

**Uchwała Nr 174/2013**  
**Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie**  
**z dnia 3 września 2013 r.**

**w sprawie rozpatrzenie zastrzeżeń burmistrza Piask do wniosków pokontrolnych.**

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a w związku z art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2012 r., poz. 1113), po rozpatrzeniu zastrzeżeń burmistrza Piask do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 18 czerwca 2013 r. – Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie

**uchwała, co następuje:**

**§ 1.**

Oddala się zastrzeżenia dotyczące punktów 2.3.9. i 3.2. ustaleń zawartych w wystąpieniu pokontrolnym – z powodów formalnych.

**§ 2.**

Oddala się zastrzeżenia dotyczące punktów 2.3.10., 2.4.1. i 2.4.2 ustaleń zawartych w wystąpieniu pokontrolnym – z powodów merytorycznych.

**§ 3.**

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

**Uzasadnienie**

Burmistrz Piask pismem z dnia 4 lipca 2013 r. wniósł zastrzeżenia do pięciu wniosków sformułowanych w punktach 2.3.9., 2.3.10., 2.4.1., 2.4.2. i 3.2. wystąpienia pokontrolnego prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 18 czerwca 2013 r., będących następstwem kontroli kompleksowej gospodarki finansowej gminy Piaski, przeprowadzonej w dniach od 21 stycznia do 18 marca 2013 r. przez inspektorów Wydziału Kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie.

Na wstępie złożonych zastrzeżeń burmistrz Piask poinformował o podtrzymaniu w całości swojego stanowiska, zaprezentowanego w wyjaśnieniach do przyczyn odmowy podpisania protokołu kontroli, wskazując na swoje zastrzeżenia w zakresie rozbieżności co do ustaleń kontroli, ujętych we wcześniejszej korespondencji z inspektorami RIO oraz po przedłożeniu przez nich ostatecznej wersji protokołu. Burmistrz wymienia tematykę spornych

zagadnień, nie wskazując jednak w tej części żadnych wniosków pokontrolnych, ani naruszonych przepisów prawa, które miałyby stanowić przedmiot zastrzeżeń.

Zgodnie z przepisami art. 9 ust. 3 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, przedmiotem zastrzeżeń mogą być wyłącznie wnioski zawarte w wystąpieniu pokontrolnym, a podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. W związku z tym wskazane przez burmistrza zastrzeżenia w zakresie rozbieżności co do ustaleń kontroli, Kolegium pozostawia bez rozpatrzenia.

W oparciu o ustalenia kontroli do burmistrza Piask skierowane zostało 18 czerwca 2013 r. wystąpienie pokontrolne, w którym stwierdzono m.in.:

1. Ujęcie w przedmiarze robót – stanowiącym podstawę sporządzania kosztorysów ofertowych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Budowa targowiska handlowego „MÓJ RYNEK” – zawyżonej o 182,40 m<sup>2</sup> ilości umocowania sklejki wodoodpornej na stołach handlowych, w stosunku do ilości wynikającej z projektu technicznego, co skutkowało zawyżeniem wyceny wszystkich złożonych ofert, w tym oferty wybranej o kwotę 40.663,80 zł brutto (pkt 2.3.9. wystąpienia pokontrolnego).

Zalecono, aby przedmiot zamówienia opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, stosownie do przepisów art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Nakazano również, by opisując przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, zgodnie z przepisami art. 31 ust. 1 powołanej ustawy, zapewniać zgodność danych w zakresie ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych do wykonania ujętych w przedmiarze robót – z pozostałymi opracowaniami składającymi się na dokumentację projektową, o której mowa w przepisach § 4 ust. 1 lub 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), mając na uwadze, że ilości jednostek miary podane w przedmiarze powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej, wyłącznie w sposób zgodny z zasadami podanymi w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, w myśl postanowień § 10 ust. 2 tego rozporządzenia.

2. Dokonanie istotnych zmian postanowień zawartych umów o zamówienia publiczne w stosunku do treści ofert, na podstawie których dokonano wyboru wykonawców, w tym:
  - a) aneksem z 29 kwietnia 2011 r. wydłużono do 19 lipca 2017 r. (o 3 lata) termin zakończenia (spłaty) zawartej 21 lipca 2009 r. umowy o kredyt w kwocie 4 mln zł na

współfinansowanie budowy sali gimnastycznej w Piaskach oraz na remonty dróg gminnych,

- b) aneksem z 29 kwietnia 2011 r. wydłużono do 31 grudnia 2017 r. (o 4 lata) termin zakończenia (spłaty) zawartej 28 czerwca 2010 r. umowy o kredyt w kwocie 5 mln zł na budowę sali gimnastycznej w miejscowości Piaski oraz na budowę I etapu kompleksowego systemu wodno – ściekowego gminy Piaski wraz z przebudową oczyszczalni ścieków w miejscowości Piaski,

w sytuacji gdy zamawiający nie przewidział możliwości dokonania takich zmian w ogłoszeniach o zamówieniach lub w specyfikacjach istotnych warunków tych zamówień oraz nie określił ich warunków (pkt 2.3.10. wystąpienia pokontrolnego).

