

GLOSZY

Dr hab. Wojciech Fill, prof. UEK

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ORCID: 0000-0001-6572-7794

e-mail: fillw@uek.krakow.pl

Podważenie nadużycia finansowego w sferze zamówień publicznych jako przesłanka stwierdzenia nieprawidłowości – glosa do wyroku TSUE z 8.06.2023 r. w sprawie C-545/21

Suspicion of financial fraud in the field of public procurement as a premise for identifying irregularities – commentary on the CJEU judgment of 8.06.2023 in case C-545/21

Streszczenie

Wobec dylematów związanych z brakiem ugruntowanych zasad postępowania w przypadku zbiegów przesłanek leżących u podstaw postępowań służących ochronie interesów finansowych UE glosowany wyrok stał się dogodnym pretekstem do przedstawienia wniosków wynikających z dokonania analizy charakteru prawnego konstrukcji normatywnie zwanej podejrzeniem nadużycia finansowego, w kontekście niektórych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania zamówieniowego oraz sformułowania założeń dla praktyki pozyskiwania i wydatkowania środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027.

Słowa kluczowe: podejrzenie nadużycia finansowego, korekta finansowa, charakter prawny, środki europejskie

JEL: K23, K41

Abstract

Given the dilemmas related to the lack of well-established rules of conduct in the event of a combination of premises underlying proceedings aimed at protecting the EU's financial interests, the commented judgment has become a convenient pretext for presenting conclusions resulting from the analysis of the legal nature of the construct normatively known as suspicion of financial fraud, in the context of certain grounds for excluding a contractor from the proceedings procurement and formulating recommendations for the practice of obtaining and spending European funds in the 2021–2027 financial perspective.

Keywords: suspicion of fraud, financial correction, legal nature, European funds

Uwagi ogólne

Zawarte w wyroku TSUE C-545/21 wywody zasadniczo potwierdzają zgodność z prawem UE przyjętych w Polsce rozwiązań w zakresie proporcjonalnego różnicowania stawek korekty finansowej z uwagi na charakter i wagę nieprawidłowości oraz wartość szkody finansowej¹. Ponadto glosowane

orzeczenie wnosi cenny wkład teoretyczny w sferze precyzowania desygnatów terminu „nieprawidłowość”, a także w obszarze metodologii wypełniania luk prawnych pod kątem identyfikacji czynności z zakresu zamówień publicznych skutkujących podejrzeniem nadużycia finansowego. Stąd glosowany wyrok stanowi dogodny pretekst do przeprowadzenia analizy koncepcji oraz oceny charakteru

prawnego konstrukcji normatywnie zwanej podejrzeniem nadużycia finansowego², w szczególności w kontekście niektórych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania zamówieniowego. Dokonana przez TSUE kwalifikacja stanu faktycznego, polegającego na nieudowodnionym podejrzeniu nadużycia finansowego jako nieprawidłowości indywidualnej³, jest też nie do przecenienia z uwagi na możliwość formułowania w postępowaniu zamówieniowym zarzutów, które mimo braku ostatecznej weryfikacji w postępowaniu sądowym rodzą konieczność dokonywania korekt finansowych.

Pojęcie podejrzenia nadużycia finansowego zostało zdefiniowane w prawie polskim jedynie w ramach wytycznych (Minister Funduszy i Polityki Regionalnej, 2023)⁴. Z kolei na gruncie orzecznictwa krajowego rozpatrywane są problemy charakterystyczne albo dla nadużyć finansowych określonych w art. 207 u.f.p., albo dla postępowań zamówieniowych lub typowo karnych. W tym zakresie bliższej charakterystyki doczekało się przede wszystkim zagadnienie rozkładu ciężaru dowodu niezbędnego do ustalenia, czy dane zachowanie beneficjenta mogło mieć wpływ na budżet ogólny Unii Europejskiej, jednak analizowane wąsko, jedynie w kontekście udowodnionego naruszenia prawa przy wykonywaniu umowy o dofinansowanie⁵. Tymczasem podstawowy problem praktyczny na gruncie stosowania prawa stanowi przenikanie się przesłanek, nie tylko nakładania korekt finansowych, lecz także ubiegania się o dofinansowanie, wykluczania wykonawców oraz wszczynania postępowań dyscyplinarnych i karnych. Przyczyną takiego stanu jest brak normatywnego ujednolicenia przesłanek leżących u podstaw wskazanych postępowań, chociaż przesłanki te często wykazują wspólne desygnaty lub nawet się w sobie zawierają. Staje się to jednak widoczne dopiero na gruncie pogłębionej wykładni dokonywanej na podstawie regulacji i orzecznictwa UE. Dodatkową komplikację w procesie wykładni oraz rozwiązywania problemów związanych z możliwymi zbiegami wskazanych postępowań może stanowić umiejscowienie krajowych uregulowań dotyczących podejrzenia zaistnienia nadużycia finansowego w treści wytycznych umiejscowionych poza konstytucyjnym systemem źródeł prawa powszechnie obowiązującego, funkcjonalnie powiązanych jednak z umowami cywilnoprawnymi⁶. Wobec dylematów, których zarzewiem okazała się niepewność doktrynalna sądu włoskiego związana z brakiem ugruntowanych zasad postępowania w przypadku zbiegów przesłanek leżących u podstaw często splatających się w wymiarze faktycznym – ale jednak od strony formalno-prawnej niezależnych – postępowań służących, z jednej strony ochronie interesów finansowych UE, z drugiej zaś ochronie zasad przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców w obszarze prawa zamówień publicznych, w głosie skoncentrowano się na analizie wątków dotyczących analizy wskazanych splotów normatywnych oraz wyeksponowaniu konieczności ich dostrzegania w procesie stosowania prawa⁷.

