

**PREZYDENT
MIASTA ŚWINOUJŚCIE**

Świnoujście, dn. 06.12.2016 r.

WAK 1710.50.2016

**Dyrektor Urzędu Kontroli Skarbowej
w Szczecinie**

Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej niniejszym prezentuję zastrzeżenia do ustaleń kontroli zawartych w adnotacji.

Ad 1. Prawidłowość gospodarowania środkami publicznymi obejmującymi część oświatową subwencji ogólnej na 2014 r.

Uwag się nie wnosi.

Ad 2. Dotacja z budżetu państwa przyznana Gminie – Miasto Świnoujście na realizację zadań własnych związanych z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska w 2014 r.

Na wstępie należy zasygnalizować, iż w ocenie kontrolowanego brak jest spójnej i zrozumiałej formuły prawnej kontroli, która została przeprowadzona w trybie zasadniczo nieznanym polskiemu ustawodawstwu. Przepisy wskazane w protokole kontroli jako podstawa prawna czynności kontrolującego zostały zestawione w ramach „zbiorczej” informacji, zaś sposób prezentacji ww. unormowań pozbawiony jest głębszej refleksji na temat rzeczywistego przebiegu oraz konsekwencji prawnych zdarzeń towarzyszących zarówno przyznaniu dotacji, jak i jej wydatkowaniu. Kontrolujący, zdaje się traktować wspomniany zestaw regulacji prawnych jako jedną, generalną podstawę prawną. Uzasadniając przy tym, zarówno czynności podejmowane w ramach kontroli, jak i zawarte w protokole wnioski, kontrolujący sięga swobodnie i wybiórczo po te elementy regulacji prawnych, które mogą być w danym momencie przydatne dla poparcia konkretnych tez. Kontrolujący przechodzi natomiast do porządku dziennego nad kwestią systematyki aktów prawnych oraz podstawowymi regułami wykładni prawa. Tego rodzaju zabieg bywa określany w doktrynie prawa mianem protezy prawnej.

Dla przypomnienia należy wskazać, iż zgodnie z otrzymanym zawiadomieniem o zamiarze wszczęcia postępowania kontrolnego kontrolujący określa przedmiot kontroli jako: Celowość i zgodność z prawem gospodarowania środkami publicznymi.

Natomiast głównym przedmiotem kontroli w tym punkcie stała się **kontrola rozliczenia dotacji** z Urzędem Wojewódzki w oparciu o ww. protezę.

W rozpatrywanym przypadku, zasadnicze elementy tak rozumianej protezy prawnej sprowadzałyby się do przyjęcia przez kontrolującego a priori, iż :

1. nie zachodziła potrzeba zawarcia w odniesieniu do dotacji przewidzianej w art. 49 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych (dalej ustawa o lecznictwie uzdrowiskowym) umowy wskazanej w art. 150 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz U. z 2016 r. poz. 1870), w ramach której dysponent środków budżetowych:
 - zawarłby szczegółowy opis zadania, w tym cel, na jaki dotacja została przyznana, i termin jego wykonania;
 - określiłby tryb kontroli wykonania zadania;

Założenie powyższe jest zdaniem kontrolowanego błędne, albowiem z ustawowego obowiązku zawarcia takiej umowy zwalnia dysponenta środków budżetowych jedynie fakt szczegółowego uregulowania jej elementów w przepisach obowiązującego prawa lub umowie międzynarodowej. Kontrolujący zdaje się przy tym zakładać, iż przepisem takim jest art. 46 ustawy o lecznictwie uzdrowiskowym. Zdaniem kontrolowanego brak jest jednak jakichkolwiek podstaw normatywnych dla obrony takiego poglądu. O ile bowiem, można bronić tezy, iż cytowany przepis określa w sposób generalny zadania i cel, to już na pewno nie precyzuje on terminu wykonania zadania finansowanego z dotacji ani sposób i termin jej rozliczenia i nie ma jakichkolwiek podstaw do uznania, iż zadanie to zostało w ustawie opisane w sposób szczegółowy. Przywołany art. 46 nie określa również przewidzianego ustawą trybu kontroli dla dotacji „uzdrowiskowej”. Odwołanie się kontrolującego do normy art. 152 ustawy o finansach publicznych jest również nieprawidłowe ponieważ obowiązki przewidziane w tym przepisie dotyczą dotacji z art. 150 a więc takiej, co do której zachodzi obowiązek zawarcia umowy. Brak umowy skutkuje w rezultacie brakiem wymaganej prawem podstawy prawnej do konstruowania szczegółowych kryteriów rozliczeń i kontroli. Odwołanie się w tym przypadku wyłącznie do art. 46 ustawy o lecznictwie uzdrowiskowym jest w konsekwencji tożsame z oparciem przez UKS kontroli na kryteriach nieostrych, dowolnych, subiektywnych i oczywiście nie przewidzianych obowiązującym prawem.

2. podstawą oceny działań beneficjenta dotacji jest tzw. procedura nr 4 określona w Zarządzeniach Wojewody Zachodniopomorskiego z dn. 21 05 2013 r. (Nr 256/2013) i z dn. 24 06 2014 r. (Nr 333/2014) .

Powyższe założenie jest również nieprawidłowe. Przywołane zarządzenia mają bowiem charakter wewnętrznych aktów organizacyjnych, regulujących zasady pracy i odpowiedzialności służb kontrolnych wojewody a nie służb podmiotu kontrolowanego. Z uwagi na zakres podległości służbowej, adresatem wymienionych wyżej zarządzeń nie może być, więc beneficjent dotacji. Zarządzenia te nie mogą, także konwalidować braku przewidzianej prawem umowy z art. 150 ustawy o finansach publicznych, a więc opisanego wyżej braku szczegółowego opisu zadania i terminu jego realizacji. W świetle obowiązującego porządku prawnego procedura nr 4 nie może wreszcie uzupełnić luki w prawie polegającej na

braku ustawowego trybu kontroli dotacji z art. 49 ustawy o lecznictwie uzdrowiskowym. Nota bene, zgodnie z procedurą nr 4 kontrolujący jest zobowiązany do ustalenia czy dokumentacja przekazana przez jednostkę rozliczającą dotacje jest zgodna z umową (!). Innymi słowy kontrolujący jest zobowiązany do oparcia wyników kontroli na kryteriach oceny określonych w umowie, która to umowa nie została w tym przypadku zawarta, ponieważ jej zawarcie było - zdaniem kontrolującego zbędne! W konsekwencji, skoro wyniki kontroli – w świetle procedury nr 4 - z założenia bazują na podstawie prawnej, która w tym przypadku formalnie nie istnieje, kontrolujący usiłuje samodzielnie uzupełnić ww. podstawę posiłkując się własnymi i arbitralnymi ocenami sposobu wydatkowania dotacji, opartymi wyłącznie na treści art. 46 ustawy o lecznictwie uzdrowiskowym, czyli wyłącznie na katalogu wspomnianych wyżej klauzul o charakterze generalnym.

3. czynnością konwalidującą brak przewidzianej prawem umowy o dotację oraz brak ustawowych kryteriów kontroli wydatkowania tej, konkretnej dotacji wg kontrolujących są jednostronne oświadczenia Wojewody Zachodniopomorskiego, w postaci prośby i zobowiązania do zawarcia w rozliczeniu dotacji informacji o jej wykorzystaniu zgodnie z przeznaczeniem wynikającym z przepisów ustawy o lecznictwie uzdrowiskowym (pismo z dn. 12 01 2014 r. ; znak : ZP-2.3111.5.2015.ŻB-P).

