



Wodzisław Śl. 9.03.2011 r.

BZP.270.00002.2011r.

Zastępca Dyrektora
Wydziału Rozwoju Regionalnego
Jerzy Solecki

Dotyczy: Zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej kontroli projektu „Udrożnienie ruchu w południowej części Subregionu Zachodniego – Wodzisław Śląski Etap II. Z dnia 28 lutego 2011 r. Nr RR.IV.2.PSU/6475-47-5/11-463

Wytyczne dotyczące „Wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” odwołują się do pojęcia nieprawidłowości. Zgodnie z 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 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. 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.

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.

W odniesieniu do pierwszej z nich, w nawiązaniu do zarzutów zawartych w informacji pokontrolnej projektu „Udrożnienie ruchu w południowej części Subregionu Zachodniego – Wodzisław Śląski Etap II kontrolujący zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy prawo zamówień publicznych powołuje się na stan prawny z 2010 r. (Dz. U. z 2010 nr 113 poz. 759 z późn. zm.) oraz na Uchwałę KIO z dnia 13 kwietnia 2010 r. sygn. Akt KIO/KU24/10 i sygn. akt KIO/KU26/10, podczas gdy kontrolowane postępowanie zostało przeprowadzone kilka miesięcy wcześniej na podstawie ustawy prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223 poz. 1655 z 2007 r. z późn. zm.) obowiązującej do dnia 29.01.2010 r.

Zamawiający przedłużając termin składania ofert powoływał się na art. 38 ust.6 ustawy Prawo zamówień Publicznych, którego treść brzmiała: „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 warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie”, a nie na art. 38 ust. 4a naruszenie, którego zarzuca kontrolujący.

Modyfikacja SIWZ dokonana została w dniu 22.10.2009 r. – dotyczyła doprecyzowania przedmiotu zamówienia opisanego w przedmiarach robót. Opis ten nie był treścią ogłoszenia, gdyż tak szczegółowe informacje nie były podawane. Zamawiający modyfikując treść SIWZ tj. udzielając wyjaśnień wykonawcom, w wyniku których dokonano drobnych modyfikacji, nie zmienił treści zawartych w ogłoszeniu. Modyfikacja była efektem odpowiedzi na pytania wykonawców.

Pierwotny termin otwarcia ofert został wyznaczony na dzień 26.10.2009 r. W wyniku w/w modyfikacji, która nie stanowiła istotnych zmian SIWZ zamawiający nie miał obowiązku przedłużania terminu składania ofert, jednakże na skutek braku odpowiedzi od projektanta na przekazane mu pytania od wykonawców, które również stanowiły nieistotną zmianę SIWZ i nie zmieniały treści ogłoszenia, zamawiający zdecydował się na przesunięcie terminu otwarcia ofert na dzień 30.10.2009 r. (o 4 dni).

Zgodnie z interpretacją art. 38 ust. 6 ustawy PZP uznano, iż przesunięcie terminu otwarcia ofert nie stanowi zmiany treści ogłoszenia, jest jedynie konsekwencją zmiany SIWZ. Komentarz Becka Jerzy Pieróg PZP wydanie 9 str.178 „(...) jeżeli zmiana SIWZ nie prowadzi do zmiany ogłoszenia, zamawiający zobowiązany jest zapewnić wykonawcom dodatkowy czas wtedy, gdy konieczne jest wprowadzenie zmian w przygotowanych ofertach”.

