



PROGRAM
REGIONALNY
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Projekt współfinansowany przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013

KAN. 1710.04.2011

Jastrzębie-Zdrój, dnia 15.04.2011 r.

IKI.042.1.2.2007.WF

Szanowna Pani
Małgorzata STAS
Dyrektor Wydziału Rozwoju Regionalnego
Urzędu Marszałkowskiego Woj. Śl.
ul. Ligonía 46, 40-037 Katowice

Dotyczy: Projektu nr 79 pn. „Modernizacja i nadbudowa Hali Widowiskowo-Sportowej przy ul. Leśnej w Jastrzębiu Zdroju”

W odpowiedzi na informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 23-24 marca 2011 r. kontroli projektu nr 79 „Modernizacja Nadbudowy Hali Widowiskowo Sportowej przy ul. Leśnej w Jastrzębiu Zdroju” współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 przesłaną pismem o nr RR.IV.2.44.78.1.2011.PSU z dnia 31 marca 2011 r. informuję, iż nie zgadzamy się z postawionym zarzutem naruszenia art. 38 ust 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007r. nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami). Biorąc pod uwagę fakt, iż rzekome uchybienie skutkuje korektą finansową w wysokości 394 708,01 zł odmawiam podpisania informacji pokontrolnej.

Uchybienie, które Państwo podnieśliście polega tylko i wyłącznie na braku ogłoszenia w sytuacji przedłużenia terminu składania ofert, co zgodnie z Państwa informacją pokontrolną narusza zasady wynikające z Traktatu WE tj. zasadę przejrzystości i równego traktowania.

Należy podkreślić, iż na moment wszczęcia postępowania tj. 29 kwietnia 2009 r. w okresie obowiązywania w/w ustawy art. 38 ust. 6 brzmiał następująco: „Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprawidłowość została stwierdzona, ogłoszenia

Sświadczam zgodność z oryginałem
05.12.2011.
(data i podpis)

od str. 1-6

o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie”.

W naszym przypadku zmiana terminu składania ofert była wynikiem tylko i wyłącznie dużej ilości zapytań, które wpłynęły od Wykonawców zainteresowanych niniejszym przetargiem. W wyniku tychże zapytań Zamawiający dokonał na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp zmiany treści SIWZ, które nie miały bezpośredniego przełożenia na treść ogłoszenia. Informacja dotycząca składania ofert jest bowiem informacją czysto techniczną. W tym miejscu pragnę podkreślić, iż w stanie prawnym obowiązującym w czasie prowadzenia przedmiotowego postępowania funkcjonowały dwa przepisy tj. art. 38 ust 4a i art. 38 ust 6 ustawy Pzp, które wg nas regulowały całkowicie odrębne stany tj. art. 38 ust 4a odnosił się do sytuacji gdy zmiana treści SIWZ w kwestiach istotnych miała odniesienie do treści ogłoszenia. Natomiast art. 38 ust. 6 dot. sytuacji w nim określonej. Należałoby tutaj podkreślić, iż w poprzednim stanie prawnym tj. sprzed nowelizacji dokonanej w 2008 roku zakazane było dokonywanie zmian ogłoszeń, a jedynie możliwe było sprostowanie ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych ze wskazaniem okoliczności, które sprostowaniu nie podlegały czyli dot. opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, co wyraźnie ustawodawca wyartykułował w art. 11 ust 4 ówczesnie obowiązującej ustawy. Natomiast w przypadku ogłoszeń unijnych brak było regulacji w tym zakresie. Ponadto według *internetowego Słownika języka polskiego* „sprostować” oznacza dokonać naprawy jakiejś informacji. Zatem sytuacje takie raczej należy odnieść do zaistniałych błędów, a nie do świadomej decyzji będącej wynikiem określonych działań zamawiającego, gdzie trudno mówić o konieczności naprawy jakiegokolwiek błędu.