Zdaniem kontrolowanego przywołanie ww. korespondencji jest niczym innym, jak próbą odtworzenia ex post - na potrzeby konkretnej kontroli - nieistniejącej podstawy prawnej czynności kontrolującego i - co za tym idzie - nie istniejących obowiązków podmiotu kontrolowanego. Kontrolowany stoi jednak na stanowisku, iż takie działanie nie mieści się w definicji legalizmu działań podmiotów publicznych, rozumianego jako konstytucyjny obowiązek oparcia czynności organu na normach obowiązujących ustaw i wydanych na ich podstawie rozporządzeń (art. 7 Konstytucji RP). Organy władzy publicznej mogą bowiem działać tylko tam i o tyle, o ile prawo je do tego upoważnia. W sferze funkcjonowania szeroko rozumianej administracji publicznej obowiązuje przy tym zakaz domniemywania kompetencji organu. Zakaz ten dotyczy również organów kontrolnych.

Przechodząc do konkretnych zarzutów zawartych w adnotacji poniżej wnoszę następujące uwagi:

1. *Zarzut poniesienia wydatków niezgodnie z przeznaczeniem dotacji.*

Zgodnie z postanowieniami art. 46 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym gmina uzdrowiskowa oraz gmina posiadająca status obszaru ochrony uzdrowiskowej, poza zadaniami przewidzianymi przepisami ustawy z dnia 08 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, realizuje zadania własne związane z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska, w szczególności w zakresie:

1. gospodarki terenami, z uwzględnieniem potrzeb lecznictwa uzdrowiskowego, ochrony złóż naturalnych surowców leczniczych oraz czynności, których wykonywanie jest zabronione w poszczególnych strefach ochronnych, o których mowa w art. 38 ust. 1,
2. ochrony warunków naturalnych uzdrowiska lub obszaru ochrony uzdrowiskowej oraz spełniania wymagań w zakresie dopuszczalnych norm zanieczyszczeń powietrza, natężenia

hałasu, odprowadzania ścieków do wód lub do ziemi, gospodarki odpadami, emisji pól elektromagnetycznych, o których mowa w odrębnych przepisach,

3. tworzenia warunków do funkcjonowania zakładów i urządzeń lecznictwa uzdrowiskowego oraz rozwoju infrastruktury komunalnej w celu zaspakajania potrzeb osób przebywających w gminie w celu leczenia uzdrowiskowego,

4. tworzenia i ulepszania infrastruktury komunalnej i technicznej przeznaczonej dla uzdrowisk lub obszarów ochrony uzdrowiskowej.

Realizacja zadania, o których mowa w art. 46 ww. ustawy lecznictwie uzdrowiskowym.

Analizując art. 46 ustawy uzdrowiskowej należy zwrócić uwagę iż:

1) katalog zadań gminy uzdrowiskowej oraz gminy posiadającej status obszaru ochrony uzdrowiskowej własnych nie ma charakteru katalogu zamkniętego, co wynika z literalnej konstrukcji przepisu – ustawodawca wymienia bowiem „w szczególności” zadania własne związane z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska,

2) zadania gminy uzdrowiskowej i gminy posiadającej status obszaru ochrony uzdrowiskowej mogą się pokrywać z zadaniami przewidzianymi przepisami ustawy z dnia 08 marca 1990 r. o samorządzie gminnym,

3) rozdzielenie zadań własnych związanych z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska od zadań przewidzianych przepisami ustawy z dnia 08 marca 1990 r. o samorządzie gminnym jest praktycznie niemożliwe (np. odprowadzania ścieków, gospodarki odpadami, tworzenie i ulepszanie infrastruktury komunalnej, utrzymanie zieleni).

4) ustawa nie przesądza, iż zadania o których mowa w art. 46 ww. ustawy uzdrowiskowej muszą być realizowane w strefie A, B, C lub jakiejś innej części gminy uzdrowiskowej.

5) zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy uzdrowiskowej gmina uzdrowiskowa to gmina, której obszarowi lub jego części został nadany status uzdrowiska w trybie określonym w ustawie zaś zgodnie z art. 2 pkt 3 ustawy uzdrowiskowej uzdrowisko to obszar, na terenie którego prowadzone jest lecznictwo uzdrowiskowe, wydzielony w celu wykorzystania i ochrony znajdujących się na jego obszarze naturalnych surowców leczniczych, spełniający warunki, o których mowa w art. 34 ust. 1, któremu został nadany status uzdrowiska. W art. 46 ustawy uzdrowiskowej nie wskazano iż zadania w niej określone mają być realizowane na obszarze uzdrowiska, przeciwnie ustawodawca w tym zakresie nie wskazuje żadnych ograniczeń oprócz tego iż mają one być związane z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska.

Ponadto zgodnie art. 34 ustawy o lecznictwie uzdrowiskowym:

1. Status uzdrowiska może być nadany obszarowi, który spełnia łącznie następujące warunki:

- 1) posiada złoża naturalnych surowców leczniczych o potwierdzonych właściwościach leczniczych na zasadach określonych w ustawie;
- 2) posiada klimat o właściwościach leczniczych potwierdzonych na zasadach określonych w ustawie;
- 3) na jego obszarze znajdują się zakłady lecznictwa uzdrowiskowego i urządzenia lecznictwa uzdrowiskowego, przygotowane do prowadzenia lecznictwa uzdrowiskowego;
- 4) spełnia określone w przepisach o ochronie środowiska wymagania w stosunku do środowiska;

5) posiada infrastrukturę techniczną w zakresie gospodarki wodno-ściekowej, energetycznej, w zakresie transportu zbiorowego, a także prowadzi gospodarkę odpadami.

2. Status obszaru ochrony uzdrowiskowej może być nadany obszarowi, który spełnia łącznie warunki, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2, 4 i 5."

Wskazany ogólny katalog należałoby również kwalifikować jako wymagania potrzebne do zakwalifikowania gminy uzdrowiskowej jako posiadającej funkcje lecznicze. Tym samym ewentualnie dalsze inwestycje w zakresie infrastruktury technicznej, gospodarki wodno-ściekowej, energetycznej, w zakresie transportu zbiorowego, a także gospodarki odpadami należy rozpatrywać jako wykonywane w celu utrzymaniu statusu uzdrowiska, w tym zachowaniu jego funkcji leczniczych.

Reasumując, ustawa uzdrowiskowa nie wymaga aby poniesione wydatki pokryte dotacją z budżetu państwa otrzymanej z art. 49 ustawy uzdrowiskowej wydawane były strefie ochrony uzdrowiskowej A,B bądź C, czy też miały określony zakres (katalog otwarty zadań gminy). Jedynym kryterium pozostaje, wskazanie iż mają być to zadania własne związane z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska. Ustawodawca nie przewidział jak oceniać kryterium „zadań własnych związanych z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska” podał jedynie ich **przykładowy** katalog. Tym samym kwalifikacja konkretnego zadania może mieć charakter ocenny z uwzględnieniem potrzeb danej gminy uzdrowiskowej. W naszej ocenie należy mieć na uwadze że inwestycje i zadania gminy mają charakter komplementarny – nawzajem na siebie oddziałują i zadania własne gminy mogą być w sposób pośredni związane z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska. Inwestycje poza strefą uzdrowiska mają również wpływ na zachowanie jego funkcji leczniczych. Kontrolujący nie dokonał szczegółowej analizy wskazanych w protokole przedsięwzięć pod tym kątem ograniczył się jedynie do stwierdzenia że dotyczą inwestycji poza strefą A, B, C.

Niemniej jeśli kontrolujący uznają, iż przyjęta interpretacja przepisów, w tym zakresie jest niewłaściwa, nie powinien on ograniczać się tylko i wyłącznie do zapisów zawartych w rozliczeniu bo nie to jest przedmiotem kontroli.

