bezstronności oraz przejrzystości. Nie ulega wątpliwości, że przepisy PZP zawierają zdecydowanie więcej wymogów dotyczących procedury przetargowej w stosunku do regulacji unijnych. Wiele z nich, choć istotnych z punktu widzenia proceduralnego, w przypadku systemu korekt finansowych powinno być jednak rozpatrywane w kontekście skutków, które wywierają dla prawidłowości wydatkowania środków unijnych.

Nie zawsze bowiem wystąpienie określonego naruszenia przepisów przez zamawiającego, nawet istotnego z punktu widzenia przepisów, może i powinno być uznane za „nieprawidłowość” w świetle przytoczonej wyżej definicji oraz celu wprowadzenia systemu korekt finansowych zarówno na poziomie europejskim, jak również krajowym. Poniżej zostaną przedstawione dwa przykłady, w których nakładanie korekty finansowej wydaje się niewłaściwe i nieuzasadnione.

Przykład pierwszy dotyczy naruszenia przepisów PZP poprzez wybór oferty, która nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, co zdaniem instytucji kontroli powinno skutkować nałożeniem korekty finansowej w postaci 100% kwoty wydatków kwalifikowanych. Z kontroli wynikało, że pomimo to, iż domniemane naruszenie przepisów PZP nie zostało sklasyfikowane w *Wytycznych krajowych*, to całość wydatków poniesionych na podstawie Umowy należy uznać za niekwalifikowane.

W przedmiotowym postępowaniu w odpowiedzi na publikację ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym UE* do zamawiającego wpłynęła jedna oferta. Z wniesionego przez wykonawcę, z którym podpisano umowę, wadium w formie gwarancji bankowej wynikało, że nie obejmowała ono całego okresu związania ofertą, jednak obejmowało okres, w którym zamawiający podpisał z wykonawcą umowę. Przepisy PZP przewidują wykluczenie wykonawcy z postępowania, w sytuacji, gdy jego oferta nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zaś uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Tym samym, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP, zamawiający powinien był unieważnić postępowanie. Wybór wykonawcy podlegającego wykluczeniu stanowi zaś naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

W związku z tym całość wydatków poniesionych na podstawie kontrolowanej umowy należało uznać za niekwalifikowane. Wydaje się, że stanowisko takie, choć teoretycznie znajduje podstawy z punktu widzenia formalnego podejścia do regulacji PZP, nie znajduje uzasadnienia w kontekście określonej sytuacji oraz systemu korekt finansowych.

Biorąc pod uwagę, że celem prowadzonego przez zamawiającego postępowania jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, powinien on ze szczególną uwagą podchodzić do dokonywanych przez siebie czynności, w szczególności prowadzić postępowanie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz wynikającej z nich zasady przejrzystości. Nie ulega wątpliwości, że zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 PZP stanowią punkt wyjścia dla całości regulacji zawartej w ustawie. Wszystkie pozostałe przepisy stano-

⁵ Tj. od dnia doręczenia pisma Ministra Rozwoju Regionalnego z 7 kwietnia br. (znak: *DKF-IV-8121-28-GB/10*, *NK: 45 929/10*)

wią ich uszczegółowienie, a ich wykładnia powinna się odbywać w świetle i z uwzględnieniem wyżej wymienionych zasad. Żaden przepis PZP nie powinien więc być odczytywany jako autonomiczny bez uwzględnienia jej zasadniczych celów.

Kierując się tymi zasadami, należałoby wskazać, co następuje. Funkcja zabezpieczająca wadium odnosi się do sytuacji, gdy po rozstrzygnięciu przetargu wykonawca, którego oferta zastała uznana za najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy. Wyraża się ona w tym, że zamawiający może sumę pobraną jako wadium zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia zapłaty wadium. Można w tej sytuacji wskazać również na funkcję kompensacyjną wadium, ponieważ zamawiający może zaspokoić swoje roszczenia wyłącznie przez zatrzymanie wadium bądź zaspokojenie z przedmiotu zabezpieczenia (w trybie przewidzianym dla danego zabezpieczenia). Tym samym kwota wadium stanowi zryczałtowane odszkodowanie, o z góry określonej wysokości, należne zamawiającemu⁶.

Podkreśla się również, że funkcją wadium jest stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy⁷.

Co niezwykle istotne w kontekście zarzutów podnoszonych w kontroli, doktryna jednoznacznie wskazuje, że wadium ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego poprzez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza⁸, a jego rola *kończy się w momencie zawarcia umowy*⁹.

W tym kontekście należy wskazać, że w kontrolowanym postępowaniu wykonawca wniósł wadium w terminie i na warunkach przewidzianych przez zamawiającego. Należy podkreślić, że zabezpieczała ona ofertę przez cały pierwotnie wyznaczony przez zamawiającego okres związania ofertą, a jej ważność

upłynęła w związku z przedłużeniem przez zamawiającego ostatecznego terminu składania ofert.

Jak wykazano wyżej, wadium pełni w postępowaniu o zamówienie publiczne funkcję zabezpieczającą. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że przepisom Ustawy dotyczącym wadium należy nadawać wykładnię celowościową, sprowadzającą się do ustalenia, czy wykonawca wypełnił swoje obowiązki zabezpieczenia oferty wymaganym wadium na tyle prawidłowo, że interes zamawiającego, uprawniający do zatrzymania wadium – w warunkach ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 5 Ustawy – pozostał należycie chroniony¹⁰.