Przedmiot sprawy

Głosowany wyrok TSUE zapadł na tle sporu pomiędzy spółką Azienda Nazionale Autonoma Autostrade SpA

(ANAS) a Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (włoskim Ministerstwem Infrastruktury i Transportu) w przedmiocie zgodności z prawem decyzji tego ministerstwa o odzyskaniu kwot wypłaconych ANAS w ramach realizacji programu operacyjnego obejmującego zamówienie na roboty drogowe współfinansowane z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR), zatwierdzonego w ramach krajowego programu operacyjnego „Sieci i Mobilność” na lata 2007–2013. Spółka ANAS jako beneficjent tego programu otrzymała dofinansowanie na realizację m.in. projektu robót budowlanych polegających na modernizacji drogi. W celu realizacji dofinansowanego ze środków europejskich przedsięwzięcia ANAS, jako instytucja zamawiająca, wszczęła ograniczone postępowanie przetargowe, wskazując, że zamówienie publiczne na roboty budowlane zostanie udzielone na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W wyniku tego postępowania decyzją z 8.08.2012 r. zamówienie zostało udzielone konsorcjum przedsiębiorstw, w tym spółce Aleandri SpA. Roboty zostały zakończone, a droga została otwarta dla ruchu.

Po zapoznaniu się z dochodzeniem karnym wskazującym na możliwość popełnienia czynów korupcyjnych przez funkcjonariuszy spółki ANAS, decyzją z 10.06.2020 r. włoskie Ministerstwo Infrastruktury i Transportu nakazało odzyskanie kwot już wypłaconych na rzecz ANAS w ramach wspomnianego programu. Stwierdziło ono również, że niewypłacona jeszcze część kwot nie jest należna, ponieważ udzielenie rozpatrywanego zamówienia publicznego było obciążone nieprawidłowością mającą znamiona nadużycia finansowego w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 oraz art. 4 i 5 rozporządzenia nr 2988/95. Decyzja ta opierała się w szczególności na oskarżeniu członków komisji przetargowej z ramienia ANAS o to, że przyjęli kwoty pieniężne od spółki Aleandri w zamian za faworyzowanie jej w toku postępowania przetargowego. W związku z tym, że przeciwko tej spółce nadal toczyło się postępowanie karne o czyny korupcyjne, ANAS wniosła skargę o stwierdzenie nieważności decyzji zwrotowej do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sąd odsyłający). W skardze Powódka twierdziła, że nie zapadł wyrok skazujący, oraz że nie można jej przypisywać jakiegokolwiek odpowiedzialności za działania, za które winę ponoszą członkowie komisji przetargowej. Argumentowała ponadto, że nie istniał żaden związek między nieprawidłowością lub podnoszonym nadużyciem finansowym a wydatkami finansowanymi z budżetu ogólnego Unii, a także, że nie zostało wykazane, iż spółka Aleandri uzyskała rozpatrywane zamówienie publiczne w sposób niezgodny z prawem.

Jednocześnie sąd odsyłający podkreślał, że jedyna nieprawidłowość popełniona w toku postępowania przetargowego rozpatrywanego w postępowaniu głównym, która została częściowo udowodniona, polegała na zachowaniu przedstawiciela prawnego spółki Aleandri, zmierzającym do wywarcia wpływu na wynik tego postępowania i stanowiącym przestępstwo tzw. korupcji czynnej. Sąd ten wyjaśniał jednak, że postępowanie karne przeciwko temu przedstawicielowi było nadal w toku, co nie pozwoliło na ustalenie, czy funkcjonariusze ANAS rzeczywiście faworyzowali oferenta ani też czy

w braku takiego działania zamówienie zostałoby udzielone konkurentowi spółki Aleandri. Stąd sąd odsyłający stanął na stanowisku, że pomimo istnienia podejrzeń nie jest w stanie stwierdzić, nawet w sposób incydentalny, że zamówienie zostało udzielone spółce Aleandri w sposób niezgodny z prawem ze względu na zachowanie przedstawiciela tej spółki oraz że projekt techniczny przedstawiony przez Aleandri nie zasługiwał na uzyskaną ocenę lub, że komisja przetargowa zastosowała kryteria inne niż wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto sąd odsyłający wyjaśniał, że przetarg ogłoszony w 2012 r. był regulowany włoskim dekretem ustawodawczym nr 163/2006, którego art. 38 ust. 1 lit. c) i f) nie przewidywał żadnej klauzuli wykluczającej w stosunku do wykonawcy, który usiłowałby wpłynąć na wynik takiego postępowania.