Przedmiotem kontroli jest celowość i zgodność z prawem wydatkowania środków publicznych, czyli realizacja zadania wskazanego w art. 2 ust. 1 pkt 4) ustawy z dn. dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej. Mając na uwadze cytowany przepis należy w tym miejscu podkreślić, iż w przypadku braku umowy określającej szczegółowo zakres zadań związanych z udzieloną dotacją, przedmiotem tak rozumianej kontroli winny być w istocie wszelkie wydatki poniesione przez gminę w celu realizacji zadań własnych związanych z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska do poziomu kwoty odpowiadającej wysokości otrzymanej dotacji „uzdrowiskowej”. W przypadku braku odpowiednich ustaleń umownych zatwierdzających możliwość pokrycia konkretnego wydatku z dotacji, kontrolujący nie może ograniczyć zakresu kontroli jedynie do wybiórczej analizy niektórych inwestycji nawet jeżeli tylko te są wskazane w rozliczeniu. Biorąc pod uwagę przedmiot kontroli (celowość i zgodność z prawem gospodarowania środkami publicznymi) w naszej ocenie kontrolujący powinien rozpatrzyć inne wydatki budżetu miasta czy spełniają założone przez kontrolującego kryteria. Mając powyższe na uwadze, kontrolowany ponownie zwraca w tym miejscu uwagę na fakt przedłożenia korekty sprawozdania, zawierającej informację o innych inwestycjach

realizowanych w ramach zadań własnych gminy - niewątpliwie w celu zachowania funkcji leczniczej uzdrowiska. Powyższa informacja wskazuje przy tym, iż wysokość wydatków inwestycyjnych poniesionych w tym celu przez Gminę Miasto Świnoujście w sposób oczywisty przewyższa wysokość uzyskanej dotacji „uzdrowskowej”. Kontrolowany z głębokim zaniepokojeniem odnotowuje w tym miejscu fakt przejścia kontrolującego do porządku dziennego nad ww. informacją. Pomimo przyjęcia korekty, kontrolujący nie odniósł się w jakikolwiek sposób do zawartych w niej informacji. Nic nie wskazuje, aby informacje w sposób oczywisty i jednoznaczny potwierdzające celowe oraz zgodne z prawem wykorzystanie środków publicznych kontrolujący poddał jakiejkolwiek analizie. Na pewno trudno uznać za takową samo zamieszczenie w protokole kontroli i dokumencie dodatkowym („Adnotacja”) suchej informacji o fakcie złożenia korekty.

Mając na uwadze przytoczone wyżej okoliczności, kontrolowany domaga się stanowczo uzupełnienia analizy jego działań inwestycyjnych o dane niezbędne dla ustalenia prawidłowego zakresu kontroli - to jest zakresu zgodnego z obowiązującym prawem, ewentualnie przedstawienia uzasadnienia prawnego dla tak daleko posuniętego odstępstwa od zasad rzetelności i obiektywizmu działań kontrolnych.

2. Zarzut „Wydatki na łączną kwotę 709.512,48 pokryte były dotacją przedmiotową a nie dotacją z budżetu państwa dla gmin uzdrowskowych.”

Przed wszystkim należy podkreślić, iż cel dotacji (przedmiot kontroli) został osiągnięty, a mianowicie środki te zostały wydatkowane zgodnie z przeznaczeniem.

Stwierdzenie wskazane w adnotacji jest nieprawdziwe i wynika z błędnej interpretacji przepisów prawa. Środki na utrzymanie kąpieliska nie były wydatkowane z budżetu miasta z dotacji przedmiotowej, a w **formie** dotacji przedmiotowej.

Zgodnie z ustawą o samorządzie gminnym gmina posiada osobowość prawną (art.2 ust.2 u. o s.g.). W celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne (art. 9 ust. 1 u. o s.g.). Jedną z form realizacji zadań własnych gminy w zakresie utrzymywania terenów rekreacyjnych jest powołanie zakładu budżetowego (art. 14 ustawa o finansach publicznych). Bezsprzecznie plaża jest terenem rekreacyjnym (zadanie własne gminy art. 7 ust. 1 pkt 10 u o s.g.), który nierozzerwalnie łączy się z tworzeniem, zabezpieczeniem warunków i gospodarowaniem danym terenem uwzględniając potrzeby osób przebywających w uzdrowisku. Obszar ten znajduje się również w strefie A uzdrowiska.

Jedyną formą bieżącego finansowania zakładu budżetowego przez jednostkę samorządu terytorialnego jest przekazanie dotacji przedmiotowej (art.15 ust.3 u o f.p.). Dotacje przedmiotowe są to środki przeznaczone na dopłaty do określonych rodzajów wyrobów lub usług, kalkulowane według stawek jednostkowych (art. 130 u. o f.p.). Dotacje przedmiotowe przyjmują charakter dopłat do określonego rodzaju wyrobów lub usług. Ich kalkulacja odbywa się na podstawie przypisania części kosztów wytworzenia danej usługi do jednostki miary. W uchwałodawstwie można spotkać jednostki w m², m³, szt., kg. De facto dotacja jest pokryciem kosztów wytworzenia usługi, w tym przypadku utrzymania kąpieliska bezpośrednio z budżetu miasta. Jej rozliczenie polega jedynie na wskazaniu ilości wykonanych usług, wytworzonych wyrobów i „zapłaty” za nie określonej z góry „ceny”. Nie ma znaczenia sposób wykorzystania tych środków (to jest weryfikowane i podlega kontroli na etapie szacowania stawki i zatwierdzania przez Radę Miasta).

Pogląd, że jest to rodzaj zapłaty za usługę lub towar prezentuje również Minister Finansów w swoich indywidualnych interpretacjach podatkowych, uznając iż do dotacji tej mają zastosowanie przepisy ustawy o podatku od towarów i usług.

Stąd nie można zgodzić się ze stwierdzeniem kontrolujących, iż wydatki na utrzymanie kąpieliska zostały pokryte z dotacji przedmiotowej. **Wydatki te zostały dokonane w formie dotacji przedmiotowej skalkulowanej odrębnie dla 1 m² plaży w wysokości 0,52 zł (uchwała nr XLVIII/378/2013 Rady Miasta Świnoujście z dnia 19 grudnia 2013 r.).** Inaczej, pokryliśmy koszty funkcjonowania plaży 0,52 zł za metr².

3. *Zarzut -Gmina Miasto Świnoujście nie prowadziła w ewidencji księgowej rozliczenia wykorzystania dotacji otrzymanej w 2014 r. od Zachodniopomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Szczecinie na podstawie art. 49 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym , uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych w kwocie 5.470.648,00 zł na realizację zadań własnych związanych z zachowaniem funkcji leczniczych uzdrowiska określonej przez Dysponenta środków dla rozliczenia dotacji celowych zgodnie z Procedurą nr 4 (zał. Nr 1) do ww. Zarządzenia Nr 256/2013 Wojewody Zachodniopomorskiego s dnia 21 maja 2013 r. i Zarządzenia Nr 333/2014 Wojewody Zachodniopomorskiego z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie ustalenia procedur realizacji budżetu Wojewody Zachodniopomorskiego.*

Gmina -Miasto Świnoujście nie prowadziła w ewidencji księgowej rozliczenia dotacji zgodnie z ww. wytycznymi, **gdyż nie miała takiego obowiązku.** Przywołane zarządzenia mają jedynie charakter aktów wewnętrznych, regulujących zasady pracy i odpowiedzialności służb kontrolnych wojewody. W §§ 2 tychże zarządzeń jest katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania zapisów procedury i nie ma tam jednostek samorządu terytorialnego (abstrahując od możliwości prawnej). Poza tym jak wskazano w protokole kontroli procedury te dotyczą dotacji na podstawie art. 150 ustawy o finansach publicznych czyli dotacji celowych udzielanych na podstawie umów. Bezsprzeczne jest fakt, iż w przypadku kontrolowanej dotacji umowy takiej nie ma.