Nowelizacja w 2008 roku nie dość, że wprowadziła liberalizację przepisów w tym zakresie dopuszczając możliwość zmiany w kwestiach kluczowych dotyczących postępowania tj. opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu itp. to jeszcze wskazała o ile ten czas musi być wydłużony. Pojawienie się w tej samej nowelizacji dwóch przepisów czyli art. 38 ust 4a i

art. 38 ust 6 wskazuje na regulacje dwóch niezależnych sytuacji tym bardziej, iż samo przedłużenie terminu składania ofert przez ustawodawcę nie zawsze było traktowane jako zmiana treści ogłoszenia. Wniosek taki nasuwa się po analizie przepisów sprzed nowelizacji z 2008 r. Przesunięcie terminu w naszej sytuacji było wynikiem zmiany SIWZ w kwestiach technicznych, nie zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i nie mających bezpośredniego przełożenia na elementy, o których mowa w art. 12 ust. 2 ustawy Pzp. Naszym zdaniem właśnie w art. 12 ust. 2 ustawy Pzp wyartykułowane zostały elementy kluczowe, od których zależy czy dany wykonawca będzie zainteresowany udziałem w danym postępowaniu i to zamawiający w tym zakresie dokonując zmian winien publikować zmianę ogłoszenia ponieważ brak modyfikacji w tym zakresie stanowiłoby naruszenie zasad równego traktowania wykonawców.

Należy podkreślić, iż dopiero w nowelizacji ustawy z 31 sierpnia 2009 r., która weszła w życie 29 stycznia 2010 ustawodawca wskazał na konieczność stosowania odpowiednio art. 38 ust 4a w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje zmiany w oparciu o art. 38 ust 6. W samym uzasadnieniu do ustawy czytamy, iż *„W celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych w projekcie ustawy doprecyzowano art. 38 ust. 6, poprzez dopisanie zdania drugiego, że przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu art. 38 ust. 6, jeżeli w wyniku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu będzie niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłużając termin składania ofert, będzie odpowiednio stosował ust. 4a tj. w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonym, będzie zobligowany do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazywał je Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, gdyż niewątpliwie przedłużenie terminu składania ofert będzie zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia [...].*

W samym uzasadnieniu czytamy, iż okoliczność, która została zakwestionowana w przypadku naszego zadania, **będzie zmianą** po wejściu w życie nowelizowanego przepisu, a nie **była zmianą** ogłoszenia. Przy takich sformułowaniach należy jednoznacznie stwierdzić, iż sam ustawodawca w tej kwestii ma ujednolicone stanowisko, a mianowicie poprzez doprecyzowanie

brzmienia art. 38 ust 6 o słowa „Przepis ustępu 4a stosuje się odpowiednio” sam wskazuje na fakt, iż dopiero od wejścia w życie nowelizacji nie stosowanie obu przepisów jednocześnie będzie stanowiło podstawę do stwierdzenia w sposób jednoznaczny o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy. Poza tym logicznym jest, iż tego rodzaju działania nie mogą odnosić się do sytuacji mających miejsce kilka miesięcy wcześniej, ponieważ zgodnie z zasadą obowiązującą w naszym systemie prawnym „prawo nie działa wstecz”.