W tych okolicznościach Tribunale amministrativo per il Lazio zwrócił się do TSUE z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 70 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 1083/2006, art. 27 lit. c) rozporządzenia nr 1828/2006, art. 1 konwencji OIF, art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 2988/95 i art. 3 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2017/1371 należy interpretować w ten sposób, że zachowanie, które teoretycznie może faworyzować wykonawcę w toku procedury udzielania zamówień publicznych, zawsze wchodzi w zakres pojęcia „nieprawidłowości” lub „nadużycia finansowego” i stanowi w związku z tym podstawę prawną do cofnięcia wkładu, nawet jeśli nie ma wystarczającego dowodu, że takie zachowanie rzeczywiście miało miejsce, lub nie ma wystarczającego dowodu, że było ono czynnikiem decydującym przy wyborze beneficjenta?

2) Czy art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy nr 2004/18 stoi na przeszkodzie przepisowi, takiemu jak art. 38 ust. 1 lit. f) dekretu ustawodawczego nr 163/2006, który nie przewidywał żadnej klauzuli wykluczającej w stosunku do wykonawcy, który usiłowałby wpłynąć na wynik takiego postępowania, w szczególności, gdy próba ta polegała na korupcji niektórych członków komisji przetargowej?

3) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na jedno lub oba z powyższych pytań – czy powołane powyżej przepisy należy interpretować w ten sposób, że zawsze zobowiązują państwo członkowskie do cofnięcia wkładu, a Komisję do dokonania korekty finansowej w wysokości 100%, nawet jeśli wkłady te zostały wykorzystane zgodnie z przeznaczeniem i na roboty kwalifikujące się do finansowania europejskiego oraz rzeczywiście zrealizowane?

4) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pytanie trzecie, czyli w ten sposób, że nie ma obowiązku cofnięcia wkładu lub dokonania korekty finansowej w wysokości 100% – czy przepisy, o których mowa w pytaniu pierwszym, oraz zasada proporcjonalności umożliwiają nakazanie cofnięcia wkładu i dokonania korekty finansowej przy uwzględnieniu rzeczywistych szkód gospodarczych wyrządzonych w budżecie ogólnym Unii Europejskiej?

Stanowisko TSUE

Określając zakres, w jakim sąd odsyłający powinien dokonać oceny zgodności z prawem decyzji o odzyskaniu kwot

wypłaconych ANAS jako beneficjentowi, TSUE dokonał pogłębionej wykładni art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 dotyczącego pojęcia nieprawidłowości, wykazując, że pojęcie „podejrzania popełnienia nadużycia finansowego” jest węższe od pojęcia nieprawidłowości i się także w nim zawiera. Zgodnie z art. 2 pkt 7 wspomnianego rozporządzenia pojęcie nieprawidłowości odnosi się bowiem do każdego naruszenia przepisu prawa UE wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z tego budżetu⁸. TSUE jednocześnie potwierdził, że zaistnienie nieprawidłowości wymaga naruszenia prawa UE w wyniku działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego oraz stwierdzenia rzeczywistej lub potencjalnej szkody wyrządzonej budżetowi Unii oraz przypomniał, że UE może finansować za pośrednictwem swoich funduszy jedynie działania prowadzone w pełnej zgodności z prawem Unii oraz przepisami prawa krajowego.

Następnie, opierając się na wynikających z europejskich przepisów zamówieniowych wymogach: przejrzystości w działaniu, równego traktowania wykonawców oraz równego traktowania oferentów, TSUE wskazał, że zachowanie zarzucane niektórym funkcjonariuszom spółki ANAS, polegające na przyjęciu korzyści majątkowych od przedsiębiorstwa, które następnie wygrało przetarg w zamian za sprzyjanie mu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiło co najmniej naruszenie zasad równego traktowania w procedurze udzielania zamówień, niezależnie od tego, czy zachowanie to rzeczywiście zakłóciło dane postępowanie przetargowe.

Ponadto Trybunał podkreślił, że nie tylko europejskie przepisy zamówieniowe umożliwiały instytucji zamawiającej wykluczenie z udziału w zamówieniu każdego wykonawcy, który byłby winny poważnego wykroczenia zawodowego⁹, ale było to możliwe także na podstawie regulacji prawa włoskiego¹⁰ interpretowanych w zgodzie z orzecznictwem TSUE¹¹. Następnie Trybunał wyjaśnił, że wątpliwości sądu odsyłającego – w zakresie braku istnienia podstawy prawnej umożliwiającej wykluczenie wykonawcy podejrzanego o czyny korupcyjne z postępowania zamówieniowego – wynikają z zastosowania przez ten sąd nadmiernie zawężającej wykładni art. 38 włoskiego Kodeksu zamówień publicznych¹². Wykładnia ta opierała się bowiem na literalnej wykładni przepisu, który rzeczywiście *expressis verbis* nie wskazywał, iż przesłanką uzasadniającą wykluczenie wykonawcy z postępowania zamówieniowego są także czyny korupcyjne, w przypadku których nie zapadł jeszcze prawomocny wyrok skazujący. Zdaniem TSUE należało w tym przypadku dokonać wykładni systemowej, uwzględniającej treść art. 38 ust. 1 lit. f, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy mogłoby nastąpić na podstawie uzasadnionej oceny zamawiającego, w przypadku gdy wykonawca dopuściłby się m.in. rażącego niedbalstwa lub złej wiary przy wykonywaniu swoich obowiązków potwierdzonej jakimkolwiek dowodem będącym w posiadaniu instytucji zamawiającej. Trybunał wyjaśnił ponadto, że orzeczenie sądowe, nawet jeśli nie jest prawomocne, może, w zależności od jego przedmiotu, stanowić

dla instytucji zamawiającej odpowiedni dowód świadczący o wystąpieniu poważnego wykroczenia zawodowego, przy czym decyzja instytucji zamawiającej podlega w każdym wypadku kontroli sądowej¹³.