W stanie prawnym obowiązującym na dzień dokonania czynności przedłużenia terminu składania ofert tj. 22.09.2009 r. brak było wyroków KIO, Sądów oraz interpretacji UZP, które wskazywałyby na obowiązek zmiany ogłoszenia w przypadku zmiany terminu składania ofert na skutek modyfikacji SIWZ nie prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia. Interpretując ówczesne brzmienie art. 38 ust. 6 uznano, iż zmiana terminu składania ofert na skutek nieistotnej zmiany SIWZ nie prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia stanowi wyjątek od art. 38 ust. 4a ustawy prawo zamówień publicznych. Powstały błąd systemu prawnego potwierdza również sam ustawodawca dokonując zmiany treści art. 38 ust. 6 ustawą z dnia 22 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U z dnia 29.12.2009 r.), która weszła w życie 29.01.2010 r. poprzez dopisanie do treści art. 38 ust.6 zdania: „Przepis ustępu 4a stosuje się odpowiednio.” Ratio legis wprowadzenia tej zmiany było naprawienie powstałego błędu systemu prawnego i nałożenie obowiązku zamieszczania w takiej sytuacji zmiany ogłoszenia w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Mając na uwadze treść uzasadnienia projektu ustawy, stwierdzić należy, że przeprowadzona w ten sposób wykładnia historyczna omawianej normy, wprost prowadzi do wniosku, iż dokonanie zmiany art. 38 ust. 6 ustawy Pzp miało na celu po pierwsze „wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych”, oraz co istotniejsze wprowadzenie od dnia wejścia w życie ustawy obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w przypadku przedłużenia terminu składania ofert. Konstatacja ta wynika z użytego w uzasadnieniu projektu ustawy czasu przyszłego, a to zwrotu: „będzie zobowiązany” oraz

„będzie zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia.” A contrario do czasu zmiany przedmiotowego przepisu, w sytuacji zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej w sposób bezpośredni do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający nie miał obowiązku zamieszczać sprostowania o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Dodatkowo tezę tą potwierdza użyty w zdaniu drugim przepisu ust. 6 zwrot: „stosuje się odpowiednio”.

Ponadto przywołując metodę wykładni gramatycznej oraz logicznej zważyć należy, iż przepisy ust. 4a oraz ust. 6 art. 38 Pzp określają sposób postępowania zamawiającego w sytuacji gdy zajdzie potrzeba zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pierwszy z nich dotyczy takiej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Z kolei drugi z nich stanowi lex specialis w stosunku do wyżej przywołanej normy i odnosi się do zmiany SIWZ, która nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia. Podkreślenia wymaga, iż ust. 6 art. 38 Pzp w sposób samoistny i wyczerpujący określa obowiązki zamawiającego w sytuacji zaistnienia okoliczności wskazanych w jego hipotezie. Jeśli więc istnieje norma prawna stanowiąca lex specialis do ustalonego stanu faktycznego, to nieuprawnione jest żądanie stosowania ogólnej normy prawnej, której hipoteza nie obejmuje stanu faktycznego lex specialis. Przeciwnie rozumienie przepisu art. 38 ust. 6 Pzp prowadziłoby do trudnego do zaakceptowania wniosku, iż przepis ten jest wewnętrznie sprzeczny, jako że z jednej strony przepis odnosiłby się do zmian, które z woli ustawodawcy są zmianami nieprowadzącymi do zmiany ogłoszenia, a z drugiej strony, zmiany te należałoby traktować jako zmiany prowadzące do zmiany ogłoszenia. Jednocześnie taka interpretacji tego przepisu stanowiłaby wykładnię contra legem.

W związku z powyższym jeszcze raz z całą stanowczością podkreślam, iż zgodnie z ówczesną wiedzą i dokonaną interpretacją art. 38 ust. 6 ustawy PZP w literalnym brzmieniu sprzed 29.12.2009 r. (stan prawny obowiązujący w trakcie prowadzonego postępowania) zmiana terminu otwarcia ofert wprowadzona na skutek nieistotnej zmiany SIWZ nie prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia, nie stanowiła zmiany treści ogłoszenia lecz była konsekwencją dokonanej modyfikacji.

