



Mój region w Europie

Bydgoszcz, dnia 12 października 2012 r.

WRS.II..3060-2-5/19/2012/IL

Urząd Marszałkowski
w Toruniu

16. PAŹ. 2012

Tomasz Ruszkowski (1)

**Pani
Kamila Radziecka
Dyrektor
Departamentu Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego
Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego
w Toruniu**

Temat: kontrola projektu nr RPKP.03.03.00-04-001/09 pn. *Ostromecko – cztery pory roku. Etap 1 i etap 2* – uwagi Beneficjenta do treści informacji pokontrolnej z dnia z kontroli 14 września 2012 r. z kontroli problemowej realizacji zadania w ramach RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego

W odpowiedzi na pismo z dnia 14 września 2012 r. (znak: WPK.44.1.123.2012.SG; wpływ: 3 października 2012 r.) w sprawie informacji pokontrolnej z kontroli problemowej projektu nr RPKP.03.03.00-04-001/09 pn. *Ostromecko – cztery pory roku. Etap 1 i etap 2* **Miasto Bydgoszcz wnosi następujące wyjaśnienia i uwagi do treści informacji pokontrolnej.**

Wyjaśnienia i uwagi Beneficjenta do treści informacji pokontrolnej

1.

W części Ustalenia kontroli /Uwagi końcowe informacji pokontrolnej (s. 10) widnieje zapis nakazujący: „Wykonać poprawnie zabezpieczenie przed żerowaniem owadów w starym drewnie więźby, gdyż w trakcie kontroli zauważono wiele czynnych żerowisk” i poniżej w części Ustalenia kontroli/Zalecenia pokontrolne zapis nakazujący: „1. W terminie do 30 grudnia 2012 r. Beneficjent zobowiązany jest zabezpieczyć w ramach gwarancji zgodnie z umową z wykonawcą prac i protokołem odbioru końcowego z dnia 8.12.2012 r., usunięcie zauważonych usterek, to znaczy wykonać poprawnie zabezpieczenie przed żerowaniem owadów w starym drewnie więźby, gdyż w trakcie kontroli zauważono wiele czynnych żerowisk”.

W związku z powyższym nakazem Beneficjent informuje, że w październiku 2012 r. zostanie dokonany przegląd więźby dachowej Pałacu Starego w Ostromecku pod kątem ewentualnego występowania owadów w elementach konstrukcyjnych więźby. W przypadku potwierdzenia występowania czynnych żerowisk owadów wykonawca (P.W.EBUD-Przemysłówka Sp. z o.o.) podejmie niezwłoczne działania mające na celu ich likwidację oraz zabezpieczenie więźby przed możliwością ponownego zagnieżdżenia się owadów.

2.

W części Ustalenia kontroli /2.1. Uwagi zespołu kontrolującego w zakresie kontroli prawidłowości realizacji ustawy Prawo zamówień publicznych II. 1 i II.2.(s.7-9) oraz w części Ustalenia kontroli/ Uwagi końcowe oraz Ustalenia kontroli/Zalecenia pokontrolne informacji pokontrolnej (s. 10) zespół kontrolujący odniósł się do dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego w niżej wymienionych przedmiotach:

- 1) **wykonanie robót budowlanych polegających na rewaloryzacji Zespołu Pałacowo-Parkowego w Ostromecku - ozn. nr sprawy: WZP/341/50/09/B,**
- 2) **wykonanie remontu konserwatorskiego elewacji wraz z odtworzeniem detali architektonicznych oraz remontu odtworzeniowego tarasów i balustrad tralkowych Pałacu Nowego w Ostromecku – zabytku XIX w. w stylu klasycystycznym ze skrzydłem neobarokowym - ozn. nr sprawy: WZP/341/54/07/B.**

Zgodnie z prawem Beneficjenta – Miasta Bydgoszczy - do zgłoszenia uwag i wyjaśnień do informacji pokontrolnej, po zapoznaniu się z przedstawionymi w jej treści ustaleniami **zgłaszam nw. uwagi i zastrzeżenia, dotyczące zakwalifikowania przez Kontrolującego zapisu** w Ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonego w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej Beneficjenta, w ww. postępowaniach o brzmieniu cyt: „*jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu (...) składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: (...) nie zalega z uiszczeniem podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (...)*” – **jako nieprawidłowości skutkującej naliczeniem kary finansowej.** W ww. zapisie wystąpiła omyłka dotycząca użycia spójnika „lub” zamiast „i”, w wyrażeniu o brzmieniu: „**społeczne i zdrowotne**”, niczym nie skutkująca.