W świetle powyższych względów TSUE stwierdził, że pojęcie nieprawidłowości obejmuje zachowania, które można zakwalifikować jako czyny polegające na korupcji popełnione w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót współfinansowanych z funduszu strukturalnego Unii, i w odniesieniu do których wszczęto postępowanie administracyjne lub sądowe, w tym w przypadkach, gdy nie wykazano, że zachowania te miały rzeczywisty wpływ na procedurę wyboru oferenta oraz gdy nie stwierdzono żadnego rzeczywistego wpływu na budżet Unii. Zachowanie takie co do zasady skutkuje cofnięciem nienależnie uzyskanej korzyści, o ile nie można wykluczyć możliwości, że zachowanie to miało wpływ na budżet danego funduszu. W celu ustalenia korekty finansowej należy dokonać oceny każdego przypadku z osobna z poszanowaniem zasady proporcjonalności, z uwzględnieniem w szczególności charakteru i wagi stwierdzonych nieprawidłowości oraz ich skutków finansowych dla danego funduszu. Jednak nieprawidłowość uznaje się za poważną, jeżeli nieprzestrzeganie przepisów mających zastosowanie do danego zamówienia publicznego, w szczególności zasad przejrzystości i równego traktowania, skutkuje udzieleniem zamówienia innemu oferentowi niż ten, który powinien był je uzyskać. Stąd, w przypadku gdy nieprawidłowość faworyzuje jednego lub kilku oferentów, można zastosować korektę finansową w wysokości 100%.

Analiza tez zawartych w orzeczeniu TSUE

Komentując wskazane wyżej tezy orzeczenia TSUE, należy zgodzić się z Trybunałem, że zaistnienie nieprawidłowości wymaga naruszenia prawa UE w wyniku działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego oraz stwierdzenia rzeczywistej lub potencjalnej szkody wyrządzonej budżetowi UE. Na aprobatę zasługuje również teza orzeczenia, stanowiąca, iż przyjęcie korzyści majątkowych od przedsiębiorstwa, które następnie wygrało przetarg, w zamian za sprzyjanie mu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi co najmniej naruszenie zasad równego traktowania w procedurze udzielania zamówień, niezależnie od tego, czy zachowanie to rzeczywiście zakłóciło dane postępowanie przetargowe. Oba elementy sentencji pozostają bowiem w zgodzie z podstawowymi zasadami prawa UE, regulacjami dyrektyw zamówieniowych oraz utrwalonym orzecznictwem.

Niedosyt budzi natomiast argumentacja TSUE leżąca u podstaw sformułowania zawartej w treści orzeczenia, słusznej tezy, zgodnie z którą „podejrzenie popełnienia nadużycia finansowego” jest pojęciem węższym od pojęcia nieprawidłowości. Argumentacja w tym zakresie pomija bo-

wiem istotne wątki proceduralne, co finalnie może rodzić wątpliwości dotyczące zasadności wynikającego z orzeczenia TSUE wymogu posłużenia się przez sąd pytający wykładnią systemową w miejsce językowej.

Wypełniając wskazaną lukę w argumentacji TSUE, zgodnie z przedstawionym kontekstem normatywnym¹⁴, „podejrzenie nadużycia finansowego” można określić mianem domniemania naruszenia interesów finansowych UE w związku z zarzutami: wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, niewłaściwego wykorzystania takich środków finansowych lub aktywów do celów innych niż te, na które pierwotnie zostały przyznane. W podstawie domniemania znajdują się zatem zarzuty naruszenia przepisów karnych. Stąd też w konstrukcji podejrzenia nadużycia finansowego dochodzi do splotu przesłanek leżących u podstaw postępowania karnego lub wykroczeniowego z przesłankami nakładania korekty finansowej. Oba postępowania zasadniczo są jednak od siebie niezależne. W przypadku ich zbiegu nie dochodzi w szczególności do zawieszenia postępowania w sprawie korekty do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia w postępowaniu dyscyplinarnym, karnym lub wykroczeniowym. Mimo to, z uwagi na tożsamość przesłanek wskazanych postępowań, w procesie stosowania prawa może pojawić się pokusa rozciągania zabezpieczeń charakterystycznych dla prawa karnego – w szczególności zasady domniemania niewinności – na sferę wykładni materialnych i proceduralnych regulacji kształtujących procedurę nakładania korekty finansowej. Z jednej strony wydaje się to całkowicie niezasadne, bowiem oba typy postępowania mają jedynie wspólne przyczyny, natomiast zasadniczo różnią się funkcjami. Postępowanie karne przede wszystkim służy celom: zaprzestania naruszeń prawa, odpłaty i prewencji, a postępowanie w sprawie nałożenia korekty finansowej jest niewłaściwym narzędziem przywracania równowagi pomiędzy stanem zakładanym w projekcie finansowanym z budżetu UE a stanem rzeczywistym¹⁵.