Zalecono, by nie dokonywać istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany, stosownie do przepisów art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

3. Udzielenie w 2012 r. dotacji (w kwocie 70.000 zł) Bractwu Miłosierdzia im. Św. Brata Alberta na realizację zadania publicznego pn. „Gminne programy aktywizacji społeczno – zawodowej na rzecz budownictwa socjalnego – edycja 2012 r.” – bez przeprowadzenia otwartego konkursu ofert (pkt 2.4.1. wystąpienia pokontrolnego).

Zalecono, by realizację zadań publicznych określonych w przepisach art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2010 r. Nr 234, poz. 1536 z późn. zm.), zlecać organizacjom pozarządowym oraz podmiotom wymienionym w art. 3 ust. 3 ustawy – na zasadach i w formach określonych w przepisach art. 5 ust. 3 i 4 tej ustawy – po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, chyba że przepisy odrębne przewidują inny tryb zlecenia, stosownie do przepisów art. 5 ust. 1 oraz art. 11 ust. 2 i 3 tej ustawy.

4. W pkt 2.4.2. wystąpienia pokontrolnego wskazano na nieprawidłowości przy udzieleniu i rozliczeniu dotacji przekazanej Towarzystwu Przyjaciół Gardzienic (TPG) na realizację zadania publicznego pn. „Budowa świetlicy kulturalno-oświatowej w miejscowości Gardzienice”, polegające – w zakresie objętym zastrzeżeniami – na:

- a) niewyegzekwowaniu od podmiotu dotowanego załączenia do umowy zaktualizowanego kosztorysu realizacji zadania, w sytuacji gdy podmiot ten otrzymał niższą kwotę dotacji, niż kwota o którą wnioskował w ofercie.

We wniosku pokontrolnym zalecono egzekwowanie od podmiotów, którym udzielono dotacji obowiązku dołączania do umowy wszystkich załączników wymaganych ramowym wzorem umowy – stanowiącym załącznik Nr 2 do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie wzoru oferty i ramowego wzoru umowy dotyczących realizacji zadania publicznego oraz wzoru sprawozdania z wykonania tego

zadania (Dz. U. z 2011 r. Nr 6, poz. 25), w tym zaktualizowanego kosztorysu realizacji zadania, w przypadku udzielenia dotacji w kwocie niższej od kwoty określonej w ofercie.

W opisaney sprawie TPG wskazało w ofercie, że z dotacji będzie finansować koszty w kwocie 561.185,61 zł. W umowie zawartej z Towarzystwem 25.11.2010 r. wskazano, że kwota dotacji będzie stanowiła różnicę między kwotą oferty wykonawcy wybranego w trybie przetargu (na realizację zadania pn. Budowa świetlicy kulturalno-oświatowej w miejscowości Gardzienice), a otrzymaną kwotą pomocy w ramach PROW (maksymalna kwota dotacji wyniesie 561.185,61 zł). Dotacja została przekazana Towarzystwu 9.12.2011r. w kwocie 343.000 zł, tj. niższej o 218.185,61 zł od kwoty określonej w ofercie w cz. „Kosztorys ze względu na rodzaj kosztów”, mimo tego Towarzystwo nie przedłożyło do umowy zaktualizowanego kosztorysu realizacji zadania, dostosowanego do innej kwoty dotacji.

- b) zawarciu 25 listopada 2010 r. umowy, w której nie określono we właściwy sposób zasad i terminów wykorzystania i zwrotu środków dotacji przeznaczonych na realizację zadania – zobowiązując dotowany podmiot do wykorzystania całości przyznaných środków w terminie 14 dni od dnia ustalonego jako termin końcowy wykonania zadania, tj. 30.11.2011 r., który aneksem z 15 listopada 2011 r. został przesunięty na 31.12.2012 r., w sytuacji gdy dotacja została przekazana 8.12.2011 r. w wysokości 343.000 zł, co w konsekwencji skutkowało wydatkowaniem przez dotowany podmiot w 2012 r. ze środków dotacji kwoty 37.877,74 zł).

We wniosku pokontrolnym zalecono wskazywanie w umowie o wsparcie lub powierzenie realizacji zadania publicznego terminu wykorzystania dotacji – nie dłuższego niż do dnia 31 grudnia danego roku budżetowego (a w przypadku zadania realizowanego w okresie wykraczającym poza dany rok budżetowy – do dnia 31 grudnia każdego roku budżetowego, w którym realizowane jest zadanie publiczne), zgodnie z przepisami art. 221 ust. 3 pkt 3 oraz art. 250 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.) w związku z art. 16 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 1 ramowego wzoru umowy realizacji zadania publicznego stanowiącego załącznik Nr 2 do cytowanego rozporządzenia, mając na uwadze, że dotacje udzielone z budżetu jednostki samorządu terytorialnego w części niewykorzystanej do końca roku budżetowego podlegają zwrotowi do budżetu tej jednostki w terminie do dnia 31 stycznia następnego roku, zgodnie z przepisami art. 251 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, chyba że rada podjęła uchwałę, o której mowa w art. 263 ust. 2 tej ustawy.

