



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

URZĄD MIASTA
JASTRZĘBIE-ZDRÓJ
Al. Józefa Piłsudskiego 60
44-335 Jastrzębie-Zdrój
IKI.042.5.42.2007.WF

Jastrzębie Zdrój 15.06.2011

Szanowna Pani

Małgorzata Staś

Dyrektor Wydziału Rozwoju Regionalnego

Urzędu Marszałkowskiego Woj. Śl.

ul. Ligon 46, 40-037 Katowice

Dotyczy: **Projektu nr 954 pn.: Szerokopasmowy dostęp do Internetu dla Miasta Jastrzębie Zdrój**

W odpowiedzi na informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniu 11.05.2012 r. kontroli projektu „Szerokopasmowy dostęp do Internetu dla Miasta Jastrzębie-Zdrój” współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013 przesłaną pismem o nr RR RKPR.44.118.1.2012.HM nr projektu: 954 z dnia 01.06.2012r. informuję, iż nie zgadzamy się z postawionym zarzutem naruszenia art. 38 ust 4a, a w konsekwencji art.7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007r. nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami). Zwłaszcza, iż rzekome uchybienie skutkuje korektą finansową w wysokości 5 % kosztów kwalifikowanych.

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. Zmiany treści składania i otwarcia ofert dokonano powołując się na art.38 ust.6 ówczesnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy podkreślić, iż na moment wszczęcia postępowania tj. 27 marca 2009 r. w okresie obowiązywania w/w ustawy art. 38

Stwierdzam zgodność
kserokopii z oryginałem

19 VI 2012

(data i podpis)

INSTRUKCJA
Załącznik nr 1 do 16

ust. 6 brzmiał następująco: „Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia 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 przekazania potencjalnym Wykonawcom koncepcji tj. mapy z naniesionymi proponowanymi trasami przebiegu kanalizacji teletechnicznej, schematu sieci bezprzewodowej. W wyniku tego uzupełnienia 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 2008r. 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, 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 nieograniczonego, 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*”.

Ponadto 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 8 dni i niemożliwym jest podjęcie dopiero w tym momencie działań mających na celu przygotowanie oferty na wykonanie zamówienia o wartości szacunkowej opiewającej na ok. 300 tys.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 oraz wszelkie modyfikacje specyfikacji 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 jeśli by 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: „*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*” należy stwierdzić, iż właściwie dyskwalifikuje ona naszą okoliczność, stwierdzoną w informacji pokontrolnej, jako dającą podstawę do ustalenia jakiegokolwiek korekty finansowej.

Reasumując powyższe wnoszę 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. Tym bardziej, iż w przedmiotowej informacji wyraźnie stwierdzono, iż przedstawione uchybienie może skutkować nałożeniem kary finansowej, co oznacza, iż nie jest obligatoryjnym.

Informuję, iż podpisanie przez nas informacji pokontrolnej nie oznacza w jakimkolwiek stopniu akceptacji przedstawionych przez Państwa zarzutów. Nasze stanowisko, odnośnie bezzasadności stwierdzonych uchybień, a co za tym idzie bezpodstawnego wymierzenia korekty finansowej, pozostaje bez zmian.

Z poważaniem

PREZYDENT MIASTA

mgr Marian Janecki

Kopia:
Wydz. IKI x1
BZP a/a
BCh/4

NACZELNIK WYDZIAŁU

mgr inż. Maria Pilarska

ADWOKAT

Lukasz Kałusowski