Z drugiej jednak strony, zwłaszcza od momentu w którym beneficjent nie wyrazi zgody na dokonanie korekty (poprzez potrącenie z kolejnej płatności bądź zwrot określonej kwoty), pojawia się konieczność stosowania władczych rozstrzygnięć administracyjno-finansowych, te zaś – przynajmniej *prima facie* – nie powinny być wydawane z naruszeniem zasady prawdy obiektywnej. Wydanie decyzji zwrotowej na podstawie wstępnej kwalifikacji sprawy ograniczającej się do „uzasadnionego podejrzenia” na etapie czynności dowodowych pozostaje w sprzeczności z wymogami podejmowania przez organ wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz rozstrzygania wątpliwości na korzyść strony¹⁶.

Tymczasem, w myśl obowiązujących w krajach członkowskich UE wytycznych, już nawet anonimowe zgłoszenie podejrzenia nadużycia finansowego wymaga podjęcia działań operacyjnych i dochodzeniowych dla zweryfikowania przekazanej informacji¹⁷. Czynności te należy utożsamiać z do-

konaniem tzw. wstępnej oceny pisemnej wykonanej przez właściwy krajowy organ administracyjny lub sądowy, stwierdzający na podstawie konkretnych faktów wystąpienie nieprawidłowości, bez uszczerbku dla możliwości późniejszego skorygowania lub wycofania wniosku dotyczącego wystąpienia nieprawidłowości w następstwie ustaleń dokonanych w trakcie postępowania administracyjnego lub sądowego¹⁸, co już może stanowić podstawę wykluczenia jako przesłanka zaistnienia nieprawidłowości indywidualnej. Wykluczenie stanowi instrument o charakterze zbliżonym do sankcji karnej, stąd też powinno być poprzedzone wcześniejszym ostatecznym wykazaniem, że określone zdarzenia – leżące u podstaw domniemania zaistnienia nieprawidłowości – rzeczywiście miały miejsce.

Być może właśnie tymi, osadzonymi w europejskiej jurysprudencji, kategoriami rozumował również włoski sąd odsyłający, dostrzegając nie tylko brak zasady poszanowania domniemania niewinności w postępowaniu ze swej natury karno-sankcyjnym oraz brak „twardej”, sformułowanej *expressis verbis*, podstawy prawnej wykluczenia skorumpowanego beneficjenta we włoskim prawie zamówień publicznych. Brak zrozumienia ze strony TSUE dla wskazanego toku rozumowania pozwala na konkluzję, że na gruncie głosowanego wyroku TSUE dochodzi w analizowanym zakresie do dalszego utrwalania oraz rozciągania dominacji zasady prewencyjnej ochrony interesów finansowych UE nad zasadą obiektywizmu rozumianego jako wymóg wyczerpującego zbadania sprawy w postępowaniu dotyczącym nałożenia korekty lub w postępowaniu zwrotowym¹⁹. Wskazaną kolizję wartości należy uznać za element specyficzny dla konstrukcji badania nadużycia.

Pociąga to za sobą również konieczność uznania, że postępowanie zwrotowe dopuszcza wyjątek od zasady prawdy obiektywnej poprzez możliwość wydania decyzji administracyjnej na podstawie stanu faktycznego, w ramach którego organ nie jest w stanie ustalić rzeczywistego przebiegu zdarzeń.

Wypełniając lukę w orzeczeniu TSUE, ponadto warto zauważyć, że „podejrzenie nadużycia finansowego” należy uznać za materialnoprawną przesłankę nałożenia korekty finansowej. W tym kontekście, zwłaszcza w państwach członkowskich UE, które nie wprowadziły do swojego prawodawstwa konstrukcji umowy administracyjnej, może rodzić się istotny dylemat. Z jednej strony bowiem nie budzi wówczas wątpliwości, iż nałożenie korekty następuje w ramach stosunku niewładczego²⁰, z drugiej zaś wynikający z popełnionej przez beneficjenta nieprawidłowości indywidualnej obowiązek zwrotu całości lub części dofinansowania powstaje z mocy prawa i ma charakter władczy²¹. W ujęciu teoretycznym dylemat ten można rozwiązać, wskazując, że o ile „podejrzenie nadużycia finansowego” może stanowić kontraktową przesłankę uruchomienia postępowania w sprawie nałożenia korekty, o tyle podstawę wydania decyzji zwrotowej w przypadku podejrzenia, wobec braku bezpośredniego przepisu w prawodawstwie kraju członkowskiego UE, można wyprowadzić bezpośrednio z przepisów prawa UE.