Należy więc podkreślić, że podstawowym wymogiem PZP, wynikającym z celu składania wadium, jest zapewnienie zamawiającemu prawa zatrzymania wadium w sytuacjach enumeratywnie wskazanych w art. 46 ust. 5. Przepis ten reguluje przypadki zatrzymania wadium odnoszące się do etapu postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej i dotyczy jednego wykonawcy – tego, który złożył ofertę zwycięską. Należy wskazać, że zgodnie z art. 46 ust. 5 PZP zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

(d) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;

(e) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

(f) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z analizy stanu faktycznego wynikało w sposób jednoznaczny, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w czasie, gdy oferta wykonawcy była zabezpieczona wadium. Co więcej, również w momencie zawierania przez zamawiającego i wykonawcę umowy jego oferta była zabezpieczona wadium. Jedynym uchybieniem było zatem to, że formalnie okres ważności wadium nie obejmował całego okresu związania ofertą.

⁶ Por. *Komentarz do art. 70(4) kodeksu cywilnego* [w:] A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009.

⁷ A. Łuszkak-Zajac, *Skutki prawne wniesienia wadium przetargowego*, PiP 2001, z. 5, s. 69.

⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, 2007, wyd. 9.

⁹ Por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III.

¹⁰ Por. wyrok KIO z 4 lutego 2010 r. (*sygn. akt KIO/UZP 1763/09 i KIO/UZP 1764/09*).

Dodatkowo należy wskazać, że postępowanie było prowadzone przez zamawiającego sektorowego, a tym samym podmiot nie był zobowiązany do wyznaczania wadium w postępowaniu. Uczynił to jednak, aby zabezpieczyć w jak najlepszy i jak najpełniejszy sposób swoje interesy, a tym samym również interesy związane z wydatkowaniem środków publicznych. Trudno zatem twierdzić, że doszło w tym przypadku do „nieprawidłowości”. A jak się wydaje, dopiero wykazanie naruszenia przepisów wraz z powstaniem lub możliwością powstania szkody powinno stanowić podstawę wymierzenia korekty finansowej.

W drugim przypadku, również dotyczącym postępowania prowadzonego przez zamawiającego sektorowego, zdaniem instytucji przeprowadzającej kontrolę zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP na skutek braku zawarcia w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia wyboru tej oferty, a także informacji o nazwach (firmach), siedzibie i adresach wykonawców, którzy złożyli oferty, punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i punktacji łącznej, co miałyby skutkować nałożeniem korekty finansowej w wysokości 2%.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Ustawy zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wynikach postępowania. Jak wskazuje się w doktrynie, informacja ta odpowiada wymogom dotyczącym zachowania zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ dostarcza każdemu nich ten sam zestaw informacji o dokonanych czynnościach¹¹.

W związku z tym konieczne wydaje się odwołać do przepisów europejskich regulujących wskazaną kwestię. Odpowiednikiem art. 92 ust. 1 PZP w dyrektywie 2004/17/WE¹² jest art. 49. Zgodnie jego ust. 1 zamawiający ma obowiązek jak najszybciej poinformować zainteresowanych wykonawców o decyzjach podjętych w odniesieniu do udzielenia zamówienia lub każdej decyzji o nieudzieleniu zamówienia.

Z kolei ust. 2 wyraźnie wskazuje, że zamawiający ma obowiązek jak najszybciej poinformować oferentów, którzy przedstawili dopuszczalne oferty, *o cechach i względnych korzyściach podobnych do wybranej oferty, jak również przekazać nazwę zwycięskiego oferenta*, jednakże wyłącznie na wniosek zainteresowanej strony.

Prawo europejskie nie przewiduje zatem rozwiązania analogicznego do art. 92 ust. 1 PZP. Analizując zachowanie zamawiającego z punktu widzenia prawa europejskiego nie ma jakichkolwiek podstaw do stawiania mu zarzutu naruszenia obowiązków wynikających z tych przepisów. Zamawiający poinformował bowiem wykonawców *o decyzjach podjętych w odniesieniu do udzielenia zamówienia*. Sam fakt braku przekazania wszystkich wymaganych prawem krajowym informacji, choć z punktu widzenia formalnego stanowi naruszenie PZP, to nie wydaje się, aby mógł być utożsamiany z „nieprawidłowością”. Nałożenie korekty finansowej w opisanych wyżej sytuacjach wykracza poza cel przyjęcia systemu zarówno w świetle regulacji europejskich jak i krajowych. System ten powinien bowiem stanowić dodatkowy skuteczny mechanizm zapewniający zamawiającym prowadzenie postępowania z zachowaniem podstawowych zasad oraz przepisów wydanych w celu ich realizacji. Jednak nie każde naruszenie przepisów kwalifikuje się jako „nieprawidłowość”. Równocześnie nie ulega wątpliwości, że każde naruszenie, którego skutkiem jest nieuzasadnione wydatkowanie środków publicznych (w tym środków unijnych), powinno podlegać przewidzianym w prawie sankcjom, w tym również sankcjom finansowym.

W tym kontekście należy dodatkowo przywołać zapisy Wytocznych KE, które w pkt 12 dotyczącym „nieprawidłowego zastosowania niektórych elementów pomocniczych” wskazują, że jeśli określony rodzaj nieprawidłowości ma wyłącznie charakter formalny, bez potencjalnych skutków finansowych, nie stosuje się żadnej korekty.

Wojciech Hartung

prawnik w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

¹¹ Por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2010, wyd. IV.

¹² Dyrektywa 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.