4. *Zarzut - Gmina Miasto Świnoujście nie przedłożyła do „Rozliczenia dotacji przyznanej w 2014 r. do Zachodniopomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Szczecinie „Zestawienia dokumentów potwierdzających poniesione wydatki w ramach przyznanej dotacji celowej” na łączną kwotę 5.470.648,00 zł zgodnie z Procedurą nr 4 (zał. Nr 2) do ww. Zarządzenia Nr 256/2013 Wojewody Zachodniopomorskiego s dnia 21 maja 2013 r. i Zarządzenia Nr 333/2014 Wojewody Zachodniopomorskiego z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie ustalenia procedur realizacji budżetu Wojewody Zachodniopomorskiego.*

Gmina nie złożyła ww. zestawienia, **gdyż nie była zobowiązana do dokonania takiej czynności.** Przywołane zarządzenia mają jedynie charakter aktów wewnętrznych, regulujących zasady pracy i odpowiedzialności służb kontrolnych wojewody. W §§ 2 tychże zarządzeń jest katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania zapisów procedury i nie ma tam jednostek samorządu terytorialnego (abstrahując od możliwości prawnej). Poza tym jak wskazano w protokole kontroli procedury te dotyczą dotacji na podstawie art. 150 ustawy o finansach publicznych czyli dotacji celowych udzielanych na podstawie umów. Bezsprzeczne jest fakt, iż

w przypadku kontrolowanej dotacji umowy takiej nie ma. Należy podkreślić, że Wojewoda Zachodniopomorski nigdy również nas nie informował o tych procedurach, natomiast co roku przysyłał nam wytyczne jak ma prezentować się rozliczenie, które przez nas były respektowane.

5. Przedłożone przez Gminę- Miasto Świnoujście faktury nie zawierały zapisów/adnotacji wskazujących na pokrycie wydatków otrzymaną w 2014 r. dotacją.

Przedłożone dokumenty nie zawierały adnotacji dotyczących pokrycia wydatków z dotacji uzdrowskiej, gdyż **obowiązek taki nie wynika z żadnego przepisu prawa**. Przywołane naruszone przepisy są pewnego rodzaju **nadinterpretacją** ze strony kontrolujących i tak zarzut naruszenia:

- Art. 126 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – zawiera jedynie ogólną definicję dotacji, która to jest uszczegóławiana w następnych artykułach ustawy w zależności od rodzaju (podmiotowa, przedmiotowa, celowa). Sam artykuł nie mówi o tym co należy rozumieć pod pojęciem „... *podlegającym szczególnym zasadom rozliczania...*” gdyż to wynika z jej charakteru. Pojęcie takie nie jest również zdefiniowane w ustawie w formie tzw. „słowniczka”. W przypadku dotacji kontrolowanej mamy bezspornie do czynienia z dotacją celową (również kontrolujący przyjmują taką interpretację), stąd zastosowanie ma art. 127 ww. ustawy. W tym przypadku szczegółowość wynika z art. 150 ustawy gdzie ustawodawca określił jej w postaci zapisów umowy pozostawia dysponentowi części budżetowej. Spod takiej procedury wykluczone zostały jedynie dotacje dla których odrębne przepisy lub umowa międzynarodowa określają tryb i zasady udzielania lub rozliczania tej dotacji. Dla dotacji „uzdrowskiej” przepisy prawa określają jedynie tryb i zasady udzielenia, natomiast szczegółowy opis zadania, w tym cel, na jaki dotacja została przyznana, i termin jego wykonania, termin wykorzystania dotacji, termin i sposób rozliczenia udzielonej dotacji, termin zwrotu niewykorzystanej części dotacji, tryb kontroli wykonania zadania winny być określone umową. Bezsporny jest fakt, że takiej umowy nie ma.
- Art. 152 u o f.p. (w tym prowadzenia wyodrębnionej ewidencji księgowej środków otrzymanych z dotacji oraz wydatków dokonywanych z tych środków) dotyczy dotacji udzielonych na podstawie umowy. Bezsporny jest fakt, że takiej umowy nie ma więc artykuł ten nie ma zastosowania.
- Art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości wbrew temu co piszą kontrolujący nie nakłada obowiązku dokonywania **zapisów potwierdzających wydatkowanie środków z jakiejkolwiek dotacji.**

Brzmienie art. 22 ust. 1 u. o. r. :*”Dowody księgowe powinny być rzetelne, to jest zgodne z rzeczywistym przebiegiem operacji gospodarczej, którą dokumentują, kompletne, zawierające co najmniej dane określone w art. 21, oraz wolne od błędów rachunkowych. Niedopuszczalne jest dokonywanie w dowodach księgowych wymazywania i przeróbek.”*

Z kolei art. 21 ust. 1. stanowi: *”Dowód księgowy powinien zawierać co najmniej:*

- 1) określenie rodzaju dowodu i jego numeru identyfikacyjnego;*
- 2) określenie stron (nazwy, adresy) dokonujących operacji gospodarczej;*

- 3) opis operacji oraz jej wartość, jeżeli to możliwe, określoną także w jednostkach naturalnych;
- 4) datę dokonania operacji, a gdy dowód został sporządzony pod inną datą - także datę sporządzenia dowodu;
- 5) podpis wystawcy dowodu oraz osoby, której wydano lub od której przyjęto składniki aktywów;
- 6) stwierdzenie sprawdzenia i zakwalifikowania dowodu do ujęcia w księgach rachunkowych przez wskazanie miesiąca oraz sposobu ujęcia dowodu w księgach rachunkowych (dekretacja), podpis osoby odpowiedzialnej za te wskazania."

Wszystkie powyższe zapisy z uwzględnieniem pozostałych ustępów art. 21 zostały spełnione i odnotowane na dokumentach księgowych. Dokumenty te są opisane w sposób niebudzący wątpliwości, co do ich kwalifikacji i ujęcia w księgach rachunkowych. Szczegółowość ewidencyjną można zapewnić jedynie przez odpowiednią analitykę, w przypadku rachunkowości budżetowej często rozumianą jako klasyfikację budżetową. I tu spełnienie oczekiwań kontrolujących (pomijając brak podstawy prawnej), co do odrębnej ewidencji jest trudne w praktyce. Należy podkreślić, że dotacja „uzdrowiskowa” jest dość specyficzną ze względu na fakt, iż ustawodawca dla zadań określonych w art. 46 ustawy z dnia 28 lipca o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych nie przewidział odrębnego rozdziału klasyfikacji budżetowej, stąd analityka ta jest utrudniona. Adnotacja klasyfikacji odbywa się zgodnie z dotychczasową interpretacją rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych, czyli w różnych podziałkach klasyfikacji budżetowej zgodnie z danym zdarzeniem ekonomicznym. Zapisy takie również znajdują się na dokumentach księgowych. Również wymóg ujmowania zakwalifikowania dowodu do ujęcia w księgach rachunkowych jest realizowany poprzez nadanie właściwej dekretacji kont zgodnie z obowiązującym w tym zakresie planie kont Urzędu Miasta, który to uwzględnia zapisy rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 5 lipca 2010 r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości oraz planów kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowo należy podkreślić, iż wyodrębnienie środków z dotacji uzdrowiskowej w celu szczegółowej ewidencji jest niemożliwe ze względu na fakt, iż środki te nie spływają w równych miesięcznych ratach (jak większość dotacji), a w jednej kwocie i to w połowie roku.

