



MINISTER
ROZWOJU REGIONALNEGO

Elżbieta Bieńkowska

DPI-IX-0700-5-MC/11

GABINET MARSZAŁKA SENATU

wplynęło dn. 04.03.2011

nr 971 podpis

Warszawa, 04.03.2011 r.

SECRETARIAT
Biura Prac Senackich

wplynęło dn. 04.03.11, zał.

nr 1818 podpis

Pan Bogdan Borusewicz

Marszałek Senatu RP

Senatowy Poinformacja

Odpowiadając na oświadczenie złożone przez Pana Senatora Andrzeja Grzyba, które zostało przedstawione podczas 69 posiedzenia Senatu RP, w dniu 27 stycznia br. na wstępie pragnę poinformować, że resort rozwoju regionalnego, w tym Instytucja Zarządzająca POIiŚ, nie posiada wcześniejszej korespondencji pomiędzy Panem Senatorem oraz innymi instytucjami, w zakresie omawianej ww. piśmie sprawy. W związku z powyższym odniosę się jedynie do kwestii ujętych w przedmiotowym oświadczeniu, odnośnie podejmowanych przez MRR działań.

1. Kwestia niezgodności prawa krajowego z prawem UE.

KE identyfikowała następujące błędy w udzielaniu zamówień publicznych realizowanych na podstawie przepisów sprzed nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z października 2008 r.¹, które wynikały z niedostosowania prawa krajowego do prawa UE:

- A. Pierwszym takim uchybieniem jest brak publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowania ogłoszenia o **wydlużeniu przez Zamawiającego terminu składania ofert**. KE w takim przypadku podkreśliła naruszenie zasady równego traktowania i przejrzystości wynikających z Traktatu Wspólnot Europejskich. Prawo europejskie w okresie realizowania procedur poddanych audytowi nie nakładało wprost obowiązku na zamawiającego polegającego na publikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji o zmianie terminu składania ofert, niemniej KE stoi na stanowisku, że termin złożenia oferty jest podstawowym elementem procedury przetargowej i termin ten powinien być znany wszystkim potencjalnym stronom zainteresowanym udziałem w postępowaniu.

Do dnia nowelizacji ustawy Pzp obowiązywał w tym zakresie art. 38 ust. 6, zgodnie z którym informację o przesunięciu terminu składania ofert zamawiający jest obowiązany przekazać wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie nakazywały jednak wprost, aby sprostowanie dotyczące zmiany terminu składania ofert zostało opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu. Dopiero w wyniku nowelizacji ustawy Pzp został dodany art. 38 ust. 4a, który wskazuje że *„jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:*

¹ W związku z otrzymaniem przez stronę polską (Urząd Zamówień Publicznych) w 2007 roku noty KE wskazującej na niezgodność prawa krajowego z prawem wspólnotowym w zakresie zamówień publicznych, prawo krajowe tj. ustawa Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U.04.19.177, z późniejszymi zmianami; zwana dalej Ustawą Pzp) zostało zmienione i w dniu 24 października 2008 r. weszła w życie nowelizacja wprowadzająca postanowienia dostosowujące ustawę do wymogów nałożonych w dyrektywach UE.



NARODOWA
STRATEGIA SPÓJNOŚCI

Ministerstwo
Rozwoju Regionalnego
ul. Wspólna 2/4
00-026 Warszawa

tel. (022) 461 39 30
fax (022) 461 32 60
www.mrr.gov.pl
www.funduszeuropejskie.gov.pl

UNIA
EUROPEJSKA



- ⊖ zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
 - ⊖ przekazuje **Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich** ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8."
- B. Drugim uchybieniem wykazywanym przez KE jest dyskryminacyjne kryterium udziału w postępowaniu. Zakwestionowanym kryterium przez KE było stawianie przez zamawiających wymogu **posiadania przez wykonawców odpowiedniego potencjału technicznego do wykonania zamówienia na etapie składania oferty**. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Zamawiający powinien wymagać jedynie, aby potencjalny oferent udowodnił, że będzie miał do dyspozycji określone elementy sprzętu, jeżeli zostanie wybrany, tj. gdy będzie realizował zamówienie, a nie w momencie przeprowadzania procedury. Zgodnie z treścią art. 27 ust. 1 lit. c dyrektywy 93/37/EEC instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy oświadczenia dotyczącego wyposażenia, sprzętu i urządzeń technicznych, aby zbadać zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia.