Zakwalifikowanie przez Kontrolującego, tj. Instytucję Zarządzającą RPO WK-P ww. omyłkowego zapisu jako nieprawidłowość, która kwalifikuje się nałożeniem korekty finansowej, **bez podania podstawy prawnej naruszenia, jest zdaniem Beneficjenta zbyt daleko idącą nadinterpretacją i działaniem nieuzasadnionym.** Tym bardziej, że ww. błąd wystąpił nie w ogłoszeniu o zamówieniu, które zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) lecz w ogłoszeniu, które Zamawiający zamieszcza na swojej stronie, tj. w Biuletynie Informacji Publicznej i nastąpił tylko i wyłącznie w wyniku oczywistej omyłki. W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczanym w BZP treść ww. zapisu jest prawidłowa.

W żadnym razie nie możemy zgodzić się z przytoczoną argumentacją Kontrolującego, że Beneficjent żądał **innego** dokumentu niż wymieniony w ówczesnym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. (Dz. U z 2006r. Nr 87, poz. 605) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, bowiem jest to dokument o tej samej treści co wymieniony w ww. rozporządzeniu lecz zamiast wyrażenia: „**społeczne i zdrowotne**”, widnieje zapis: „**społeczne lub zdrowotne**”. Ww. błąd powstał w sposób niezamierzony, jako oczywista omyłka, niczym nie skutkująca, bowiem czy to wykonawca krajowy -załączając do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym zaświadczenie z ZUS, czy też wykonawca zagraniczny - odpowiedni dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę, zawsze otrzyma potwierdzenie, że nie zalega (*bądź zalega*) z opłatami składek na

ubezpieczenie **społeczne i zdrowotne**. Nie ma możliwości otrzymania dokumentu o niezaleganiu składek na ubezpieczenie: **albo społeczne lub zdrowotne**. Bezspornym jest, że ww. omyłkowy zapis nie miał wpływu w żaden sposób na tok i wynik postępowania. Zresztą sam Kontrolujący w ww. Informacji Pokontrolnej stwierdza cyt.: **„w wyniku badania wymienionego wyżej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdza się, że powstałe uchybienie nie miało wpływu na wynik przeprowadzonego postępowania, jak również nie wystąpiły przesłanki skutkujące nieważnością podpisanej umowy o udzielenie zamówienia publicznego”**. To tym bardziej, nieuzasadnione jest naliczenie korekty finansowej na podstawie dokumentu pn. **„Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia PZP związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”**. Nadto, podkreślenia wymaga fakt, iż Kontrolujący nie podał żadnej podstawy prawnej naruszenia, w odniesieniu do zaistniałego uchybienia, powstałego w wyniku oczywistego błędu.