- *Procedury nr 4 (zał. Nr 1) do ww. Zarządzenia Nr 256/2013 Wojewody Zachodniopomorskiego z dnia 21 maja 2013 r. i Zarządzenia Nr 333/2014 Wojewody Zachodniopomorskiego z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie ustalenia procedur realizacji budżetu Wojewody Zachodniopomorskiego.*

Procedury te jak już wcześniej wskazano **nie dotyczą** Gminy-Miasto Świnoujście.

Ad. 3

Ad. pkt. 3.1.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego: Przebudowa chodników i jezdni w drogach Powiatowych (w tym przebudowa ulicy Ludzi Morza I etap).

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 2b, art. 24 ust 2 pkt 4 Zamawiający Gmina Miasto Świnoujście stoi na stanowisku, iż zarzuty powyższe są niezasadne.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.C. spełnił warunki udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., nie podlegał wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 polegając na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907).

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.C. złożył ofertę na zadanie: Przebudowa chodników i jezdni w drogach Powiatowych (w tym przebudowa ulicy Ludzi Morza I etap). Zamawiający po otwarciu ofert i zapoznaniu się ze złożonymi dokumentami w dniu 09.09.2014r. wezwał oferenta do uzupełnienia oferty wyłącznie o wykaz wykonanych robót z którego treści będzie jednoznacznie wynikało spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonanie robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia.

Na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia Wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego – Firmy Mazur i sporządzony przez niego wykaz wykonanych zadań stanowiący zał. Nr 7 do SIWZ, którego Zamawiający żądał w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Firma Mazur zobowiązała się do oddania oprócz wiedzy i doświadczenia do dyspozycji również potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zadania niejako „na wyrost”, gdyż Wykonawca PRD S.C spełniał samodzielnie warunek określony w SIWZ w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. dysponował Kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej, co przedstawił w ofercie złożonej Zamawiającemu i Zamawiający nie wzywał go w tej kwestii do wyjaśnień bądź uzupełnień. W przypadku, gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie potencjału technicznego, osobach zdolnych do realizacji zamówienia, można uznać za wystarczające samo zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy. W tym przypadku udowodnienie dysponowaniem tymi zasobami niekoniecznie musi się wiązać z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia publicznego, gdyż w tej sytuacji stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania wobec wykonawcy dotyczącego wypożyczenia określonego sprzętu, udostępnienia konkretnego pracownika, co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków oraz zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające.

Wykładnia literalna art. 22 ust.1, art.26 ust.2a i art.26 ust.2b.art.23 ustawy Pzp (Dz. U. z 2013r. poz. 907) prowadzi do następujących wniosków:

-wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu może to zrobić na trzy sposoby:

- a) samodzielnie spełnia warunki przewidziane w siwz.,
- b) tworzy konsorcjum wykonawców, którzy razem spełniają warunki określone w siwz,
- c) wspomaga się potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, potencjału osobowego i finansowego.

W tym ostatnim przypadku wykonawca nie musi dysponować potencjałem podmiotu trzeciego na dzień składania ofert co jest wyjątkiem od treści art. 26 ust.2a. Przepis art. 26 ust.2b dotyczy sytuacji, w której wykonawca przewidując możliwość uzyskania zamówienia wchodzi w relacje prawne z innymi podmiotami w celu uzyskania na przyszłość zasobów niezbędnych do realizacji umowy. Nie mając pewności, czy jego oferta okaże się najkorzystniejsza, wykonawca nie „inwestuje” w zasoby, co do których nie ma pewności czy zostaną wykorzystane.

Wykonawca przedstawia zobowiązanie podmiotu trzeciego lub inny dokument zawierający oświadczenie o oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tym samym ustawodawca w art. 26 ust.2b przesądził o tym, iż wszystkie zasoby co do których dopuścił taką możliwość mogą być oddane wykonawcy do dyspozycji, a więc użyczone wykonawcy tak by mógł z nich korzystać. Ustawodawca przy tym nie narzuca sposobu oddania zasobów przedmiot trzeci oraz nie stwarza obowiązku osobistego uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swojego potencjału do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy obowiązujące w okresie poddanych kontroli nie przesądzały, że wykazanie się dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę cudzym potencjałem oznacza uczestnictwo innego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wykonawca pomimo tego, że posługiwał się na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty innym podmiotem, nie był zobowiązany do wykorzystania tego potencjału na etapie realizacji umowy. (Prawo zamówień publicznych, komentarz, Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Wydanie IV, Wolters Kluwers, Warszawa 2010, str.184-186).

Artykuł 26 ust. 2b Pzp dotyczył dopuszczalności powoływania się na zdolności innych podmiotów, które nie brały bezpośredniego udziału w postępowaniu przetargowym. Mogli to być przedsiębiorcy współpracujący z wykonawcą lub jego potencjalni podwykonawcy. Zamawiający nie mógł żądać przybrania konkretnej formy współpracy czy też zawarcia określonej umowy (w tym podwykonawstwa). Wykonawca musiał jedynie udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, należącymi do osób trzecich. W celu przekonania zamawiającego wykonawca mógł mu dostarczyć zobowiązanie takich podmiotów lub inne dokumenty stwierdzające jego prawo do dysponowania zasobami tych

podmiotów. Żaden z przepisów zamówień publicznych nie statuował dla wykonawcy obowiązku zlecenia podwykonawcom zakresu prac odpowiadających posiadanemu przez podmiot trzeci doświadczenia, na które powołuje się wykonawca.

Samo złożenie zobowiązania do oddania wiedzy i doświadczenia angażowało pośrednio podmiot trzeci w przebieg zamówienia, gdyż u podstaw tegoż zobowiązania leżała dowolna umowa, której stronami są PODMIOT TRZECI – WYKONAWCA a przedmiotem tej umowy jest „świadczenie” polegające na umożliwieniu Wykonawcy korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Jednakże na podstawie samego zobowiązania do użyczenia wiedzy i doświadczenia podmiot trzeci nie zobowiązywał się jeszcze, że będzie realizował samodzielnie jakąkolwiek część zamówienia tj. będzie świadczył bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Rola podmiotu trzeciego polegała tylko na pomocy w realizacji zamówienia przez Wykonawcę co nie mogło być utożsamiane z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Decyzja o sposobie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w sposób pośredni lub bezpośredni należała do wykonawcy a nie do Zamawiającego.

Podsumowując można stwierdzić, iż rozróżniało się dwa typy oddania zasobów do dyspozycji:

- 1) oddanie zasobów wraz z osobami realizującymi zamówienie lub jego część pod kierownictwem podmiotu oddającego zasoby, podlegające jedynie kontroli wykonawcy-podwykonawstwo. Ponieważ podwykonawca nie oddaje zasobów bezpośrednio wykonawcy, tylko przy ich pomocy samodzielnie realizuje zamówienie, można w tym wypadku mówić o „pośrednim oddaniu zasobów do dyspozycji”
- 2) oddanie zasobów bez osób, względnie z osobami, które pozostają pod kierownictwem wykonawcy.- „bezpośrednie oddanie zasobów do dyspozycji”

To co różnicuje oba typy, to stopień zaangażowania podmiotu oddającego zasoby w realizacji zamówienia. W pierwszym przypadku bierze on osobisty, aktywny udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca, w drugim jego udział jest pośrednim i ogranicza się do biernego oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy.

Istniała wyraźna granica pomiędzy spełnieniem warunków udziału w postępowaniu a sposobem realizacji zamówienia. W art. 36 ust. 5 Pzp wprowadzono generalną zasadę **dopuszczalności** podwykonawstwa, która to zasada może zostać ograniczona przez Zamawiającego z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Natomiast w żadnym miejscu ustawy prawo zamówień publicznych w okresie poddanym kontroli nie było przepisu zobowiązującego wykonawcę do wykonania zamówienia z udziałem podwykonawcy, w szczególności w osobie podmiotu trzeciego, który zobowiązał się oddać do dyspozycji niezbędne zasoby celem korzystania z nich przez Wykonawcę.