W audytowanych przypadkach zamawiający naruszył ogólne zasad Traktatu WE, tj. zasady proporcjonalności i równego traktowania oferentów w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (C314/01 ARGE Telecom&Partner). KE podkreśliła również naruszenie ww. dyrektywy UE o zamówieniach publicznych. Art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz §1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie wskazywały jednoznacznie, że żądanie wykazania się przez wykonawcę potencjałem technicznym odnosi się do momentu realizacji zamówienia. *De facto*, KE przyjęła, że wymogi wskazywały, że wykonawca na dzień złożenia oferty musi być w posiadaniu odpowiedniego sprzętu.

Należy jednocześnie mieć na uwadze, że powyższe dwa błędy mogą być uznane za nie wynikające z winy beneficjenta jedynie w przypadku jeżeli procedura przetargowa prowadzona była pod reżimem ustawy Pzp obowiązującej przed nowelizacją z października 2008 r.

W załączeniu przekazuję kopię raportu z audytu przeprowadzonego przez KE w latach 2005 - 2006 w zakresie prowadzenia postępowań przetargowych na projektach współfinansowanych z Funduszu Spójności.

2. Mechanizmy minimalizujące skutki wpływu niepełnej transpozycji w prawie krajowym prawa UE – możliwość proponowania innych wydatków do refundacji.

Odnosząc się do wprowadzonych mechanizmów minimalizujących skutki wpływu niepełnej transpozycji w prawie krajowym prawa wspólnotowego chciałabym przekazać następujące działania w systemie zarządzania i kontroli, które mogą wpłynąć pozytywnie na realizowane projekty w POIiŚ: Działając zgodnie z przepisami zarówno krajowymi jak i wspólnotowymi, nie ma możliwości uznania wydatków obarczonych „błędem systemowym” za kwalifikowane i podlegające refundacji w ramach płatności przekazywanych beneficjentom Programu.

Ponadto, zgodnie bowiem z obowiązującym prawem wspólnotowym (rozporządzenia 1083/2006 i 1828/2006) wydatki kwalifikowalne muszą być zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi, a jednocześnie operacje muszą spełniać odpowiednio zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres realizacji. W przypadku tzw. nieprawidłowości systemowych niespełniona jest przesłanka zgodności z prawem wspólnotowym. Tym samym, na obecnym etapie nie ma możliwości refundacji tego typu wydatków beneficjentowi ze środków przeznaczonych na finansowanie projektu na podstawie umowy o dofinansowanie.

W przypadku dokonywanych wyłączeń, tj. przed zatwierdzeniem wydatków beneficjentom w ramach wniosków o płatność, beneficjent **ma prawo** przedłożyć do refundacji inne wydatki spełniające warunki kwalifikowalności, zatem wyłączenie części wydatków nie wiąże się z utratą części dofinansowania, gdyż ostatecznie, np. w przypadku wzrostu wartości projektu, beneficjent uzyska w całości obiecane dofinansowanie. Zgodnie z przyjętymi regułami, beneficjent może przedstawić do refundacji wydatki, które są w kwalifikowanym zakresie rzeczowym projektu lecz nie były planowane do przedstawienia do refundacji. Oprócz tego także, beneficjenci mogą występować w określonych przypadkach do instytucji w systemie wdrażania PO liŚ z wnioskami o aneksowanie umów o dofinansowanie.

Z tego punktu widzenia, zasadnym wydaje się, aby do czasu ostatecznego rozliczenia projektu nie obciążać w całości budżetu państwa kwotami nieprawidłowości. Biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania MRR zaleca beneficjentom w takich przypadkach w pierwszej kolejności deklarowanie wydatków nieobciążonych ww. korektami niejako w zamian ("na podmianę") wydatków obciążonych ww. korektami. Należy także podkreślić fakt, że w przypadku kwot nieprawidłowości, które zostały uprzednio zadeklarowane KE jako kwalifikowalne i prawidłowe, kraj członkowski ma możliwość ich ponownego wykorzystania na inne cele tj. na inne projekty, działania, priorytety lub programy operacyjne, zatem kwoty te pozostają nadal do wykorzystania w ramach przyznaj Polsce pierwotnie alokacji.