W swojej informacji pokontrolnej stwierdzacie Państwo, iż „[...] nałożona zostaje korekta finansowa, której wyliczenia dokonano na podstawie Taryfikatora „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych z funduszu UE” przy czym ze względu na to, iż stwierdzona nieprawidłowość nie została bezpośrednio uwzględniona w tabeli właściwej dla danego zamówienia przyjęto wskaźnik procentowy odpowiadający najbliższej rodzajowo kategorii naruszenia zawartej w tej tabeli tj. Tabeli 1 pkt. 15 (naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – równe traktowanie wykonawców)”. Zarzut naruszania zasady równego traktowania wykonawców w tej konkretnej sytuacji jest naszym zdaniem zbyt daleko idącym wnioskiem. Wiadomym jest, iż wykonawcy przygotowują oferty nie na bazie samego ogłoszenia o zamówieniu, ale muszą przeanalizować szczegółowo treść SIWZ. Mało tego, jeżeli Wykonawca jest zainteresowany udziałem w postępowaniu to jego obowiązkiem jest śledzenie stron internetowych Zamawiającego i analiza tego, co tam się dzieje. W naszym konkretnym przypadku termin składania ofert został wydłużony o 7 dni i niemożliwym jest podjęcie dopiero w tym momencie działań mających na celu przygotowanie oferty na wykonanie zamówienia o wartości szacunkowej opiewającej na ok. 30 mln zł, uwzględniającej wszystkie zmiany, doprecyzowania, które miały miejsce na etapie wcześniejszym tj. zadawania pytań do SIWZ i udzielania na nie odpowiedzi. Każdy podmiot, zarówno krajowy jak i zagraniczny zainteresowany udziałem w postępowaniu musi podjąć decyzje wcześniej, a nie w ostatniej chwili zakładając, że oferta ma być przygotowana w sposób należyty z uwzględnieniem wszystkich wymogów wynikających z SIWZ. Logicznym jest, że wykonawca śledzący odpowiedzi na pytania składane do SIWZ zamieszczone na stronach internetowych zamawiającego dotarł na równi z innymi wykonawcami

do informacji o przesunięciu terminu składania ofert, tym bardziej, iż była ona wyraźnie nazwana i wyartykułowana.

Ponadto zgodnie z pkt. 3 dokumentu pt. *„Wykonanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków finansowych UE”* czytamy, iż *„Przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów Pzp należy brać pod uwagę, z jednej strony, rodzaj lub stopień naruszenia, z drugiej zaś skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE.*

Wysokość korekt finansowych powinna więc, co do zasady, odpowiadać wartości nieprawidłowości. Punktem wyjścia dla ustalenia wysokości korekty finansowej jest więc w zasadzie lub być powinno ustalenie tej wartości.

Oznacza to zarazem brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych [...]”. Z całą stanowczością należy stwierdzić, iż po pierwsze stawianie nam zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, przy brzmieniu przepisów ówczesnie obowiązujących jest nadinterpretacją ze strony jednostki kontrolującej ze szkodą finansową dla Zamawiającego, a jeśliby już uznać to za uchybienie, to tylko i wyłącznie mające charakter formalny, nie wywołujące żadnych skutków finansowych, Trudno bowiem wyobrazić sobie w tym miejscu o jakich skutkach finansowych należałoby tutaj mówić.

Podnosicie Państwo również w swojej informacji pokontrolnej to, że w tym konkretnym przypadku jest *„[...] brak możliwości dokładnego oszacowania szkody [...]*”. Biorąc pod uwagę definicję „nieprawidłowości” zawartą w art. 2 pkt. 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 mówiącą, iż jest to: *„jakikolwiek 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”* należy stwierdzić, iż właściwie dyskwalifikuje ona

naszą okoliczność, stwierdzoną w informacji pokontrolnej, jako dającą podstawę do ustalenia jakiegokolwiek korekty finansowej.

Reasumując powyższe odmawiam podpisania informacji pokontrolnej, wnosząc jednocześnie o ponowną analizę okoliczności kwestionowanych przez Państwa i odstąpienie od naliczania jakiegokolwiek korekty finansowej. Przedstawiony stan prawny i faktyczny sprawy dowodzi, iż stwierdzone przez Państwa uchybienie nie jest efektem jakiegokolwiek błędu z naszej strony, ale wynika z brzmienia przepisów nie dostosowanych do wymogów unijnych.

W załączeniu przesyłam opinie prawne dot. kwestii obowiązku publikowania zmiany ogłoszenia w zakresie terminu oraz 2 niepodpisane egzemplarze informacji pokontrolnej.

Z poważaniem

z up. PREZYDENTA MIASTA
Krzysztof Baradziej
ZASTĘPCA PREZYDENTA MIASTA

Do wiadomości

1 x *Pani Elżbieta Bieńkowska*
Minister Rozwoju Regionalnego
Ministerstwa Rozwoju Regionalnego
ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa

Kopia:

Wydz. IKI x1
BZP a/a
BCh/4

Adp
ADWOKAT
Łukasz Kałusowski