Wnioski dla praktyki krajowej w ramach perspektywy finansowej 2021–2027

Po pierwsze, jak się zdaje, istnieje niedostateczna świadomość tego, że nie tylko przesłanka fakultatywnego wykluczenia z postępowania zamówieniowego wykonawcy, który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego bądź pozyskać informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia²², lecz w zasadzie każda z przesłanek określonych w art. 108–109 u.p.z.p., gdy zostanie powiązana choćby pośrednio z naruszeniem zasad: konkurencyjności, przejrzystości lub równego traktowania, może być uznana równocześnie za przesłankę podejrzenia nadużycia finansowego i w konsekwencji stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej oraz nałożenia korekty finansowej. Dotyczy to także sytuacji, w których ustawową przesłankę wykluczenia stanowi prawomocny wyrok lub decyzja ostateczna. Ustawowy wymóg prawomocności (ostateczności) odnosi się bowiem wyłącznie do wykluczenia z postępowania zamówieniowego. W tym kontekście warto ponadto zauważyć, że o ile obligatoryjna przesłanka wykluczenia na podstawie wiarygodnych okoliczności i zdarzeń, pozwalających uznać że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p.), wymaga na zasadzie wyjątku „jedynie” stwierdzenia „wiarygodnych przesłanek” przez zamawiającego, o tyle w przypadku nałożenia korekty z uwagi na podejrzenie nieprawidłowości finansowej wymagane jest dokonanie „wstępnej oceny pisemnej” przez właściwy podmiot administracyjny lub sądowy, stwierdzającej na podstawie konkretnych faktów istnienie nieprawidłowości²³. Stąd można wyprowadzić wniosek, że stwierdzenie wiarygodnych przesłanek podejrzenia nadużycia finansowego wymaga zajęcia pisemnego stanowiska przez podmiot zewnętrzny względem zamawiającego.

Po drugie, zdefiniowanie pojęcia podejrzenia nadużycia finansowego jedynie na poziomie wytycznych i wiążący się z tym brak tej konstrukcji w polskich regulacjach rangi ustawowej nie zwalnia organów kontroli, beneficjenta, zamawiającego oraz wykonawców z obowiązku traktowania naruszania zasad: konkurencyjności, przejrzystości lub równego traktowania jako działań, które powinny spowodować nałożenie korekty finansowej, czego normatywnym – jednak nieprecyzyjnym, uogólnionym refleksem – jest ujęcie zmów przetargowych oraz innych porozumień ograniczających konkurencję w wykazie stawek procentowych korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych stosowanych w zamówieniach²⁴.

Po trzecie, choć wątpliwości polskiej doktryny co do braku możliwości skutecznego wydawania decyzji zwrotowych w trybie art. 207 ust. 9 u.f.p. na podstawie wytycznych – a zatem także samego podejrzenia nadużycia finansowego – są zasadne, to jednak trzeba zauważyć w kontekście głosowanego orzeczenia, że podstawę oceny stanu faktycznego, a następnie subsumpcji w procesie wydawania decyzji zwro-

towych przez organy krajowe stanowią powszechnie obowiązujące przepisy prawa europejskiego interpretowane w zgodzie z orzecznictwem TSUE.

Po czwarte, decyzje zwrotowe wydawane na podstawie art. 207 ust. 9 u.f.p. w przypadkach, gdy podstawą ich wydania będzie podejrzenie nadużycia finansowego, mogą cechować się ograniczeniem zasady prawdy obiektywnej z uwagi na ochronę interesu finansowego Unii Europejskiej.

Po piąte, przenikanie się przesłanek warunkujących: nakładania korekt finansowych, wykluczania wykonawców z postępowania zamówieniowego, wykluczania beneficjentów z możliwości pozyskiwania środków europejskich, unieważniania umów o dofinansowanie projektów ze środków europejskich oraz wszczynania postępowań dyscyplinarnych lub karnych, nie uzasadnia rozciągania cech specyficznych dla poszczególnych typów postępowań na inne prowadzone postępowania oparte na tych samych lub zbliżonych prze-

slankach. Mogłoby to prowadzić do nieprawidłowej interpretacji przepisów, zwłaszcza że z woli prawodawcy europejskiego analizowane przesłanki nakładania korekty finansowej cechują się obniżeniem poziomu bezpieczeństwa prawnego beneficjentów w stosunku do przesłanek nakładania sankcji.

Po szóste, wobec ocennego oraz ostatecznie nieokreślonego normatywnie (zarówno w prawie europejskim, jak i polskim) pełnego katalogu przesłanek zaistnienia nieprawidłowości indywidualnych, rozszerzanego przez orzecznictwo TSUE także na sytuacje, które pośrednio tylko da się powiązać z np. podejrzeniem nadużycia finansowego, w zasadzie każde rozstrzygnięcie zarówno instytucji zarządzającej, jak i każdego innego podmiotu kontrolującego oraz samego zamawiającego, powinno być uzasadniane przede wszystkim z wykorzystaniem orzecznictwa TSUE, gdyż często operuje ono schematami wnioskowań, po które organy polskie sięgają wyłącznie w sytuacjach wyjątkowych.

Przypisy/Notes

¹ Nie zawsze jednak stosowanych, co krytycznie oceniono w wyroku TSUE z 16.07.2016 roku o sygn. C-406/14.