Przedstawioną wykładnię potwierdzały przepisy unijne art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, których wprowadzenie miało na celu zwiększenie konkurencyjności i ułatwienie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę przy udziale zasobów podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim powiązań. Taki sam cel miało również wprowadzenie od 24.10.2008r. art.22 ust. 1 pkt. 2 którego rozszerzenie stanowiła treść art. 26 ust. 2b Pzp co wynika z „Omówienia

najważniejszych zmian w przepisach ustawy Prawo zamówień wprowadzonych ustawą dnia 4.09.2008r. O zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw Dz.U.Nr. 23.09.2008r. Nr 171 poz. 1058" autorstwa Prezesa UZP Jacka Sadowego www.uzp.gov.pl. Według powyższego Omówienia najważniejszych zmian ustawy prawo zamówień publicznych: „Zamawiający co do zasady nie może ingerować w stosunki prawne wykonawcy i podmiotów trzecich, stąd też rozporządzenie nie dopuszcza możliwości stawiania przez zamawiającego szczególnych wymagań co do tytułu i treści stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Istotne jest jedynie to, by stosowne zobowiązanie było złożone w formie pisemnej i by wynikało z niego, iż wykonawca będzie dysponował odpowiednimi zasobami przy wykonywaniu zamówienia. Oparcie wykonania zamówienia na zasobach podmiotów trzecich nie należy utożsamiać z podwykonawstwem.(...)W przypadku art. 22 ust.1 pkt 2 chodzi zatem nie o wykonywanie części zamówienia przez podmiot trzeci a jedynie użyczenie przez ten podmiot swego potencjału technicznego i osobowego wykonawcy.”

Wg Opinii UZP „Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polegał w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, uzp.gov.pl, artykuł Mec.Ireny Skubiszak-Kalinowskiej „Osoba fizyczna w roli udostępniającego, Przetargi Publiczne, 10/2010, str.29-33 wyrok KIO z 2010-06-23,1117/10, „Oddanie do dyspozycji wykonawcy osób zdolnych do realizacji zamówienia może i w wielu przypadkach będzie polegać na podwykonawstwie, rozumianym jako przejęcie części zamówienia do samodzielnego wykonania przez podmiot trzeci. Może jednak również polegać na udostępnieniu osób, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia przez głównego wykonawcę oraz pod jego nadzorem i kierownictwem. Ustalenie, czy posłużenie się osobami udostępnionymi przez podmioty trzecie ma charakter podwykonawstwa, może nastąpić jedynie z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, nieuzasadnione jest stawianie generalnej tezy, iż w każdym przypadku powierzenie osób zdolnych do realizacji zamówienia łączy się z podwykonawstwem.”

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w analizowanej sprawie jest podzielone.

Pierwszy w tej materii wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25.07.2011r. XII Ga 315/11 w prowadzonej sprawie stwierdzał , iż *celem art.26 pzp było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.(..).* Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny różnica pomiędzy osobami trzecimi a podwykonawcami sprowadza się do tego, iż osoby trzecie jedynie udostępniają potencjał wykonawcy czy też podwykonawcom, natomiast podwykonawcy realizują część zamówienia. W doktrynie uważa się, iż do osób trzecich nie ma zastosowania art.36 ust.4i5, brak jest natomiast poglądu doktryny, aby wyłączeniu podlegał w stosunku do osób trzecich art.26 ust.2b pzp.(..) Ratio legis art.26 ust. 2b pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca uczestniczący w postępowaniu przetargowym nie musi spełniać samodzielnie wszystkich postawionych w nim warunków i ma prawo powołać się na cudzy potencjał. Przy czym, aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze. Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Nie można w tej sytuacji uznać za uprawniony pogląd, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał osoba trzecia musiałaby brać udział w realizacji

przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Za dopuszczalne należy uznać powoływanie się na cudze doświadczenie nawet, gdy firma, która oddaje do dyspozycji swój potencjał nie będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w żadnym charakterze.

Poprzednia linia orzecznicza KIO zarysowana m.in. w wyroku z dnia 26 lipca 2010 r., KIO 1452/10; KIO 1453/10; KIO 1454/10 stała na stanowisku, iż **podmiot trzeci zobowiązujący się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie musi być jednocześnie podwykonawcom.** Odwołujący nie zgodzili się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w nim na skutek braku oświadczenia, że podmiot udzielający wiedzy i doświadczenia będzie podwykonawcą. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, wskazując w orzeczeniu, że przepisy nie określają rodzaju stosunku prawnego, który powinien łączyć wykonawcę z podmiotem udzielającym swej wiedzy i doświadczenia. W wyroku podkreślono również, że przepisy art. 26 ust. 2b p.z.p. mają na celu rozszerzenie kręgu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Jak wskazała KIO, choć podmiot oddający do dyspozycji swą wiedzę i doświadczenie musi wziąć udział w realizacji tego zamówienia, brak jest podstaw prawnych do wskazywania formy tego udziału.

Kolejnym przykładem poprzedniej linii orzeczniczej jest wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2010 r., KIO 1541/10. Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, powołał przytaczaną również w niniejszym komentarzu opinię UZP, zgodnie z którą podmiot, przekazując swą wiedzę i doświadczenie, musi występować w charakterze podwykonawcy. Odwołujący argumentował, że obowiązek taki nie wynika z przepisów, a forma prawna relacji łączących te dwa podmioty jest z punktu widzenia prawa zamówień publicznych obojętna. Argumentację tę podzieliła w wydanym wyroku KIO. Przyznano wprawdzie, co można traktować jako pewien zwiastun późniejszych zmian, że choć wiedza i doświadczenie nie powinny być przedmiotem obrotu w oderwaniu od przedsiębiorstwa, to jednak ustawodawca umożliwił wykonawcom powoływanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotów zewnętrznych niezależnie od formy prawnej łączących ich relacji.

W piśmiennictwie dotyczącym prawa zamówień publicznych często spotykamy tezę, że przepisy prawa nie wymagają, by podmiot użyczający swej wiedzy i doświadczenia realizował całość lub część zamówienia. Stanowisko takie przedstawia choćby P. Granecki, powołując przy tym wyroki KIO z poprzedniej linii orzeczniczej. Podobne stanowisko prezentuje J. Pieróg, wyrażając jednocześnie opinię, iż obecne brzmienie art. 26 ust. 2b p.z.p. podważa wszelkie działania zamawiającego w zakresie ustalenia takich warunków udziału w postępowaniu, które gwarantowałyby wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jak twierdzi, jest to spowodowane tym, że wykonawcy, którzy nie dysponują właściwym do prawidłowej realizacji zamówienia potencjałem, mogą w sposób praktycznie dowolny powoływać się na potencjał podmiotów trzecich przy jednoczesnym braku możliwości wyegzekwowania, aby podmioty potencjału użyczające były choćby podwykonawcami. Pieróg przytacza w tym kontekście wspomnianą powyżej opinię UZP, a także liczne wyroki KIO, stawiając ostatecznie tezę, że obowiązek, by podmiot użyczający swojego potencjału pełnił funkcję podwykonawcy, nie znajduje potwierdzenia ani w przepisach prawa, ani w orzecznictwie. Obydwa przywołane powyżej komentarze ukazały się w 2012 r. Ukazały się jednak jeszcze przed wyrokami, które zasadniczo zmieniły pogląd KIO w tej sprawie. Zawarte w nich tezy o praktycznym braku możliwości wyegzekwowania przez zamawiających

posiadania właściwego dla prawidłowego wykonania zamówienia potencjału po stronie wykonawców pozwalają domniemywać, że ich autorzy popierają zmiany w orzecznictwie dotyczące powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich.