Zakwalifikowanie takiego uchybienia przez Instytucję Zarządzającą bez podania podstawy prawnej naruszenia, a skutkującego naliczeniem korekty finansowej jest błędną kwalifikacją. Kontrolujący zbyt pochopnie wymierzył karę finansową, bowiem nie odniósł stwierdzonego naruszenia do **definicji legalnej "nieprawidłowości" określonej w art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 Rady (WE) z dnia 11 lipca 2006r., oraz wynikającej z art. 98 tego rozporządzenia konieczności rozważenia charakteru i wagi nieprawidłowości oraz strat poniesionych przez fundusze**. Kontrolujący arbitralnie uznał, że stwierdzona nieprawidłowość uzasadnia nałożenie na Beneficjenta korekty i zobowiązał go do zwrotu części przyznanego dofinansowania w wysokości **2%** wskaźnika procentowego. Tymczasem w treści art. 2 pkt. 7 ww. rozporządzenia postanowiono, iż nałożenie przez państwo członkowskie korekt finansowych **nie wynika z samego faktu naruszenia przez beneficjenta procedur, lecz z okoliczności, że takie działanie lub zaniechanie powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego**. W świetle powyższego, w przypadku stwierdzenia konkretnej nieprawidłowości Instytucja Zarządzająca powinna **dokonać własnej oceny i miarkowania jej charakteru, znaczenia i szkody jaką wywołała lub mogłaby wywołać w okolicznościach danej operacji lub programu**. Zgodnie z ww. rozporządzeniem nałożona korekta finansowa **nie może być oderwana od stwierdzonej nieprawidłowości, ale adekwatna do niej i do sytuacji konkretnego beneficjenta**. W przepisie art. 98 ust. 2 ww. rozporządzenia brak jest określenia sposobu ustalania wysokości korekty finansowej, jednakże wyraźnie w nim wskazano, że państwo członkowskie bierze pod uwagę **charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze**. **Trzeba jednoznacznie podkreślić, iż w przedmiotowych postępowaniach żadne straty nie wystąpiły**. **Nadto, sam Kontrolujący stwierdza, że ww. uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania ani na ważność zawartych umów**.

W związku z powyższym podnieść należy, iż uzasadnieniem zastosowania korekty jest takie naruszenie przepisów prawa wspólnotowego, na skutek którego mogłoby dojść do finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu Unii, co powodowałoby lub mogłoby powodować szkodę w tym budżecie, **co jednoznacznie potwierdza aktualny wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 18 lipca 2012r. (sygn. akt III SA/Łd 423/12)**, który stanowi, że w każdym przypadku trzeba, na tle konkretnego stanu faktycznego, przeprowadzić analizę tego rodzaju zagrożenia.

Kontrolujący, żadnej analizy nie przeprowadził, wręcz mechanicznie zakwalifikował ww. błąd jako nieprawidłowość, nie podając podstawy prawnej naruszenia, jednocześnie stwierdził, że nie miało to wpływu na wynik - to zdaniem Beneficjenta - brak jest w takim działaniu Kontrolującego logicznego i racjonalnego uzasadnienia.

Z przytoczonego już wyżej dokumentu Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. "Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE", również nie wynika obowiązek mechanicznego stosowania korekty według "taryfikatora" MRR. **Konieczne jest bowiem wykazanie jakiegokolwiek wpływu stwierdzonego uchybienia na wysokość wydatkowanych środków, czego Kontrolujący w niniejszej sprawie nie uczynił.**

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 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju. Natomiast, zgodnie z wyżej przytoczonym wyrokiem WSA, zaznaczyć należy, że "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 bowiem źródła prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji RP lecz dotyczą jedynie sposobu postępowania w przypadku wykrycia nieprawidłowości, tj. pojęcia zdefiniowanego w art. 2 pkt. 7 Rozporządzenia Rady (WE Nr 1083/2006). **A zatem dopiero, po wykazaniu przez organ kontrolujący, iż w konkretnym przypadku stwierdzona w trakcie kontroli nieprawidłowość powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, może dojść do zastosowania ww. wytycznych.**

Podkreślić należy również, iż w pkt.3 uwag odnoszących się do stosowania dokumentu pn. "Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE" wyraźnie zaznaczono, iż przy ustalaniu wysokości korekt finansowych za naruszenia przy stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub stosowaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych **należy brać pod uwagę, z jednej strony, rodzaj lub stopień naruszenia, z drugiej zaś skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE.** Podkreślono, iż wysokość korekt finansowych powinna, co do zasady, odpowiadać wartości nieprawidłowości, a punktem wyjścia dla ustalenia wysokości korekty finansowej powinno być ustalenie tej wartości. **A to oznacza, że brak jest obowiązku nakładania korekt finansowych za naruszenia, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują żadnych skutków finansowych, co miało miejsce w przypadku ww. uchybienia.**