² Zgodnie z art. 2 rozporządzenia delegowanego nr 2015/1970 z 8.07.2015 r. uzupełniającego rozporządzenie 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 Podejrzenie popełnienia nadużycia finansowego oznacza nieprawidłowość, która prowadzi do wszczęcia postępowania administracyjnego lub sądowego na poziomie krajowym w celu stwierdzenia zamierzonego zachowania, w szczególności nadużyć, o których mowa w art. 3 ust. 2 lit. a i b dyrektywy nr 2017/1371 w sprawie zwalczania za pośrednictwem prawa karnego – w odniesieniu do wydatków związanych z zamówieniami publicznymi, co najmniej w przypadkach, w których dopuszczono się ich w celu uzyskania przez sprawcę lub inną osobę bezprawnych korzyści powodujących stratę w interesach finansowych Unii – działania lub zaniechania odnoszące się do: a) wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów, skutkującego sprzeniewierzeniem lub bezprawnym zatrzymaniem środków finansowych lub aktywów z budżetu Unii lub z budżetów, którymi Unia zarządza lub którymi zarządza się w jej imieniu; b) nieuwajnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem; lub c) niewłaściwego wykorzystania takich środków finansowych lub aktywów do celów innych niż te, na które pierwotnie zostały przyznane, ze szkodą dla interesów finansowych Unii.

³ W rozumieniu art. 2 pkt 31 rozporządzenia nr 2021/1060 ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego Plus, Funduszu Spójności, Funduszu na rzecz Sprawiedliwej Transformacji i Europejskiego Funduszu Morskiego, Rybackiego i Akwakultury, a także przepisy finansowe na potrzeby tych funduszy oraz na potrzeby Funduszu Azylu, Migracji i Integracji, Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Instrumentu Wsparcia Finansowego na rzecz Zarządzania Granicami i Polityki Wizowej (Dz.U. UE L 2021, poz. 231) – dalej zwanego rozporządzeniem ogólnym.

⁴ Istnieje niedostatek szerszych odniesień doktrynalnych w tym zakresie zarówno w komentarzach odnoszących się wprost do pojęcia nieprawidłowości oraz korekty finansowej (art. 2 pkt 17 oraz art. 26 ustawy z 28.04.2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027, Dz.U. poz. 1079), jak też w opracowaniach dotyczących art. 207 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1270) – dalej zwanej u.f.p., wskazującego *expressis verbis* przynajmniej dwie materialnoprawne przesłanki uzasadniające zastosowanie rozwiązania oraz art. 13 i art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych; por. np. Kościńska-Paszkowska, 2021, art. 13.

⁵ Zob. wyrok SN z 8.03.2017 r., IV CSK 327/16 oraz wyrok NSA w Warszawie z 25.10.2016 r., II GSK 2438/16, Lex nr 2168723.

⁶ W bardzo nielicznych poglądach doktryny polskiej odnoszących się do problematyki nieprawidłowości w wydatkowaniu środków europejskich pojawiają się także poglądy podważające możliwość wydawania decyzji zwrotowych na podstawie unormowań wynikających z wytycznych (zob. Salachna & Tyniewicz, 2024, art. 207).

⁷ Publikacja prezentuje wyniki badań naukowych przeprowadzonych w ramach projektu nr PRW/WPOT/2023/0042 finansowanego ze środków subwencji przyznanej Uniwersytetowi Ekonomicznemu w Krakowie.

⁸ Por. też art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 2988/95 oraz wyrok TSUE z 26.05.2016 r., Judetul Neamt i Judetul Bacău, C-260/14 i C-261/14, EU:C:2016:360, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁹ Art. 45 ust. 2 lit. d uchylonej dyrektywy 2004/18.

¹⁰ Zob. uchylone obecnie: art. 38 ust. 1 lit. c) i f) dekretu ustawodawczego z 12.04.2006 r., nr 163 Kodeksu zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE.

¹¹ Por. wyrok z 6.12.2017 r., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, pkt 57).

¹² GU General Series nr 100 z 2.05.2006 – Dodatek Zwyczajny nr 107.

¹³ Por. wyrok TSUE z 20.12.2017 r., Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani i Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, pkt 47).

¹⁴ Scharakteryzowane w głosowanym orzeczeniu unormowania prawa europejskiego zachowały swoją aktualność także w kolejnych perspektywach finansowych. Zarówno definicja nieprawidłowości indywidualnej, jak i pojęcie podejrzenia nadużycia finansowego w perspektywie 2014–2020 zostały zdefiniowane odpowiednio w: art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 oraz art. 2 wyżej powołanego rozporządzenia delegowanego 2015/1970, w perspektywie 2021–2027 zaś pojęcie nieprawidłowości – w art. 2 pkt 31 rozporządzenia 2021/1060. Natomiast nadal nie wydano rozporządzenia delegowanego, które normatywnie potwierdziłoby obowiązywanie konstrukcji podejrzenia nadużycia finansowego. Jak można sądzić, jest to luka techniczna, którą np. polskie organy wypełniają, zamieszczając w treści wytycznych definicję zgodną z definicją zawartą w treści rozporządzenia delegowanego 2015/1970 – jednak bez podawania tej podstawy, a moc obowiązująca opiera się na domniemaniu, że nieuchylona regulacja zawarta w pakiecie normatywnym dla poprzedniej perspektywy obowiązuje również w latach 2021–2027.

¹⁵ Szerzej zob. Fill, 2024, s. 23–24. Por. też np. wyrok NSA z 13.12.2016 r., II GSK 1213/15, Lex nr 2227673.

¹⁶ W prawie niemieckim zob. § 24 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG). Por. też art. 7 oraz 7a ustawy z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 775 z późn. zm.); dalej: k.p.a.

