

Kołobrzeg, dnia 20 grudnia 2013 r.

BRM.0012.1.56.2013

SPRAWOZDANIE

Komisji Rewizyjnej Rady Miasta Kołobrzeg z kontroli problemowej, zleconej przez Radę Miasta na sesji w dniu 14 listopada 2013 r., w zakresie nałożenia na Miasto korekty finansowej i oceny stopnia odpowiedzialności Urzędu Miasta Kołobrzeg – dotyczy zadania inwestycyjnego „Poprawa dostępności do portu Kołobrzeg od strony lądu (drogi i kolej) – Etap II”.

Zespół Kontrolny w składzie:

1. Jacek Woźniak – kierownik zespołu kontrolnego
2. Wiesław Parus – członek zespołu kontrolnego.

Kontrolę przeprowadzono na podstawie upoważnienia do kontroli z dnia 20 listopada 2013 r. (sygn. BRM.0012.1.50.2013.K).

Kontrolę przeprowadzono w terminie 20 listopada 4 grudnia 2013r

W toku kontroli informacji udzielali: Jolanta Horbaczewska i Edyta Majewska z Biura Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Kołobrzeg.

Zadaniem Komisji Rewizyjnej Rady Miasta Kołobrzeg była wnikliwa analiza zgromadzonej w sprawie dokumentacji oraz podjęcie próby określenia odpowiedzialności Urzędu Miasta Kołobrzeg za konsekwencje wynikające z Decyzji nr 6/2013 z dnia 31 października 2013r Centrum Unijnych Projektów Transportowych.

Analiza zgromadzonej dokumentacji, a także istotnych dla sprawy przepisów prawa wykazała:

Centrum Unijnych Projektów Transportowych zarzuciło Urzędowi Miasta Kołobrzeg naruszenie niżej wymienionych przepisów Prawa zamówień publicznych:

I. Art. 38 ust 4a. Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

II. Art. 41. Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej:

(...)

6) termin wykonania zamówienia;

7) warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Decyzja CUPT Nr 6 z dnia 31 października 2013r, za stwierdzone uchybienia przewidywała konsekwencje, o których jest mowa w art. 207 ustawy o finansach publicznych.

Poza sporem pozostaje fakt, że Zamawiający, czyli Gmina Miasto Kołobrzeg naruszyła ww. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, chociaż w ocenie Komisji Rewizyjnej naruszenie to nie zakłóciło zasad konkurencyjności oraz nie doprowadziło, ani też nie miało możliwości doprowadzić do szkody w budżecie Unii Europejskiej.

Błędem było również nie umieszczenie w ogłoszeniu informacji odnośnie terminu realizacji zadania oraz warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy, tj. „że Wykonawca ma się wykazać „osiągnięciem przychodu netto ze sprzedaży towarów i usług w ostatnich dwóch latach (...), w wysokości nie mniejszej niż 40 mln zł w każdym roku obrachunkowym” oraz sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podobnie, jak niedostosowanie SIWZ do przyjętego wniosku potencjalnego wykonawcy dot. stosowania Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Kontrolujący przyjmują wyjaśnienie, że SIWZ zawierał datę zakończenia realizacji zadania oraz warunki uczestnictwa w przetargu, a po przyjęciu zastrzeżenia jednego z potencjalnych wykonawców, dostosowano zapisy SIWZ do ww. Rozporządzenia.

Komisja Rewizyjna podjęła próbę oceny, czy stwierdzone błędy powinny skutkować tak daleko posuniętymi konsekwencjami jak nałożenie korekty w kwocie 2.275.494,50 PLN (...) wraz z odsetkami (jak dla zaległości podatkowych).

Rozważania kontrolujących oparto na zapisach dostępnego orzecznictwa sądów administracyjnych i cywilnych (np. II GSK 159/12 - Wyrok NSA; III SA/GI 1132/12 - Wyrok WSA w Gliwicach; SA/Op/796/11 wyrok WSA w Opolu; I ACa 801/12 wyrok WSA w Poznaniu; I C 22/11 wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku i innych).

Podstawowym aktem prawnym regulującym zasady, sposób i tryb korzystania ze środków finansowych z funduszy strukturalnych i funduszu spójności jest Rozporządzenie Rady (WE) 1083/2006 z dnia 14 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.

Analiza art. 2 pkt 7 i art. 98 ust. 2 Rozporządzenia (WE) nr 1083/2006 prowadzi do wniosku, że należy w tego typu sprawach brać pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz faktyczne straty finansowe poniesione przez fundusze. Skoro organ (CUPT) stwierdza oznaczoną nieprawidłowość, to winien uzasadnić nałożenie na stronę korekty i zobowiązanie beneficjenta do zwrotu części przyznanego dofinansowania. Nałożenie korekt finansowych nie wynika bowiem z samego faktu naruszenia przez beneficjenta procedur, lecz z okoliczności, że takie działanie lub zaniechanie powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Podobne stanowisko przyjął ekspert z

Pomerania Brokers sp. z o.o., do którego Urząd Miasta zwrócił się z prośbą o dokonanie analizy przypadku.