3. Kwestia odpowiedzialności finansowej.

Mając na uwadze opisane ograniczenia o charakterze prawnym, MRR zwrócił się do MF z prośbą o ustalenie przez Ministra Finansów alternatywnej procedury pozwalającej na wypłatę beneficjentom środków umożliwiających pokrycie wydatków uznanych za niekwalifikowane w związku z tego typu błędami, za które beneficjent nie ponosi odpowiedzialności. W opinii Ministerstwa Rozwoju Regionalnego niezasadne jest nakładanie na beneficjentów korekt finansowych w przypadku, gdy wina za wystąpienie nieprawidłowości leży po stronie państwa w związku z niepełną transpozycją prawa wspólnotowego. Odnosi się to zwłaszcza do sytuacji, w której do wykrycia nieprawidłowości doszło po rozliczeniu wydatku beneficjentowi (w takiej sytuacji zgodnie z regulacjami UE istnieje obowiązek obniżenia kwoty dofinansowania dla beneficjenta o zadeklarowaną do KE kwotę nieprawidłowości) lub do sytuacji, w której beneficjent nie poniesie innych wydatków, które mogłyby zostać przedłożone do refundacji w zamian za wydatki uznane za niekwalifikowalne. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego zwracało się do Ministerstwa Finansów o zajęcie jednoznacznego stanowiska w powyższej kwestii oraz zabezpieczenie odpowiednich kwot w budżecie państwa wynikających z przedstawianych wyliczeń odnośnie błędów związanych z niepełną transpozycją prawa wspólnotowego w prawie krajowym.

Należy mieć także na uwadze fakt, że zgodnie z postanowieniami umowy o dofinansowanie beneficjent jest zobowiązany do zrealizowania projektu w pełnym zakresie, zgodnie z umową oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego i wspólnotowego. W szczególności umowa nakłada na beneficjenta wymóg przestrzegania zasad polityk wspólnotowych, w tym m.in. udzielania zamówień publicznych. Trzeba przy tym także zauważyć, że przepisy ustawy o finansach publicznych nie dają możliwości, by z góry założyć odstępienie od dochodzenia zwrotu należności, w tym naliczania odsetek z tytułu nieprawidłowości, niezależnie od stanowiska uznającego brak zasadności dochodzenia od beneficjenta należności w takim przypadku². Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o finansach publicznych płatności dla beneficjentów mogą być przekazywane jedynie na pokrycie wydatków kwalifikowanych, a więc spełniających zasady krajowe oraz wspólnotowe.

² W przypadku nałożenia na beneficjenta korekty finansowej za tzw. błąd systemowy zgodnie z ustawą o finansach publicznych (art. 207 ust.1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. oraz odpowiednio art. 211 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych; dalej: uofp) instytucje w systemie wdrażania zobligowane są do odzyskania od beneficjenta kwoty nienależnej wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków.

Niezależnie od powyższego, w ocenie MRR niezasadnym jest zarówno odzyskiwanie od beneficjenta środków z tytułu tzw. korekty systemowej oraz naliczanie odsetek od nieprawidłowości, za które beneficjent nie ponosi odpowiedzialności. Biorąc jednak pod uwagę obowiązujące regulacje prawne zobowiązujące do uznawania za niekwalifikowalne wydatków obarczonych tzw. błędem systemowym należy liczyć się z występowaniem przez beneficjentów z roszczeniem o wypłatę należnych im środków.

Trzeba mieć przy tym jednocześnie na uwadze, że obecnie istniejące rozwiązanie polegające na możliwości przedkładania do refundacji innych wydatków w zamian za obciążone korektami jest korzystne zarówno dla beneficjenta, który ma możliwość uzyskania całości dofinansowania określonego w umowie o dofinansowanie, ponadto jest korzystne dla budżetu państwa, gdyż nie powoduje jego obciążenia kwotami nieprawidłowości. Zdaniem MRR, jedynie w przypadku braku możliwości przedstawienia nowych wydatków do refundacji, a także w przypadku nieprawidłowości powodującej obniżenie kwoty dofinansowania powinna zostać określona procedura zwrotu beneficjentowi kwot objętych tzw. nieprawidłowością systemową.

Z poważaniem,



Załącznik 1