5. Zaliczenie na poczet ceny sprzedaży nieruchomości gminnej, zbytej w trybie bezprzetargowym na rzecz dotychczasowego dzierżawcy, zawyżonej wartości nakładów (o kwotę 57.883,71 zł) poniesionych przez dzierżawcę od dnia zawarcia umowy dzierżawy na rozbudowę i adaptację budynku, określonej przez rzeczoznawcę majątkowego, które zostały zaliczone na poczet należnego czynszu za dzierżawę, czyli faktycznie zostały sfinansowane przez miasto Piaski (pkt 3.2. wystąpienia

pokontrolnego). Zalecono, aby prawidłowo ustalać cenę nieruchomości, zgodnie z przepisami art. 67 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r., o gospodarce nieruchomościami (Dz. U z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zm.) w tym przy sprzedaży bezprzetargowej - w wysokości nie niższej niż jej wartość ustalona przez rzeczoznawcę majątkowego, stosownie do przepisów art. 67 ust. 3 w związku z art. 151 ust. 1 ustawy.

W ocenie burmistrza Piask wskazane wyżej ustalenia i wynikające z nich wnioski zawarte w wystąpieniu pokontrolnym są niezasadne z następujących powodów:

**Ad. 1.** Zastrzeżenie złożone do wniosku 2.3.9. dotyczy kwestii odpowiedzialności za sformułowany w tym wniosku zarzut, którego zasadności burmistrz nie kwestionuje. Wskazuje natomiast, że odpowiedzialność za uchybienia w tym zakresie ponosi podmiot trzeci – kosztorysant, a nie jednostka kontrolowana, co wynikać ma z art. 20 ust. 4 Prawa budowlanego nie ujętego we wniosku pokontrolnym.

**Ad. 2.** W zastrzeżeniach złożonych do wniosku sformułowanego w punkcie 2.3.10. burmistrz dowodzi, iż wprowadzone aneksami zmiany umów należy uznać za nieistotne, gdyż wynikły one z obiektywnych potrzeb, które zaistniały niezależnie od tego, jaki podmiot jest partnerem zamawiającego przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Na potwierdzenie swojej tezy, że w/w zmiany nie były istotne – burmistrz cytuje fragmenty opinii Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)” – dostępnej na stronach internetowych UZP.

Z cytowanej przez burmistrza opinii wynika, że są dwie możliwości zmiany umowy, tj. gdy zmiany umowy mają charakter nieistotny w stosunku do treści oferty lub gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Z uwagi na to, że druga ze wskazanych możliwości nie zachodziła (co do tego nie ma sporu – możliwości dokonania takich zmian zamawiający nie przewidział w obu postępowaniach), istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy wskazane we wniosku pokontrolnym zmiany umów (przesunięcia terminów spłat kredytów o 3 i 4 lata) miały charakter istotny, czy też zmiany te były nieistotne, jak dowodzi w swoich zastrzeżeniach burmistrz. Według burmistrza – ocena dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego dokonywana jest w świetle treści oferty. Kryterium „istotności zmian”, którym posługuje się art. 144 ust. 1 PZP, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego proponowane zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli zatem wprowadzenie proponowanych zmian do umowy spowoduje, iż zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy PZP.

**Ad. 3.** W zastrzeżeniach złożonych wobec punktu 2.4.1. burmistrz podnosi, że w przypadku udzielenia dotacji Bractwu Miłosierdzia im. Św. Brata Alberta zachodziła okoliczność,

o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, wyłączająca obowiązek przeprowadzenia otwartego konkursu ofert, tj. gdy odrębne przepisy przewidują inny tryb zlecania zadania publicznego, którymi - według burmistrza - są przepisy regulujące program „Aktywne Formy Współdziałania (powinno być – Przeciwdziałania) Wykluczeniu Społecznemu edycja 2011-2015”. Burmistrz powołuje się na fakt, że zawarta z Bractwem Miłosierdzia umowa zawierała jako załącznik ofertę gminy Piaski o wsparcie realizacji zadania pn. „Gminne programy aktywizacji społeczno - zawodowej na rzecz budownictwa socjalnego - edycja 2012 r.” realizowanego w ramach wspomnianego Programu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej „Aktywne Formy Przeciwdziałania ...” na podstawie umowy gminy Piaski z Ministrem Pracy i Polityki Społecznej. Burmistrz wskazuje, że oferta gminy skierowana do Ministerstwa zawierała już – jeszcze przed zawarciem umowy z Bractwem – wskazanie na ten właśnie podmiot i skoro Minister nie wyraził wobec tego sprzeciwu, to nie było merytorycznej podstawy prawnej do przeprowadzenia otwartego konkursu ofert.