W związku z odmiennymi poglądami i interpretacjami przepisu 26 ust. 2b a co za tym idzie różnymi opiniami i wyrokami KIO ustawodawca postanowił skonkretyzować zapisy powyższego art. wprowadzając ustawą z dnia 22 czerwca 2016r. art. 22a pkt 4 który brzmi: „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.” Aktualny przepis daje pełną jasność, co do roli podmiotu na którego zasoby powołuje się wykonawca.

Ostateczna ingerencja ustawodawcy w treść ww. przepisów wskazują na potrzebę zakończenia wieloletnich sporów i usunięcia wątpliwości w kwestii zakresu obowiązków podmiotu powołującego się na dostęp do zasobów podmiotu trzeciego.

Fakt, iż ingerencja ustawodawcy okazała się jedyną skuteczną formułą usunięcia wątpliwości z którymi przez wiele lat nie radziło sobie ani KIO, ani UZP, ani przedstawiciel doktryny potwierdza niezbicie, iż jakość dotychczasowej regulacji była wątpliwa i dwuznaczna i w późniejszym okresie przyjęła dwie skrajnie różne wykładnie niejasnego przepisu. W związku z powyższym, nie sposób jednoznacznie określić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył przepisy obowiązującej ówczesnie ustawy i nie można wyciągać z tego tytułu jakichkolwiek konsekwencji.

Ad. pkt. 3.2

Uwaga 1

W SIWZ nr WIM.271.1.24. 2014 (czerwiec 2014 r.) w pkt 8.1 c) wskazano, iż „W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy nie podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, spełniający ponadto warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej, którzy:

(...)

b) Posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę w wysokości minimum 600.000.00 zł lub jej równowartość w walucie obcej”

W SIWZ w części 9 Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia i inne dokumenty ofertowe w pkt. 9.2 pkt. e) wskazano „w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Prawo zamówień publicznych (...) e) opłacona polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 600.000,00 zł lub jej równowartość w walucie obcej”.

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w BZP nr 189764-2014 z dnia 05.06.2014 r. w części III.3 Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny i III.4).

Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 ust 1 ustawy, III.4.1 w zakresie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (...)brak powyższych informacji.

Odpowiedź

W treści ogłoszenia w BZP nie uwzględniono warunku jaki Zamawiający podał w pkt. 8.1 c i sposób jego spełnienia w pkt. 9.2 e SIWZ. Nastąpiło to na skutek oczywistej pomyłki - przeoczenia podczas wypełniania treści ogłoszenia. Pomyłka ta nie miała jednak wpływu na przebieg i rozstrzygnięcie postępowania bowiem wszyscy Wykonawcy, którzy wzięli udział w postępowaniu (5 oferentów) złożyli poprawną polisę OC, żaden z biorących udział w przetargu Wykonawców nie został odrzucony ani wykluczony z uwagi na jej brak. Ponadto w trakcie trwania postępowania żaden z potencjalnych Oferentów nie zgłosił rozbieżności pomiędzy zapisami ogłoszenia a SIWZ, co świadczy że dla wszystkich wymóg załączenia do oferty polisy był oczywisty. Nie zamieszczenie informacji o polisie OC w Biuletynie nie miało wpływu na wynik postępowania. Nie można zatem mówić w tym przypadku o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji czy też równego traktowania, a tym samym naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 i art. 41 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Uwaga 2

Ponadto Kontrolującym nie okazano przejściowych protokołów częściowego odbioru robót wynikających z § 3 pkt. 6 umowy WIM/50/2014 ani kosztorysu powykonawczego.

Odpowiedź

Protokoły częściowe odbioru robót jakie wynikają z zapisów § 3 pkt. 6 umowy WIM/50/2014 zostały przesłane kontrolującym drogą mailową w dniu 23.11.2016, są to kolejno:

- protokół odbioru wykonanych robót z dnia 01.09.2014 do faktury nr 08/09/14 z dnia 05.09.2014,
- protokół odbioru wykonanych robót z dnia 30.09.2014 do faktury nr 13/10/14 z dnia 10.10.2014,
- protokół odbioru robót dodatkowych z dnia 31.10.2014 do faktury nr 09/11/14 z dnia 10.11.2014 – wg Aneksu nr 1 z dnia 04.11.2014,
- do faktury końcowej nr 07/12/14 z dnia 05.12.2014 zgodnie z § 3 pkt. 7 umowy załączony został protokół odbioru końcowego z dnia 14.11.2014

Zgodnie z treścią umowy podstawą do wystawienia faktury częściowej jest przejściowy protokół częściowy odbioru robót. Takie też protokoły stanowiły załącznik do każdej faktury przejściowej. Zgodnie z treścią § 3 ust. 7 podstawą do wystawienia faktury końcowej jest

protokół odbioru końcowego robót. Taki też protokół stanowił załącznik do faktury końcowej. Zgodnie z zapisami § 8 ust. 2 lit. g) Wykonawca zobowiązany był do wykonywania obmiarów robót po ich zakończeniu. Przedmiotowe obmiary stanowiły podstawę do przygotowania zakresu rzeczowo- finansowego do ich rozliczenia. Zakresy rzeczowo finansowe załączane były pod każdą fakturę. Z umowy nie wynika konieczność przedłożenia kosztorysu powykonawczego.

W/w dokumenty przesyłamy również w załączeniu do niniejszych wyjaśnień.

Ad. pkt. 3.3

Uwaga 1

W SIWZ nr WIM.271.1.43. 2014 (październik 2014 r.) w pkt 8.1 c) wskazano, iż „W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy nie podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, spełniający ponadto warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej, którzy:

(...)

b) Posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę w wysokości minimum 600.000.00 zł lub jej równowartość w walucie obcej”

W SIWZ w części 9 Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia i inne dokumenty ofertowe w pkt. 9.2 pkt. e) wskazano „w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Prawo zamówień publicznych (...) e) opłacona polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 600.000,00 zł lub jej równowartość w walucie obcej”.

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w BZP nr 363036-2014 z dnia 03.11.2014 r. w części III.3 Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny i III.4).

Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 ust 1 ustawy, III.4.1 w zakresie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy (...)brak powyższych informacji.

Odpowiedź

W treści ogłoszenia w BZP nie uwzględniono warunku jaki Zamawiający podał w pkt. 8.1 c i sposób jego spełnienia w pkt. 9.2 e SIWZ. Nastąpiło to na skutek oczywistej pomyłki - przeoczenia podczas wypełniania treści ogłoszenia. Pomyłka ta nie miała jednak wpływu na przebieg i rozstrzygnięcie postępowania bowiem wszyscy Wykonawcy, którzy wzięli udział w postępowaniu (5 oferentów) złożyli poprawną polisę OC, żaden z biorących udział w przetargu Wykonawców nie został odrzucony ani wykluczony z uwagi na jej brak. Ponadto w trakcie

trwania postępowania żaden z potencjalnych Oferentów nie zgłosił rozbieżności pomiędzy zapisami ogłoszenia a SIWZ, co świadczy że dla wszystkich wymóg załączenia do oferty polisy był oczywisty. Nie zamieszczenie informacji o polisie OC w Biuletynie nie miało wpływu na wynik postępowania. Nie można zatem mówić w tym przypadku o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji czy też równego traktowania, a tym samym naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 i art. 41 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Uwaga 2

Naruszono przepisy art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz zapisy umowy nr WIM/112/2014: §3, ust. 6; §5 ust. 5;

Zamawiający dnia 12.12.2014 r. zawarł umowę nr WIM/112/2014 z PPUH Szach na przebudowę jezdni w drogach powiatowych i gminnych na wskazanych odcinkach dróg w Świnoujściu w terminie 6 miesięcy od daty podpisania umowy za wynagrodzenie szacunkowe w wysokości brutto 1.464.643,38 zł.

