

Wodzisław Śl. 19.04.2011 r.

Zastępcą Dyrektora
Wydziału Rozwoju Regionalnego
Jerzy Solecki

Dotyczy: Informacji pokontrolnej kontroli projektu „System Informacji Przestrzennej w Wodzisławiu Śląskim” współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013

Po zapoznaniu się ze zmienioną informacją pokontrolną, w której ustosunkowano się zastrzeżeń zgłoszonych przez Beneficjenta. Beneficjent pomimo podpisania informacji pokontrolnej nie zgadza się z przedstawionymi w niej hipotezami co do skutków finansowych i rzekomo zaistniałej szkody.

W ocenie Beneficjenta wnioski oparte dokonane ustalenia kontroli stanowią daleko idącą hipotezę, która nie uzasadnia nałożenia tak wysokiej korekty finansowej, w szczególności przy uwzględnieniu postawy Zamawiającego i dołożeniu przez niego wszelkich starań by żaden z wykonawców i to zarówno biorący udział w postępowaniu jak i jedynie zainteresowany udziałem nie odniósł żadnej szkody.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego wyrażone pismem z dnia 14.03.2011 r. stwierdzono: „w związku z naruszeniem nastąpiły trudne do oszacowania skutki finansowe, związane z potencjalnym wycofaniem się ze złożenia oferty wykonawców, których zniechęcił brak jasności w zakresie żądanych dokumentów/ postawionych warunków zamówienia (skutki finansowe pośrednie, **potencjalnie możliwe**).

Powyższe potwierdza argumentację podniesioną przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do kontroli, iż nie nastąpiły skutki finansowe naruszenia – Zespół Kontroli stwierdza wyraźnie, że skutki są *potencjalnie możliwe* co automatycznie nie oznacza, że wystąpiły, a wręcz przeciwnie.

Zamawiający pragnie stanowczo podkreślić, iż w trakcie prowadzenia postępowania nie otrzymał od żadnego podmiotu – potencjalnego wykonawcy, jakiegokolwiek sygnału iż zapisy specyfikacji skłoniły wykonawcę do rezygnacji z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Co więcej, ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn. zm.) przewiduje szereg mechanizmów, które na etapie postępowania pozwalają wykonawcy skontrolować Zamawiającego. I tak w pierwszym rzędzie Wykonawca mógł wnieść w tym zakresie odwołanie (art. 180), ponadto zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji. Skoro zapisy siwz wywołały - zgodnie ze stanowiskiem Zespołu Kontrolującego - u Wykonawcy poczucie niejasności mógł on w każdym czasie zwrócić się do Zamawiającego z zapytaniem. Do Zamawiającego wpłynęły liczne pytania od Wykonawców co tylko potwierdza, iż teza o rezygnacji i zniechęceniu potencjalnych Wykonawców niejasnością specyfikacji jest nieuprawnioną nadinterpretacją. Mając na względzie iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego biorą udział profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego wydaje się wysoce wątpliwym by konieczność wysłania jednego zapytania była przyczyną rezygnacji z ubiegania się o dużej wartości kontrakt.

Dodatkowo poziom ogólności zapisów odnośnie polisy pozwalał wykonawcom przedstawić dokument opiewający na dowolną kwotę – wymóg ten nie stanowił więc bariery która utrudniła by udział w postępowaniu wykonawcom, a wręcz przeciwnie – ułatwiło to złożenie ofert podmiotom „mniejszym”.

Beneficjent pragnie jeszcze raz zaznaczyć, iż zgodnie z wytycznymi dotyczącymi „Wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” dla nałożenia korekty finansowej muszą być zatem spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) działanie lub zaniechanie Zamawiającego naruszające przepisy prawa zamówień publicznych.
- b) wystąpienie szkody wywołanej owym naruszeniem.
- c) wystąpienie skutków finansowych naruszenia.

Powyższe jest odzwierciedleniem zapisów 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 gdzie pod pojęciem nieprawidłowości należy rozumieć **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**. Również dokument *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE* odwołuje się do pojęcia szkody jaka działaniem lub zaniechaniem podmiotu (Zamawiającego) **powstała**.