**Ad. 4.** W odniesieniu do wniosku sformułowanego w punkcie 2.4.2. Burmistrz wskazuje, że we wzorze umowy - załączniku nr 2 do obowiązującego wówczas rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 grudnia 2005r. - co prawda wskazano, jako załączniki, zaktualizowany harmonogram realizacji zadania (który nie był przedmiotem wniosku pokontrolnego) oraz zaktualizowany kosztorys, niemniej są to elementy fakultatywne, o czym świadczyć ma symbol „\*” i adnotacja „niepotrzebne skreślić”. Burmistrz wskazuje też na brak potrzeby aktualizacji kosztorysu na przestrzeni 15 dni między złożeniem oferty przez podmiot (10.11.2010r.), a zawarciem z nim umowy (25.11.2010r.). W złożonych zastrzeżeniach burmistrz nie zgadza się ze stanowiskiem, że „zgodnie z art. 221 ust. 3 pkt 3 ustawy o finansach publicznych umowa powinna określać termin wykorzystania dotacji, nie dłuższy niż do dnia 31 grudnia danego roku budżetowego” twierdząc, że przepis art. 221 ust. 3 ustawy „reguluje elementy przedmiotowo istotne umowy zawieranej w innych sytuacjach prawno – faktycznych”, tj. wskazanych w art. 221 ust. 2 tej ustawy – odnoszących się do umów zawieranych z podmiotami niezaliczanymi do sektora finansów publicznych i niedziałającymi w celu osiągnięcia zysku – na realizację innych zadań, niż określone w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Na potwierdzenie swojej tezy burmistrz cytuje przepisy art. 18 i art. 16 (z kolejnymi zmianami) ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz przytacza fragmenty komentarza do art. 221 ustawy o finansach publicznych, które opisują dwa sposoby realizacji zadań publicznych.

Zdaniem burmistrza, z treści art. 16 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie wynika, że umowa (o wsparcie lub o powierzenie realizacji zadania publicznego w trybie otwartego konkursu ofert), ma być sporządzona jedynie z uwzględnieniem art. 221 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

**Ad. 5.** W zastrzeżeniach złożonych wobec punktu 3.2. wystąpienia pokontrolnego burmistrz nie odnosi się do błędnej interpretacji wskazanych we wniosku przepisów prawa. W treści pisma analizuje przepisy regulujące sprzedaż nieruchomości w drodze

bezprzetargowej, postanowienia uchwały Rady Miejskiej oraz pojęcia nakładów koniecznych i użytecznych.

W dniu 3 września 2013 r., na posiedzeniu Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie pełnomocnik skarżącego pan Mariusz Filipek – radca prawny, podtrzymał złożone do Kolegium zastrzeżenia.

Przystępując do rozstrzygnięcia sprawy, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie oceniło w pierwszej kolejności, czy złożone przez burmistrza zastrzeżenia odpowiadają wymogom formalnym określonym w art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych. Kolegium uznało, że zastrzeżenia złożone zostały we właściwym terminie. Jednak wymóg dotyczący podstawy ich wniesienia, tj. oparcia zastrzeżeń o zarzut naruszenia prawa w wystąpieniu pokontrolnym przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie spełniony został jedynie w przypadku zastrzeżeń odnoszących się do punktów 2.3.10., 2.4.1. i 2.4.2. zawartych w wystąpieniu pokontrolnym.

W odniesieniu do zarzutu zawartego w zastrzeżeniu dotyczącym punktu 2.3.9. wystąpienia pokontrolnego należy stwierdzić, że nie spełnia on wymogów określonych w przepisie art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych i jako taki nie może być przedmiotem zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych. Zastrzeżenie burmistrza Piask dotyczy kwestii odpowiedzialności za sformułowany w tym wniosku zarzut, którego zasadności burmistrz nie kwestionuje, wskazuje natomiast, że odpowiedzialność za uchybienia w tym zakresie ponosi podmiot trzeci – kosztorysant, a nie jednostka kontrolowana, co wynikać ma z art. 20 ust. 4 Prawa budowlanego (nie ujętego we wniosku pokontrolnym), przy czym burmistrz nie wskazał przepisu prawa, którego błędna wykładnia lub niewłaściwe zastosowanie stanowiłyby podstawę wniesienia zastrzeżeń. Tym samym zastrzeżenia w tej części nie odpowiadają wymogom formalnym określonym w przepisach art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych. Z tego też względu zastrzeżenie to należało oddalić z powodów formalnych.

Wymogów określonych w przepisie art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych nie spełnia również zastrzeżenie odnoszące się do punktu 3.2. wystąpienia pokontrolnego. Istota tego zastrzeżenia sprowadza się do ustalenia stanu faktycznego, na podstawie którego określono cenę sprzedaży nieruchomości gminnej zbytej w trybie bezprzetargowym na rzecz dotychczasowego dzierżawcy, w tym prawidłowego ustalenia wartości nakładów poniesionych przez dzierżawcę od dnia zawarcia umowy dzierżawy na rozbudowę i adaptację budynku, określonej przez rzeczoznawcę majątkowego, podlegających zaliczeniu na poczet ceny sprzedaży tej nieruchomości. Burmistrz natomiast nie wskazał przepisu, której błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania dopuścił się organ kontroli. Z tego względu zastrzeżenie to również należało oddalić ze względów formalnych.

