

BZP. .270.00002.2011r.

Wodzisław Śl. 19.04.2011 r.

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

Po zapoznaniu się ze zmienioną informacją pokontrolną, w której ustosunkowano się do 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.

Podtrzymujemy swoje stanowisko przedstawione w zastrzeżeniach zgłoszonych w piśmie nr BZP.270.00003.2011 z dnia 9.03.2011 r. I jeszcze raz podkreślamy, iż art. 38 ust. 4a nie miał w tym przypadku zastosowania. Przesunięcie terminu otwarcia ofert zostało dokonane na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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.

W związku z powyższym ponownie stanowczo 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.

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. 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.**

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, 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.

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

*JK*

PREZYDENT MIASTA

*Mieczysław Kieca*