Abstrahując od powyższego należy tu również podnieść fakt, że nie wystąpiły dwie kolejne przesłanki do nałożenia korekty finansowej, a mianowicie nie wystąpiła szkoda, ani skutki finansowe. Wydłużenie terminu składania ofert w związku z dokonaniem nieistotnej zmiany SIWZ i nie opublikowanie zmiany ogłoszenia w związku z tym, nawet w stanie obecnie obowiązujących przepisów nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania i w żaden sposób nie naruszałoby art.7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 12a ust. 1 zamawiający ma prawo przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian. Ustawodawca w takim przypadku nie określa żadnych minimalnych terminów. Informacja o modyfikacji SIWZ i przesunięciu terminu otwarcia ofert została zamieszczona na stronie internetowej dnia 22.10.2009 r., jednakże modyfikacja ta nie obejmowała wszystkich odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców. Ostatnie odpowiedzi na pytania wykonawców zostały przez zamawiającego opublikowane na stronie internetowej w dniu 26.10.2009 r. Zdaniem zamawiającego przesunięcie terminu o 4 dni od dnia przekazania ostatecznych odpowiedzi było wystarczające do dokonania poprawy w już przygotowanych przez wykonawców ofertach. **Ze względu na obszerność dokumentacji przetargowej i złożoność zadania niemożliwością byłoby w tym terminie przygotowanie**

oferty na całe zadanie, a co za tym idzie krąg wykonawców mogących przystąpić do postępowania by się nie zmienił.

Od dnia zamieszczenia modyfikacji na stronie internetowej zamawiającego tj. 22.10.2009 r. do dnia pierwotnego otwarcia ofert tj. do 26.10.2009 r. upłynęły 4 dni. Przekazując ogłoszenie o zmianie ogłoszenia do publikacji Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej istniałoby duże prawdopodobieństwo, iż ogłoszenie to nie zostałoby opublikowane przed upływem terminu składania ofert podanym w ogłoszeniu o zamówieniu. W związku z powyższym prawdopodobieństwo, iż przetargiem tym zainteresowali by się wykonawcy, którzy do tej pory nie śledzili strony internetowej zamawiającego było żadne. W obecnie prowadzonym postępowaniu na „Bankową obsługę urzędu miasta” okres od dnia przekazania ogłoszenia do dnia publikacji wynosi 5 dni (ogłoszenie przekazano 3.03.2011 r., a publikacja ogłoszenia nastąpiła dnia 8.03.2011 r.).

Ponadto należy podkreślić, że w żadnym przypadku nie została naruszona zasada równego traktowania wykonawców, ponieważ każdy z wykonawców był traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg, każdy miał zapewniony dostęp do informacji, gdyż były one zamieszczane na stronie internetowej podanej w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, a stawiane wymagania były takie same dla wszystkich podmiotów.

Reasumując działanie zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania i nie naruszało zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W związku z czym nie można się zgodzić z kontrolującym, że w prowadzonym postępowaniu przetargowym na wyłonienie wykonawcy na „Udrożnienie ruchu w południowej części Subregionu Zachodniego - Wodzisław Śląski Etap I i II” doszło do naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie art. 38 ust. 4a pkt 2 (ten artykuł w powyższym postępowaniu nie miał zastosowania), oraz art. 7 ust. 1, co wykazano powyżej.

Jak wynika z przedstawionych wywodów działanie zamawiającego nie jest nieprawidłowością w rozumieniu 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, albowiem nie spowodowało szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.

Z trzech przesłanek które muszą łącznie wystąpić dla nałożenia korekty finansowej nie wystąpiły ani jedna. Stąd też Zamawiający prosi o nie wymierzanie korekty finansowej.

Zamawiający, pragnie także nadmienić, iż zgodnie z dokumentem „Wymierzanie korekt finansowych ...”: *przedstawione w załączonych tabelach wskaźniki procentowe traktować należy jako zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu, o ile zaistnieją okoliczności za tym przemawiające.* W opinii zamawiającego taką okolicznością w niniejszym stanie faktycznym jest błąd systemu prawnego. Porównując więc stan jaki zaistniał wskutek wystąpienia omawianej sytuacji, ze stanem jaki by zaistniał gdyby zamawiający prowadził postępowanie w stanie prawnym obowiązującym dzisiaj, należy stwierdzić iż dla samego przeprowadzenia postępowania i wyboru wykonawcy okoliczność ta jest indyferentna. Zamawiający tym samym – w przypadku nieuwzględnienia wyżej przytoczonych argumentów dotyczących naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, braku szkody i skutków finansowych - prosi o uwzględnienie tej okoliczności przy wymiarze korekty finansowej i jej obniżenie.

K₂

PREZYDENT MIASTA

Mieczysław Kieca