W odniesieniu do pozostałych zastrzeżeń, po analizie stanu faktycznego i prawnego oraz wysłuchaniu pełnomocnika skarżącego, Kolegium RIO w Lublinie stwierdziło, co następuje:

1. Odnosząc się do zastrzeżenia dotyczącego wniosku pokontrolnego sformułowanego w punkcie 2.3.10. zalecającego, by nie dokonywać istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, stosownie do przepisów art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w ocenie Kolegium stan faktyczny sprawy uprawniał do sformułowania takiego zalecenia. Przedmiotem umów było bowiem udzielenie kredytów w kwocie 4mln zł, z okresem spłaty wynoszącym 5 lat oraz w kwocie 5 mln zł z okresem spłaty wynoszącym 3,5 roku. Stosownymi aneksami wydłużono te okresy spłat o 3 i 4 lata. Trudno jest nie uznać za istotne zmian wydłużających terminy zakończenia umów o zamówienia publiczne o lata kalendarzowe. Wprowadzenie do umów takich zmian spowodowało, że zobowiązania wykonawców (banków) istotnie odbiegały od zobowiązań zawartych w ich ofertach. Z cytowanej przez burmistrza opinii UZP w dalszej części wynika, że dokonując oceny czy dana zmiana ma charakter istotny należy mieć na uwadze wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu. Istotna zmiana postanowień umowy zachodzi, gdy wprowadzone zmiany mogą powodować zmianę kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienia lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone.

Oba zamówienia zostały udzielone w trybie zapytania o cenę, w obu przypadkach zaproszono do składania ofert 5 banków i za każdym razem zostały złożone 2 oferty. Nie sposób w chwili obecnej jednoznacznie zaprzeczyć, czy gdyby zamówienia dotyczyły udzielenia kredytów na okresy dłuższe niż pierwotne 5 lat i 3,5 roku (czyli po aneksach – na 8 lat i 7,5 roku), pozostałe zaproszone banki nie złożyłyby swoich ofert. Można np. przypuszczać, że banki te nie złożyły ofert, ponieważ nie były zainteresowane oferowaniem kredytów na okresy krótsze niż np. 7-8 lat. Wprowadzone do umów zmiany mogły więc spowodować zmianę kręgu wykonawców, którym te zamówienia byłyby udzielone. Można zakładać, że prawdopodobnie więcej banków byłoby zainteresowanych udzieleniem kredytów, ponieważ im dłuższa umowa kredytowa tym większe bank uzyskuje z niej przychody (zyski) z tytułu odsetek. Uwzględniając ujęte w opinii UZP i zacytowane przez burmistrza tezy z wyroku ETS z 19 czerwca 2008r., również należy uznać, że dokonane przez burmistrza zmiany umów wprowadzały warunki, które – gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielenia zamówienia – umożliwiłyby (mogłyby spowodować) złożenie innych ofert, niż pierwotnie złożone (np. przez pozostałe 3 zaproszone banki). Przy czym w wyroku jest mowa o „dopuszczaniu” do postępowania innych oferentów / ofert niż pierwotnie „dopuszczone”, co nie będzie miało zastosowania w procedurze zapytania o cenę, w której oferty mogą składać tylko zaproszeni wykonawcy, których krąg i tak wyznacza sam zamawiający. Pozostała teza z wyroku – w części wskazującej na możliwość uznania za istotną zmiany umowy, „jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy (tutaj – banku) w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia” potwierdza, że wydłużenie o kilka lat okresu realizacji umowy o zamówienie publiczne, czego nie przewidziano w warunkach omawianych zamówień, nie mogło nie wpłynąć na zachwianie tej równowagi między wykonawcami (bankami) a zamawiającym, związanej ze spłatami rat (i kolejnych odsetek) na rzecz banków przez następne lata.



