



PROGRAM
REGIONALNY
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Wodzisław Śl. 9.03.2011 r.

BZP.270.00003.2011

Zastępca Dyrektora
Wydziału Rozwoju Regionalnego
Jerzy Solecki

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

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 Zamawiający pragnie wskazać na treść § 14 ust. 5

umowy, a to: *Wykonawca zobowiązany jest do posiadania polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej przez pełny okres realizacji niniejszej umowy oraz pkt 29 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: Warunki formalne jakie muszą zostać spełnione przed podpisaniem umowy (...) - przedłożenie polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej z zakresu prowadzonej działalności na realizację przedmiotowego zadania na cały okres realizacji zamówienia. W przypadku braku polisy wykonawca może przedłożyć inny dokument potwierdzający ubezpieczenie.* Przedmiot niniejszego postępowania miał fundamentalne znaczenie dla realizacji Projektu. Tym samym, wydając środki unijne Zamawiający dokładając należytej staranności wprowadził do umowy wymóg by wykonawca w trakcie realizacji zamówienia posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oznacza to, że *Zamawiający nie może żądać od wykonawców złożenia innych oświadczeń lub dokumentów niż te, które wskazał w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert, a które jednocześnie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.* (Komentarz PZP, UZP) Co istotne ustawodawca posłużył się tu pojęciem „przeprowadzenie postępowania”, nie użyto więc sformułowania: „zamawiający nie może żądać od wykonawców złożenia innych oświadczeń lub dokumentów, niż te które wskazał w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert a które jednocześnie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu.” Postępowanie o udzielenie zamówienia to zgodnie z art. 2 ust. 7a ustawy pzp, postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu, prowadzącym do wyłonienia wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa, żądanie przedłożenia polisy (bezprawne w kontekście potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) miało swoje uzasadnienie w kontekście wymagań formalnych stawianych przy podpisaniu umowy. Tym samym w świetle brzmienia § 14 ust. 5 umowy dołączenie przez wykonawców polisy do oferty miało znacznie dla Zamawiającego. Świadczyło bowiem o tym, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia po ewentualnym wyborze jego oferty będzie w stanie wywiązać się z obowiązków nałożonych w tym ustępie umowy i pkt. 29 specyfikacji. Możliwa bowiem byłaby sytuacja w której po wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawca nie zawarłby wymaganego umową ubezpieczenia nie uchylając się od zawarcia samej umowy. Zamawiający – nie mając wcześniej informacji czy wykonawca jest ubezpieczony (co jest

istotne z punktu widzenia prawidłowej realizacji umowy), w takiej sytuacji zmuszony byłby umowy nie zawrzeć co mogłoby skutkować unieważnieniem postępowania.

W nawiązaniu do drugiej przesłanki powtórzyć należy, iż podstawą odpowiedzialności za naruszenie jest szkoda. Pojęcie to nie zostało jednak ustawowo zdefiniowane. 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. Art. 14 ustawy pzp stanowi bowiem, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 2004 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. 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 nieuzyskanych 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 ocenił 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. Żądanie polisy miało charakter formalności koniecznych dla zawarcia umowy i wynikało z daleko posuniętej ostrożności Zamawiającego.

Ponieważ jak już wyżej wskazano, nie doszło do powstania szkody w niniejszym postępowaniu, brak także skutków finansowych a w szczególności 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.

Wydatki poniesione w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia są uzasadnione i zostały by poniesione w takim samym zakresie także gdyby Zamawiający nie zażądał przedstawienia polisy (co istotne nie różnicowano sytuacji wykonawców którzy polisę złożyli lub nie, Zamawiający na tej

podstawie żadnej oferty nie odrzucił i nie weryfikował tej okoliczności na etapie badania i oceny ofert) lub postawił warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W niniejszym stanie faktycznym działanie Zamawiającego nie jest więc 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 (a dzięki autokontroli Zamawiającego nie mogło spowodować) szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego.

~ Z trzech przesłanek które wystąpić dla nałożenia korekty finansowej muszą łącznie - dwie nie wystąpiły (szkoda i skutki finansowe), a wystąpienie pierwszej jest połowiczne (żądanie przedłożenia polisy było bezprawne w kontekście oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale dla samego przeprowadzenia postępowania, tj. celem zawarcia umowy nie było niezasadne). 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 nie weryfikowanie przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert spełniania przez wykonawców warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w kontekście posiadania ubezpieczenia. Zamawiający w toku autokontroli zapobiegł powstaniu szkody (np. odrzuceniu na podstawie braku polisy oferty wykonawcy z najniższą ceną) dzięki czemu brak skutków finansowych (zarówno bezpośrednich i pośrednich czy rozproszonych). Jak już wyżej wskazano ~ żądanie przedłożenia polisy – bezprawne w kontekście oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, było zasadne dla przeprowadzenia postępowania celem zawarcia umowy. Co istotne, jej złożenie lub nie, nie wpływało na sytuację wykonawców.

Porównując więc stan jaki zaistniał wskutek wystąpienia omawianej sytuacji, ze stanem jaki by zaistniał gdyby Zamawiający nie zażądał przedłożenia polisy lub postawił warunek dotyczący posiadania ubezpieczenia, należy stwierdzić iż dla samego przeprowadzenia postępowania i wyboru wykonawcy okoliczność ta – dzięki działaniom Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert – jest indyferentna. Zamawiający tym samym – w przypadku nieuwzględnienia wyżej przytoczonych argumentów dotyczących braku szkody i skutków finansowych - prosi o uwzględnienie tej okoliczności przy wymiarze korekty finansowej i jej obniżenie.

14

PREZYDENT MIASTA
Mieczysław Kieca