Dnia 05.06.2015 r. podpisano Aneks nr 2 do umowy nr WIM/112/2014 – zmiana terminu zakończenia na 08.07.2015 r. i obniżenie wynagrodzenia do kwoty 23.707,02 zł

Dnia 14.10.2015 r. spisano protokół odbioru końcowego, w którym wskazano cyt.: „Gotowość do odbioru została zgłoszona przez Wykonawcę PPUH SZACH Krzysztof Chudziak, ul. Piaskowa 26 d/1 72-100 w dniu 30.06.2015 r. Roboty zostały wykonane na podstawie umowy podstawowej nr WIM/112/2014 z dnia 12.12.2014 r., Aneksu nr 1 z dnia 12.01.2015 r. i Aneksu nr 2 z dnia 05.06.2015 r.”

Odpowiedź

Zgodnie z zapisami zawartymi w §2 Aneksu nr 2 cyt.:

„1. Strony zgodnie oświadczają, iż w trakcie wykonywania robót objętych umową stwierdzono, że 115 szt. płyt drogowych nie odpowiada wymaganiom SIWZ w zakresie wklęsłości i wypukłości powierzchni. Ekspertyza rzeczoznawcy wykazała, że wartość tych płyt należy obniżyć o 40 %, a jednocześnie można je eksploatować bez zagrożenia utraty nośności, oraz zagrożenia dla bezpieczeństwa ruchu drogowego. Wartość obniżenia wynagrodzenia wynosi 23 707,02 zł.

2. W związku z treścią ust 1. Strony postanawiają, że Wykonawca wykona na rzecz Zamawiającego prace dodatkowe(...). Powyższe prace wykonawca wykona bez dodatkowego wynagrodzenia.”

W związku z powyższym informuję, że zakres robót objętych umową nr WIM/112/2014 został wykonany w całości. Za część robót obniżono wynagrodzenia z powodu ich jakości. Za tą kwotę Wykonawca zrealizował dodatkowy zakres co zostało przedstawione w Aneksie nr 2.

Uwaga 3

Naruszono zapisy §3 ust. 5 umowy nr WIM/112/2014 zgodnie z którym „Komisja powołana przez Zamawiającego do przeprowadzenia czynności odbioru końcowego rozpocznie prace nie później niż w 14 dniu po potwierdzeniu zgłoszenia Wykonawcy gotowości do odbioru końcowego przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego.

Odpowiedź

Wykonawca zgłosił zakończenie robót w dniu 30.06.2015 r. Zamawiający przystąpił do odbioru końcowego w dniu 08.07.2015 r. Na okoliczność tę został sporządzony PROTOKÓŁ Z ROZPOCZĘCIA CZYNNOŚCI ODBIORU KOŃCOWEGO w którym stwierdzono pęknięte płyty w ilości 75 szt. i zobowiązano Wykonawcę do usunięcia usterek. W dniu 04.08. 2015 r. zostały podjęte kolejne czynności odbioru końcowego podczas którego stwierdzono wymianę najbardziej uszkodzonych płyt oraz stwierdzono pęknięcia na kolejnych płytach. Wykonawca został zobowiązany do zaproponowania rozwiązania problemu pękających płyt po czym został sporządzony PROTOKÓŁ Z KONTYNUACJI ODBIORU KOŃCOWEGO. Protokół z odbioru końcowego został podpisany w dniu 14.10.2015 r. W załączeniu przekazuję protokół z rozpoczęcia odbioru końcowego i protokół z kontynuacji odbioru końcowego.

Zgodnie z powyższym Komisja rozpoczęła czynności odbiorowe w terminie 8 dni od zgłoszenia przez Wykonawcę zakończenia robót, co jest zgodne z umową. Prace Komisji trwały do dnia 14.10.2014r.

Uwaga 4

Ponadto kontrolującym nie okazano przejściowych protokołów częściowych odbioru robót zgodnie z zapisami §3 ust. 6 umowy nr WIM/112/2014 cyt.: „Podstawą do wystawienia faktury częściowej jest przejściowy protokół częściowego odbioru robót potwierdzający ich wykonanie bez usterek, podpisany przez kierownika budowy oraz upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego.

Odpowiedź

Przejściowe protokoły częściowego odbioru zostały Państwu okazane mailem w dniu 23.11.2016 r. Niemniej powtórnie przekazujemy Państwu te dokumenty (jako załącznik do pisma).

Uwaga 5

W umowie nr WIM/112/2014 w §6 ust. 5 nie wskazano kierownika budowy wraz z wymaganymi uprawnieniami, gdzie zgodnie z §8 ust. 2 pkt b) „Do obowiązków Wykonawcy należy wyznaczenie kierownika budowy nie później niż w dniu podpisania umowy (...)”

Odpowiedź

W ofercie firmy Szach został wskazany kierownik budowy, który posiada wymagane uprawnienia budowlane określone w SIWZ. W wyniku omyłki pracownika sporządzającego umowę p. Chudziak nie został wpisany do umowy jako kierownik budowy. Niemniej pełnił te obowiązki poprzez realizację zadania, przeprowadzał uzgodnienia z zamawiającym, podpisywał powstałą dokumentację, uczestniczył w odbiorze robót.

PREZYDENT MIASTA

mgr inż. Janusz Zmurkiewicz

W załączeniu:

1. Pismo od Wojewody Zachodniopomorskiego w sprawie sposobu rozliczenia dotacji.
2. Maile z dnia 23.11.2016.
3. Faktura nr 07/12/14 wraz z obmiarami i protokołem odbioru końcowego z dnia 14.11.2014 (umowa WIM/50/2014).
4. Faktura nr 09/11/14 wraz z protokołem odbioru z dnia 31.10.2014 (umowa WIM/50/2014).
5. Faktura nr 13/10/14 wraz z obmiarem i protokołem odbioru z dnia 30.09.2014 (umowa WIM/50/2014).
6. Faktura nr 08/09/14 wraz z obmiarem i protokołem odbioru z dnia 01.09.2014 (umowa WIM/50/2014).
7. Protokół z rozpoczęcia czynności odbioru końcowego z dnia 08.07.2015 (umowa WIM/112/2014).
8. Protokół z kontynuacji odbioru końcowego z dnia 04.08.2015 (umowa WIM/112/2014).
9. Protokół odbioru końcowego z dnia 14.10.2015 (umowa WIM/112/2014).
10. Faktura nr 01/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót z dnia 09.02.2015r. (umowa WIM/112/2014).
11. Faktura nr 03/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót z dnia 26.03.2015 (umowa WIM/112/2014).
12. Faktura nr 04/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót z dnia 31.03.2015r. i fakturą podwykonawcy (umowa WIM/112/2014).
13. Faktura nr 05/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót z dnia 16.04.2015r. (umowa WIM/112/2014).
14. Faktura nr 06/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót z dnia 29.04.2015r. (umowa WIM/112/2014).
15. Faktura nr 07/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót nr 6 (umowa WIM/112/2014).
16. Faktura nr 08/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót nr 7 (umowa WIM/112/2014).
17. Faktura nr 09/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót nr 8 (umowa WIM/112/2014).
18. Faktura nr 10/15 wraz z protokołem częściowego odbioru robót nr 9 (umowa WIM/112/2014).
19. Faktura nr 15/15 wraz z dwiema fakturami podwykonawcy i protokołami odbiorów (umowa WIM/112/2014).