Także i ten wyrok potwierdza, że dokonane przez burmistrza zmiany miały charakter zmian istotnych. W ocenie Kolegium za zmianę nieistotną w tych przypadkach można by uznać wydłużenie okresu spłaty kredytów np. o kilka miesięcy, a nie o kilka lat. Ponadto każdy z banków (zarówno te, które złożyły swoje oferty, jak i te które nie złożyły) – inaczej kalkuluje i sporządza swoje oferty kredytowe, w zależności od tego na jaki okres udziela kredytu. Z pewnością inna byłaby wartość takiego zamówienia (tj. zgodnie z art. 34 ust. 4 PZP – łączna kwota opłat, prowizji, odsetek i innych podobnych świadczeń) przy umowie kredytowej na 3-5 lat, a inna przy umowach na 7-8 lat. Zamawiający wydłużając terminy spłat kredytów nie mógł mieć pewności, czy - gdyby od razu przewidział umowy na okresy dłuższe - nie otrzymałby ofert innych lub ofert korzystniejszych, niż pierwotnie złożone. Zaznaczyć też należy – czego burmistrz w swoich zastrzeżeniach nie podnosi – że zmiany umów polegające na wydłużeniu okresu spłaty kredytów, musiały pociągnąć za sobą także zmiany wynagrodzeń wykonawców (banków) w stosunku do treści ofert, na podstawie której dokonano ich wyboru, co zdecydowanie wskazuje, że zmiany te – w świetle całej przywołanej wyżej argumentacji – miały charakter zmian istotnych, a to – w sytuacji, kiedy zmian takich nie przewidziano – w pełni realizuje przesłankę zakazującą zmian umowy wynikającą z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem burmistrza wprowadzone zmiany „należy uznać za nieistotne, ponieważ wynikły one z obiektywnych potrzeb, które zaistniały niezależnie od tego, jaki podmiot jest partnerem zamawiającego przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Innymi słowy, każdy inny wykonawca byłby w tej samej sytuacji przy wykonywaniu przedmiotowej umowy. Tym samym nie została naruszona zasada, że wprowadzone zmiany ograniczają krąg podmiotów, które mogłyby wykonywać zamówienie publiczne”.

Burmistrz nie wskazuje przy tym żadnych „obiektywnych potrzeb”, które uzasadniałyby dokonanie zmian tych umów, a tym bardziej uznanie tych zmian za nieistotne. Nie można też z góry zakładać, że każdy inny wykonawca będący w tej samej sytuacji, zachowałby się w taki sam sposób, ponieważ każdy bank inaczej mógłby zareagować na nieokreślone przez burmistrza „obiektywne potrzeby”, np. odmówić wydłużenia okresu kredytowania, zażądać natychmiastowej jego spłaty, naliczyć karne odsetki, zwiększyć koszt kredytu po okresie umownym itp.

Wobec powyższego zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego zawartego w punkcie 2.3.10. należało oddalić.

2. Odnosząc się do zastrzeżenia dotyczącego wniosku pokontrolnego sformułowanego w punkcie 2.4.1. dotyczącego udzielenia w 2012 r. dotacji (w kwocie 70.000 zł) Bractwu Miłosierdzia im. Św. Brata Alberta na realizację zadania publicznego pn. „Gminne programy aktywizacji społeczno – zawodowej na rzecz budownictwa socjalnego – edycja 2012 r.” bez przeprowadzenia otwartego konkursu ofert, w ocenie Kolegium, ze stanowiskiem burmistrza, kwestionującego w tym przypadku obowiązek przeprowadzenia takiego konkursu, nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, w postanowieniach § 1 ust. 1 umowy zawartej 4 września 2012r. pomiędzy gminą Piaski a Bractwem Miłosierdzia im. Św. Brata Alberta wyraźnie wskazano, że Zleceniodawca zleca

Zleceniobiorcy realizację zadania publicznego – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 24 kwietnia 2003r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, a przepisów tej ustawy nie zastosowano.

Po drugie, odrębnymi przepisami, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, wyłączającymi obowiązek wspierania lub powierzania realizacji zadań publicznych po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, są np.:

- art. 26 – 27 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej, dotyczące udzielania zamówień przez podmioty lecznicze na udzielanie świadczeń zdrowotnych w trybie konkursu ofert (art. 26 ust. 2),
- art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 6 stycznia 2005r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym, dotyczący dotacji celowych lub podmiotowych na wspieranie działalności zmierzającej do ochrony, zachowania i rozwoju tożsamości kulturowej mniejszości – udzielanych z pominięciem otwartego konkursu ofert, według zasad postępowania ogłaszanych corocznie przez ministra właściwego do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych.

W odniesieniu do rozpatrywanej dotacji burmistrz nie wskazał innych przepisów, które w omawianym przypadku miałyby zastosowanie.

Po trzecie, fakt wskazania przez gminę Piaski w ofercie skierowanej do Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, Bractwa Miłosierdzia im. Św. Brata Alberta jako realizatora zadania publicznego nie uzasadnia odstąpienia przez gminę od zlecenia realizacji tego zadania zgodnie z przepisami ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, a brak sprzeciwu Ministerstwa wobec wskazania w ofercie tego podmiotu, nie może stanowić potwierdzenia dla prawidłowości odstąpienia od otwartego konkursu ofert i uznania tego za działanie zgodne z prawem.

Wobec powyższego zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego zawartego w punkcie 2.4.1. należało oddalić.