W związku z powyższym Kontrolujący winien w pierwszej kolejności rozważyć **charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości**, a także jej skutki finansowe poniesione przez fundusze. Zgodnie z przytoczonym wyrokiem WSA, wskaźnik korekty finansowej nie może być przyjmowany - w tym także co do wysokości - **mechanicznie, ale koniecznym jest rozważenie ryzyka szkody dla funduszy unijnych, bo nie wystarczy wskazanie samego naruszenia, lecz należy także wykazać możliwości spowodowania szkody, bo wysokość korekty nie może być abstrakcyjna ale odpowiednia do "wagi" nieprawidłowości.**

Na marginesie sprawy, należy zwrócić uwagę, że istotne jest również, iż wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenia przy udzielaniu zamówień publicznych współfinansowanych ze środków funduszy UE, stanowią zalecane stawki maksymalne, które mogą ulec obniżeniu.

W tym miejscu trzeba jednoznacznie stwierdzić, iż w przedmiotowych postępowaniach wysokość korekty finansowej jest **abstrakcyjna w stosunku do wagi i okoliczności zaistniałego uchybienia**, bowiem powstałe uchybienie nie miało żadnego wpływu na tok i wynik postępowań jak i ważność zawartych umów. Ponadto, w ślad za uzasadnieniem wyroku WSA w Łodzi, w przypadku zastosowania korekty finansowej wynikającej z taryfikatora MRR w wysokości maksymalnej przewidzianej dla danego naruszenia, **organ kontrolny winien również wyjaśnić, dlaczego uznał, że w konkretnym przypadku zastosowanie będzie miała najwyższa stawka korekty.**

Kontrolujący, ustalając wysokość korekty **nie rozważył charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości, a także jej skutków finansowych poniesionych przez fundusze.** Kontrolujący nie ocenił również stwierdzonego podczas kontroli uchybienia w kontekście definicji legalnej **"nieprawidłowości"** określonej w art. 2 pkt.7 rozporządzenia nr 1083/2206 oraz w odniesieniu do indywidualnej sytuacji Beneficjenta.

Zdaniem Beneficjenta, Kontrolujący - **nie ustalając okoliczności istotnych z punktu widzenia przepisów art. 98 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt. 7 rozporządzenia nr 1083/2006 - przedwcześnie i bezpodstawnie uznał, że zachodzi konieczność zwrotu przez Beneficjenta przyznanego dofinansowania.**

Wobec powyższego, Beneficjent zwraca się z prośbą o uwzględnienie powyższych wyjaśnień i odstąpienie od wymierzania korekty finansowej Beneficjentowi tym bardziej, że zgodnie z wyżej przytoczonymi przepisami prawa brak jest obowiązku nakładania korekt finansowych za nieprawidłowości, które mają wyłącznie charakter formalny i nie wywołują skutków finansowych, co miało miejsce w wyniku powstałego omyłkowego zapisu, a który nie miał żadnego wpływu na tok i wynik przeprowadzonych postępowań i nie wywołał żadnej szkody.

W opisanym stanie prawnym i faktycznym – **Miasto Bydgoszcz, jako Beneficjent przyznaných środków EFRR w ramach RPO WK-P na lata 2007-2013 – wnosi o pozytywne rozpatrzenie wniesionych zastrzeżeń do informacji pokontrolnej, pozostałe treści informacji pokontrolnej Beneficjent przyjmuje bez uwag.**

Z poważaniem

DYREKTOR BIURO

Izabela Szczesik-Zobek

Załączniki:

- 2 egzemplarze *Informacji pokontrolnej z kontroli problemowej realizacji zadania w ramach RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego pn. Ostromecko-cztery pory roku. Etap 1 i etap 2*
- Pełnomocnictwo Prezydenta Miasta dla Izabeli Szczesik-Zobek – kserokopia kolorowa

DYREKTOR WYDZIAŁU
Izabela Szczesik-Zobek
Izabela Szczesik-Zobek

GŁÓWNY SPECJALISTA
Iwona Loose
Iwona Loose

KIEROWNICZKA REFERATU
Monika Juratko
Monika Juratko