¹⁷ Przykładowo, w polskiej praktyce stosowania analizowanych przepisów: Podsekcja 9.1.1.1: Zgłoszenie anonimowe. W: *Wytyczne w zakresie postępowania z podejrzeniami nadużyć finansowych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020* (Minister Rozwoju, 2016).

¹⁸ Zob. wykaz pojęć w: *Wytyczne dotyczące sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021–2027* (Minister Funduszy i Polityki Regionalnej, 2023).

¹⁹ Pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Takie zwinione działanie może zostać stwierdzone bez wymagania prawomocnego orzeczenia (wyrok z 13.12.2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 27, 28, 30).

²⁰ W obszarze prawa polskiego zob. np.: uchwała NSA z 27.10.2014 r., II GPS 2/14; wyrok NSA z 28.05.2021 r., I GSK 2188/18, Lex nr 3197407.

²¹ W obszarze prawa polskiego zob. np.: art. 60 pkt 6 oraz art. 67 ust. 1 u.f.p. Zob. też: uchwała NSA z 27.10.2014 r., II GPS 2/14; wyrok NSA z: 12.03.2021 r., I GSK 2470/18; 20.05.2021 r., I GSK 692/18, CBOSA.

²² Art. 109 ust.1 pkt 9 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2023 r., poz. 1605), dalej: u.p.z.p.

²³ Zob. pojęcie: „pierwsze ustalenie administracyjne lub sądowe” w art. 2 rozporządzeniu 2015/1970 oraz w wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021–2027 (Minister Funduszy i Polityki Regionalnej, 2023).

²⁴ Zob. poz. 22 tego wykazu stanowiącego załącznik do wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021–2027 (Minister Funduszy i Polityki Regionalnej, 2023).

Bibliografia/References

Literatura/Literature

Fill, W. (2024). Problematyka charakteru prawnego korekty finansowej nakładanej w wyniku nieprawidłowego wykorzystywania środków europejskich. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, (1).

Kościńska-Paszkowska, A. (2021). W: B. Artymowicz, K. Subocz, K. M. Szmaj, M. Tomczak, & A. Kościńska-Paszkowska, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*. Lex.

Minister Funduszy i Polityki Regionalnej. (2023). *Wytyczne Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 4.07.2023 r. dotyczące sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021–2027*. MFiPR/2021-2027/18.

Minister Rozwoju. (2016). *Wytyczne w zakresie postępowania z podejrzeniami nadużyć finansowych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014–2020*. MR/PO IiŚ 2014-2020/1(1)01/2016.

Salachna J. M., & Tyniewicki M. (2024). W: M. Kuklo, E. Lotko, G. Michalczyk, A. Ostrowska, S. Presnarowicz, P. Woltanowski, U. K. Zawadzka-Pąk, J. M. Salachna, & M. Tyniewicki, *Finanse publiczne. Komentarz*. Lex.

Akty prawne/Legal acts

Dyrektywa nr 2004/18/WE z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (L 134/114)

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 (L 293/1).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. (L 347/320).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2021/1060 z 24.06.2021 r. (L 2021/231).

Rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 2988/95 z 18.12.1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich (L 312/1).

Ustawa z 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 775 ze zm.).

Ustawa z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 104).

Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1270 ze zm.).

Ustawa z 11.09. 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Ustawa z 28.04.2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 (Dz.U. poz. 1079 ze zm.).

Włoski dekret ustawodawczy z 12.04.2006 r., nr 163 Kodeks zamówień publicznych (GU General Series nr 100 z 2.05.2006 – Dodatek Zwyczajny nr 107).

Orzecznictwo/Judgments

Uchwała NSA z 27.10.2014 r., II GPS 2/14, CBOSA.

Wyrok NSA z 25.10.2016 r., II GSK 2438/16, Lex nr 2168723.

Wyrok NSA z 13.12.2016 r., II GSK 1213/15, Lex nr 2227673.

Wyrok NSA z 28.5.2021 r. I GSK 2188/18, Lex nr 3197407.

Wyrok SN z 8.03.2017 r., IV CSK 327/16, Lex nr 2312225.

Wyrok TSUE z 13.12.2012 r., C 465/11, Curia.

Wyrok TSUE z 26.05.2016 r., C-260/14 i C-261/14, Curia.

Wyrok TSUE z 16.07. 2016 r., C-406/14, Curia.

Wyrok TSUE z 6.12.2017 r., C 408/16, Curia.

Wyrok TSUE z 20.12.2017 r., C-178/16, Curia.

Wyrok WSA w Warszawie z 6.09.2017 r., V SA/Wa 4499/15, Lex nr 2402258.

Dr hab. Wojciech Fill, prof. UEK

Doktor habilitowany nauk prawnych specjalizujący się w prawie gospodarczym, administracyjnym i finansowym; profesor w Instytucie Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie; zastępca notarialny oraz doradca podatkowy; doświadczony wykładowca uniwersytecki; autor kilkudziesięciu publikacji, a także wielu wystąpień na krajowych oraz międzynarodowych konferencjach naukowych.

Dr hab. Wojciech Fill, prof. UEK

Doctor of law, specializing in economic, administrative and financial law; professor at the Institute of Law of the Krakow University of Economics; deputy notary and tax advisor; experienced university lecturer; author of several dozen publications, as well as many presentations at national and international scientific conferences.