3. Odnosząc się do zastrzeżenia dotyczącego wniosku pokontrolnego sformułowanego w punkcie 2.4.2., dotyczącego nieprawidłowości przy udzieleniu i rozliczeniu dotacji przekazanej Towarzystwu Przyjaciół Gardzienic na realizację zadania publicznego pn. „Budowa świetlicy kulturalno – oświatowej w miejscowości Gardzienice”, Kolegium RIO nie podziela wyrażonego w nim stanowiska burmistrza. We wniosku pokontrolnym zalecono egzekwowanie od podmiotów, którym udzielono dotacji obowiązku dołączania do umowy wszystkich załączników wymaganych ramowym wzorem umowy - załączniku Nr 2 do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 15 grudnia 2010 r. w sprawie wzoru oferty i ramowego wzoru umowy dotyczących realizacji zadania publicznego oraz wzoru sprawozdania z wykonania tego zadania (Dz. U. z 2011 r. Nr 6, poz. 25), w tym zaktualizowanego kosztorysu realizacji zadania, w przypadku udzielenia dotacji w kwocie niższej od kwoty określonej w ofercie. W opisanej sprawie TPG wskazało w ofercie, że z dotacji będzie finansować koszty w kwocie 561.185,61 zł. W umowie zawartej z Towarzystwem 25.11.2010 r. wskazano, że kwota dotacji będzie stanowiła różnicę między kwotą oferty wykonawcy wybranego w trybie przetargu (na realizację zadania

pn. Budowa świetlicy kulturalno-oświatowej w miejscowości Gardzienice), a otrzymaną kwotą pomocy w ramach PROW (maksymalna kwota dotacji wyniesie 561.185,61 zł). Dotacja została przekazana Towarzystwu 9.12.2011 r. w kwocie 343.000 zł, tj. niższej o 218.185,61 zł od kwoty określonej w ofercie w cz. „Kosztorys ze względu na rodzaj kosztów”, mimo tego Towarzystwo nie przedłożyło do umowy zaktualizowanego kosztorysu realizacji zadania, dostosowanego do innej kwoty dotacji. W złożonych zastrzeżeniach burmistrz wskazuje, że we wzorze umowy - załączniku nr 2 do obowiązującego wówczas rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 grudnia 2005r. - co prawda wskazano, jako załączniki, zaktualizowany harmonogram realizacji zadania (który nie był przedmiotem wniosku pokontrolnego) oraz zaktualizowany kosztorys, niemniej są to elementy fakultatywne, o czym świadczyć ma symbol „\*” i adnotacja „niepotrzebne skreślić”. Burmistrz wskazuje też na brak potrzeby aktualizacji kosztorysu na przestrzeni 15 dni między złożeniem oferty przez podmiot (10.11.2010 r.), a zawarciem z nim umowy (25.11.2010 r.). Należy się zgodzić co do tego, że zaktualizowany kosztorys realizacji zadania jest elementem fakultatywnym umowy, przy czym fakultatywność jego dołączenia do umowy uzależniona jest od kwoty przekazanej dotacji. Nie ma bowiem obowiązku dołączania do umowy kosztorysu zaktualizowanego, jeżeli kwota udzielonej i przekazanej dotacji jest równa kwocie o jaką ubiega się podmiot w złożonej ofercie – nie ulegają wówczas zmianie poszczególne rodzaje kosztów realizacji zadania ujęte w kosztorysie ofertowym. Jeżeli jednak ubiegający się o dotację podmiot otrzymuje niższą kwotę dotacji, niż kwota o którą wnioskował w ofercie, zmianie ulegają też poszczególne rodzaje kosztów, które były w niej wskazane – co jest właśnie przypadkiem uzasadniającym wymóg złożenia zaktualizowanego kosztorysu realizacji zadania (gdzie łączna kwota poszczególnych rodzajów kosztów powinna zostać dostosowana do rzeczywistej kwoty przekazanej dotacji). Sformułowany we wniosku pokontrolnym zarzut nie dotyczył też braku zaktualizowanego kosztorysu na dzień zawarcia umowy, tj. na 25.11.2010 r. (co wynikałoby z zastrzeżeń burmistrza), a niezłączenia go do umowy po przekazaniu Towarzystwu niższej kwoty dotacji, niż kwota o którą wnioskowano w ofercie – a więc po otrzymaniu dotacji (na dzień 9.12.2011 r.). We wniosku pokontrolnym zalecono również wskazywanie w umowie o wsparcie lub powierzenie realizacji zadania publicznego terminu wykorzystania dotacji – nie dłuższego niż do dnia 31 grudnia danego roku budżetowego (a w przypadku zadania realizowanego w okresie wykraczającym poza dany rok budżetowy – do dnia 31 grudnia każdego roku budżetowego, w którym realizowane jest zadanie publiczne), zgodnie z przepisami art. 221 ust. 3 pkt 3 oraz art. 250 pkt 2 ustawy o finansach publicznych, w związku z art. 16 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 1 ramowego wzoru umowy realizacji zadania publicznego stanowiącego załącznik Nr 2 do cytowanego rozporządzenia, mając na uwadze, że dotacje udzielone z budżetu jednostki samorządu terytorialnego w części niewykorzystanej do końca roku budżetowego podlegają zwrotowi do budżetu tej jednostki w terminie do dnia 31 stycznia następnego roku, zgodnie z przepisami art. 251 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, chyba że rada podjęła uchwałę, o której mowa w art. 263 ust. 2 tej ustawy. W złożonych zastrzeżeniach burmistrz nie zgadza się ze stanowiskiem, że „zgodnie z art. 221 ust. 3 pkt 3 ustawy o finansach publicznych umowa powinna określać termin wykorzystania dotacji, nie dłuższy niż do dnia 31 grudnia danego roku budżetowego” twierdząc, że przepis art. 221 ust. 3