Dalej, podstawowa metoda określająca wysokość korekt bazuje na metodzie dyferencyjnej która powinna, **co do zasady, odpowiadać wysokości szkody**. Metodę wskaźnikową zaś stosuje się wówczas gdy **skutki finansowe określonego naruszenia są pośrednie lub rozproszone, a zatem trudne do oszacowania**. Dlatego w przypadkach, gdy obliczenie **konkretnego rozmiaru szkody wywołanej naruszeniem jest trudne, czy wręcz niemożliwe**, dla ustalenia wysokości korekty posłużyć się należy metodą wskaźnikową. Zgodnie z ww. wytycznymi **brak obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych**.

Powyższe bezsprzecznie oznacza iż zarówno szkoda jak i skutki finansowe muszą zaistnieć - wystąpić. Jeżeli zaś istnieje trudność w oszacowaniu rozmiarów zaistniałych skutków finansowych należy posłużyć się metodą wskaźnikową. W tym miejscu należy przypomnieć iż sam Zespół Kontrolujący w protokole stwierdza iż skutki finansowe są *potencjalnie możliwe*, co oznacza iż Zespół Kontrolujący nie stwierdził by one wystąpiły. Brak więc podstaw by zgodnie z wyżej wymienionymi dokumentami korektę nałożyć.

Jak już wyżej przytoczono podstawą odpowiedzialności za naruszenie jest więc szkoda. W zastrzeżeniach Beneficjent przywołał definicję tego pojęcia zarówno w języku potocznym jak i prawie cywilnym. W języku potocznym przez szkodę rozumie się uszczerbek, pomniejszenie, utratę zarówno w sferze majątkowej, jak i niemajątkowej. Taki zakres definicji szkody jest najczęściej przyjmowany w nauce prawa cywilnego. Szkodą "jest każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach (...), z którym to ustawa wiąże powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej" (T. Dybowski, w: System, t. III, s. 214, J. Rezler, Naprawienie szkody, s. 20). Zgodnie z treścią § 2 artykułu 361 kodeksu cywilnego szkoda dotycząca poszkodowanego może wystąpić w dwóch postaciach: straty, którą poniósł w wyniku zdarzenia szkodzącego (*damnum emergens*) oraz niezyskanych przez niego korzyściach (*lucrum cessans*). Strata wyraża się w rzeczywistej zmianie stanu majątkowego poszkodowanego i polega albo na zmniejszeniu się jego aktywów, albo na zwiększeniu się pasywów. Utrata korzyści polega natomiast na niepowiększeniu się czynnych pozycji majątku poszkodowanego, które byłyby pojawiły się w tym majątku, gdyby nie zdarzenie wyrządzające szkodę. (Komentarz KC, Beck).

W świetle powyższych definicji należy stwierdzić, iż w niniejszym stanie faktycznym do zaistnienia szkody nie doszło. Żaden z wykonawców nie doznał szkody czy to w postaci straty czy też utraconych korzyści. Zamawiający bowiem na etapie badania i oceny ofert nie weryfikował i nie oceniał warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w kontekście posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, gdyż jak zostało to już przyznane, warunku takiego Zamawiający w specyfikacji nie postawił.

Również art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z 17 grudnia 2004r. (DZ.U. 09 nr 14, poz. 114) odwołuje się do wpływu naruszenia na wynik postępowania, od czego uzależniona jest kara. Oznacza to, że jeżeli naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania- nie stanowi to wystarczającej przesłanki do uznania, iż doszło do naruszenia dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych.

Ponieważ, jak już wyżej wskazano, nie doszło do powstania szkody w niniejszym postępowaniu to brak jest także skutków finansowych, w tym nie doszło do sfinansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego Unii. Działanie Zamawiającego nie doprowadziło do ograniczenia konkurencji, czy zmniejszenia zainteresowania potencjalnych wykonawców uczestnictwem w postępowaniu. Nie utrudniło także samego złożenia ofert. Nie skutkowało wyborem oferty droższej, zakupem towarów lub produktów o wartości i jakości niższej niż pozostałe towary oferowane przez pozostałych wykonawców.

W związku z powyższym wnoszę o ponowne przeanalizowanie zebranego w sprawie materiału z uwzględnieniem pism przedstawiających stanowisko Beneficjenta i nie nakładanie korekty finansowej.





PREZYDENT MIASTA

2014
Mieczysław Kieca