Podkreślenia wymaga fakt, że w przedmiotowej sprawie, będącej sprawą indywidualną, winna być dokonana wnikliwa ocena czy na etapie określenia przez zamawiającego SIWZ, faktycznie doszło do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców, a jeżeli tak to z jakiej przyczyny. Co do zasady, naruszenie zasady konkurencyjności w postępowaniu o zamówienie publiczne może potencjalnie prowadzić do wydatkowania wyższych (niż uzasadnione) kwot na wykonanie robót bądź usług, stanowiących przedmiot zamówienia. W każdym jednak wypadku trzeba, na tle konkretnego stanu faktycznego, przeprowadzić analizę tego rodzaju zagrożenia, co było obowiązkiem CUPT przy dokonywaniu czynności kontrolnych. Konieczne jest wykazanie jakiegokolwiek wpływu stwierdzonego uchybienia na wysokość wydatkowanych środków. Do wydawania wytycznych m.in. w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach programów operacyjnych jak też korekt finansowych Minister Rozwoju Regionalnego został upoważniony na podstawie art. 35 ust. 3 zppr. "Wytyczne" nie mogą stanowić samoistnej podstawy prawnej do dokonywania korekt w określonej wysokości, za sam fakt jakiegokolwiek uchybienia przepisom, które jest zobowiązany stosować beneficjent. Nie stanowią one źródła prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji RP. Dotyczą jedynie sposobu postępowania w przypadku wykrycia nieprawidłowości, tj. pojęcia zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) 1083/2006, a to na te „wytyczne” powoływało się CUPT w uzasadnieniu swojej decyzji.

Ustawodawca posługując się pojęciem "uczciwa konkurencja" nie zdefiniował tego pojęcia. Stąd, praktycznie w każdej sprawie, indywidualnie i na użytek danego postępowania trzeba oceniać, czy warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób mogący naruszać obiektywnie rozumiany interes przedsiębiorców, mających niezbędną wiedzę i doświadczenie dla wykonania danego zamówienia, a którzy, z uwagi na wymogi wskazane przez zamawiającego, nie mogą ubiegać się o zamówienie.

W ocenie Komisji Rewizyjnej, nie jest zatem wystarczające do stwierdzenia "nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) 1083/2006 stwierdzenie zaistnienia możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie lub nie zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji. Pomimo, iż takie działanie może stanowić naruszenie prawa zamówień publicznych, to nie będzie ono mogło być automatycznie zakwalifikowane jako wskazana wyżej ściśle zdefiniowana "nieprawidłowość".

Ponadto, Komisja Rewizyjna wskazuje, że zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz bogatym orzecnictwem, z „wytycznych” nie wynika obowiązek czy możliwość mechanicznego stosowania korekt według "Taryfikatora". Co więcej ani wytyczne, ani też "taryfikator" nie mogą służyć do ustalenia czy nastąpiło naruszenie prawa, ewentualnie "nieprawidłowość" w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (WE) 1083/2006. Zarówno wytyczne jak też "Taryfikator" znajdują zastosowanie dopiero w przypadku stwierdzenia, że takie naruszenie miało miejsce. Nie można zatem ani wytycznymi ani też "Taryfikatorem" uzasadniać istnienia "nieprawidłowości".

Komisja Rewizyjna uznaje, że Prezydent Miasta Kołobrzeg dysponując dokumentacją i opiniami ekspertów powinien był skorzystać z uprawnienia do

odwołania się do Ministra Rozwoju Regionalnego od decyzji nr 6/2013 z dnia 31 października 2013r.

Mając na względzie stan finansów miasta i odpowiedzialność za nie, Komisja Rewizyjna Rady Miasta Kołobrzeg uznaje za zbyt pochopną decyzję Prezydenta Miasta o zwrocie wskazanej w decyzji CUPT kwoty, bez wyczerpania pełnej procedury odwoławczej. Argument, że Prezydent Miasta obawiał się – w razie porażki procesu odwoławczego – naliczenia odsetek idących w cyt. „setki tysięcy złotych” nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 410 kodeksu cywilnego stanowi bowiem, że dane świadczenie uważane jest za „nienależne”, jeśli „ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył”. Należało zatem – w myśl zasady „płać i odwołuj się” – zastrzec żądanie zwrotu świadczenia. Tego Prezydent Miasta nie uczynił, stąd ocena Komisji Rewizyjnej jak powyżej.

Na tym sprawozdanie zakończono.

*Sprawozdanie zostało
przyjęte przez Radę Miasta
na XLII sesji w dniu
30 stycznia 2014r.
Sprawozdanie jest również
zapisać do akt o ochronie
danych osobowych.*

KIEROWNIK BIURA RADY

Artur Dąbkowski

Artur Dąbkowski

07.07.2014r.

Przewodniczący Komisji
Artur Dąbkowski
Artur Dąbkowski

"Dokument nie zawiera treści, których nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie zadań przez Urząd Miasta Kołobrzeg lub jego jednostki organizacyjne".

PEŁNOMOCNIK
DO OCHRONY INFORMACJI NIEJAWNYCH

Marek Hubert

16.01.14