ustawy „reguluje elementy przedmiotowo istotne umowy zawieranej w innych sytuacjach prawno – faktycznych”, tj. wskazanych w art. 221 ust. 2 tej ustawy – odnoszących się do umów zawieranych z podmiotami niezaliczanymi do sektora finansów publicznych i nie działającymi w celu osiągnięcia zysku - na realizację innych zadań, niż określone w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Na potwierdzenie swojej tezy burmistrz cytuje przepisy art. 18 i art. 16 (z kolejnymi zmianami) ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz przytacza fragmenty komentarza do art. 221 ustawy o finansach publicznych, które opisują dwa sposoby realizacji zadań publicznych, które jednak (mimo podkreśleń burmistrza) pozostają bez wpływu na sformułowany we wniosku zarzut.

Zdaniem burmistrza, z treści art. 16 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie wynika, że umowa (o wsparcie lub o powierzenie realizacji zadania publicznego w trybie otwartego konkursu ofert), ma być sporządzona jedynie z uwzględnieniem art. 221 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

Zgodzić się należy co do tego, że art. 221 ust. 3 ustawy o finansach publicznych dotyczy umowy zawieranej przez jst z podmiotami niezaliczanymi do sektora finansów publicznych i nie działającymi w celu osiągnięcia zysku na realizację innych zadań, niż określone w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Jednakże wynikający z przepisów art. 16 ust. 1 tej ustawy obowiązek uwzględnienia cytowanego art. 221 ust. 3 przy zawieraniu umowy na realizację zadań publicznych określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie pozostawia wątpliwości – w umowie tej uwzględnić należy całą jego treść. Także pozostałe wskazane we wniosku pokontrolnym przepisy nie dopuszczają możliwości wskazania w zawieranej umowie terminu wykorzystania dotacji dłuższego niż do dnia 31 grudnia danego roku budżetowego.

Z kolei powołany przez burmistrza przepis art. 18 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, który - jego zdaniem - wprowadza dopuszczalność zawierania przedmiotowych umów na okresy przekraczające rok budżetowy, dotyczy terminu sporządzenia sprawozdania z wykonania zadania publicznego (30 dni od dnia zakończenia realizacji zadania publicznego) i dla omawianej kwestii nie mają żadnego znaczenia. Natomiast analizując powołany przez Burmistrza art. 16 ust. 3 tej ustawy (umożliwiający zawarcie umowy o wsparcie lub powierzenie realizacji zadania publicznego na czas realizacji zadania lub na czas określony, nie dłuższy niż 5 lat), należy wskazać na różnicę wynikającą z zastosowania dwóch różnych terminów (które burmistrz niewłaściwie ze sobą utożsamia), tj:

- okres realizacji zadania, który może być dłuższy niż rok,
- termin wykorzystania dotacji, który nie może być dłuższy niż do 31 grudnia danego roku budżetowego.

Potwierdzeniem tego może być orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 17 stycznia 2011 r. (BDF1/4900/118/10/30), w myśl którego „Zasady roczności dotacji nie zmienia art. 16 ust. 3 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, przewidujący możliwość zawarcia umowy o wspieranie lub o powierzenie zadania publicznego na czas realizacji zadania lub na czas określony. Z przepisu tego nie można wyprowadzać wniosku o uchyleniu wspomnianej zasady roczności dotacji, obowiązującej także na gruncie ustawy o finansach publicznych z 2009 r. Z tego

względu, nie można podzielić stanowiska, że skoro wspomniany art. 16 ust. 3 ustawy (...) dopuszcza możliwość zawarcia umowy o wykonanie zadania publicznego na okres przekraczający rok budżetowy, to oznacza to, że także na taki sam okres może być zawarta umowa o dotację.”.

W dalszej części zastrzeżeń burmistrz odnosi się do pozostałych zagadnień zawartych we wniosku 2.4.2. (wydatkowania przez dotowany podmiot w 2012 r. ze środków dotacji 37.877,74 zł), stanowiących konsekwencję zawarcia w umowie nieprawidłowych zapisów dotyczących zasad i terminów wykorzystania i zwrotu środków dotacji. Natomiast „zarzut naruszenia postanowień § 3 ust. 2 przedmiotowej umowy (...)” nie znajduje odzwierciedlenia we wniosku pokontrolnym, poza tym burmistrz potwierdza, kwestionowany przez niego wcześniej, obowiązek składania zaktualizowanych harmonogramów i kosztorysów.

Wobec powyższego zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego zawartego w punkcie 2.4.2. należało oddalić.

W tym stanie faktycznym i prawnym postanowiono jak w sentencji.

Na tę uchwałę nie przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie.

**Otrzymuje:**

Burmistrz Piask