



Uchwała Nr 38/IV/2024

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach

z dnia 15 lutego 2024 r.

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Wójta Gminy Świerklany do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 22 stycznia 2024 r.

Na podstawie art. 25b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1325) **Kolegium** Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach **u c h w a l a**, co następuje:

§ 1

Oddala się zastrzeżenia wniesione przez Wójta Gminy Świerklany pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. do wniosków nr 1, nr 8 i nr 9 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach znak: WK-610/34/4/23/24 z dnia 8 stycznia 2024 r.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach na posiedzeniu w dniu 15 lutego 2024 r. rozpatrzyło zastrzeżenia zgłoszone przez Wójta Gminy Świerklany pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. w zakresie wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach znak: WK-610/34/4/23/24 z dnia 8 stycznia 2024r.

Zastrzeżenia zostały wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1325).

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach zważyło, co następuje:

Wystąpienie pokontrolne, skierowane do Wójta Gminy Świerklany sformułowano w związku z przeprowadzoną kontrolą kompleksową gospodarki finansowej Gminy Świerklany za okres od 1

stycznia 2019 r. do 30 października 2023 r. Ustalenia kontroli zawarto w protokole kontroli podpisanym przez uprawnionych przedstawicieli jednostki samorządu terytorialnego. W wystąpieniu pokontrolnym zawarto 10 wniosków, a wnoszący zastrzeżenia Wójt Gminy Świerklany złożył zastrzeżenia do 3 wniosków, tj. nr 1 oraz nr 8 i nr 9.

Zgodnie z art. 9 ust. 3 zdanie 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżenia do kolegium izby. W myśl art. 9 ust. 4 tejże ustawy zastrzeżenie składa właściwy organ jednostki kontrolowanej w terminie 14 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego za pośrednictwem prezesa izby, a podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. W konsekwencji powyższego, podstawą do zgłoszenia zastrzeżenia do sformułowanego wniosku nie mogą być podnoszone innego rodzaju przesłanki, takie jak: błędna interpretacja przepisów innych niż zawarte we wniosku, zmiana czy uzupełnianie okoliczności stanu faktycznego, polemika z dokonanymi w toku kontroli ustaleniami w zakresie stanu faktycznego. Zadaniem kolegiów regionalnych izb obrachunkowych jest rozpoznanie wyraźnie sformułowanych zarzutów w zakresie błędnej wykładni przepisów prawa zawartych we wnioskach pokontrolnych lub jego niewłaściwego zastosowania. Przypadek błędnej wykładni prawa polega na mylnym rozumieniu treści lub znaczenia przepisu prawnego, zaś niewłaściwe zastosowanie normy prawnej polegać może na wadliwym wyborze normy prawnej lub błędnym identyfikowaniu ustalonego stanu faktycznego z określonym przepisem prawa i tym samym nieadekwatnym określeniu skutków prawnych wynikających z tego przepisu.

Reasumując, zastrzeżenia muszą wskazywać naruszenie prawa poprzez błędną wykładnię lub niewłaściwe jego zastosowanie we wnioskach pokontrolnych, które stanowią istotę wystąpienia pokontrolnego.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach, mając powyższe na uwadze, rozpatrzyło szczegółowo wniesione zastrzeżenia i stwierdziło, co następuje:

1. Wniosek nr 1 jest następującej treści:

„Wzmocnić nadzór nad pracownikami Urzędu Gminy Świerklany dokonującymi czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o zamówienie publiczne w zakresie:

- wzywania do złożenia, uzupełnienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.),

- weryfikowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców polegających na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, stosownie do art. 118 ust. 1 i 2 ww. ustawy,

mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1270 z późn. zm.).”

Sformułowany wniosek jest konsekwencją ustaleń poczynionych podczas kontroli, z których wynika, iż przeprowadzając w 2020 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zagospodarowanie terenu rekreacyjnego przy ul. Stokrotkowej w Świerklanach” o wartości szacunkowej 569.221,54 zł, w Urzędzie Gminy Świerklany nieprawidłowo zweryfikowano ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający (Gmina Świerklany) w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) ustalił, że za minimalny poziom zdolności uzna, jeżeli wykonawca wykaże iż wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie:

1/ co najmniej 2 zadania polegające na budowie, przebudowie lub odbudowie placu zabaw lub innego terenu wyposażonego w urządzenia zabawowe, przy czym wartość tej budowy, przebudowy lub odbudowy nie może wynosić mniej niż 200.000,00 zł brutto każde zadanie,

2/ oraz co najmniej 2 zadania polegające na budowie, przebudowie lub odbudowie kortu tenisowego o nawierzchni ze sztucznej trawy lub innego obiektu sportowego o nawierzchni ze sztucznej trawy, przy czym wartość tej budowy, przebudowy lub odbudowy nie może wynosić mniej niż 100.000,00 zł brutto każde zadanie.

Zamawiający zapisał również, że w przypadku zadań referencyjnych wykonanych przez konsorcjum firm, warunek zdolności zawodowej spełnia wyłącznie ten członek tegoż konsorcjum, który zrealizował w przeszłości wymagany zakres robót, co dalej uściślono w ten sposób, iż oznaczało to, że wykonawca nie mógł polegać do celów wymaganego doświadczenia na realizacji świadczeń przez innych członków konsorcjum, w których realizacji on sam faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

Składając w kontrolowanym zamówieniu ofertę, wykonawca (podmioty ubiegające się wspólnie w ramach konsorcjum), w ramach pierwszego z wymaganych w warunku asortymentu robót powołał się na potencjał podmiotu trzeciego, który wprawdzie wykazał doświadczenie w wykonaniu referencyjnych robót, jednak z treści szczegółowych dokumentów wynikało, iż podmiot ten w ramach nabytego doświadczenia wykonał jedynie prace polegające na dostawie i montażu urządzeń placu zabaw, a zatem wykonał część prac, do realizacji których zdolności podmiotu trzeciego były wymagane.

W ramach drugiego asortymentu wymaganych w warunku robót, wykonawca powołał się na doświadczenie nabyte przez jednego z członków konsorcjum, w wykonaniu zadania wcześniej również realizowanego w ramach konsorcjum. Z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynikało natomiast jaki był zakres robót realizowany przez poszczególnych członków tegoż konsorcjum, a tym samym w jakim zakresie doświadczenie nabył podmiot występujący jako członek konsorcjum ubiegającego się o kontrolowane zamówienie, oraz czy to doświadczenie jest wystarczające do wykazania spełnienia opisanego przez zamawiającego warunku.

Wobec dokonanych ustaleń inspektorzy kontroli ocenili, iż uznanie przez zamawiającego (Gminę Świerklany), że wykonawca udowodnił spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego pomimo faktu, że podmiot ten wykazał wykonanie jedynie części robót, do realizacji których jego zdolności były wymagane, naruszało art. 22a ust. 2 i ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r, poz. 1843 z późn. zm.). Ponadto zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów czy też udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu robót referencyjnych wykazanych przez wykonawcę (członka konsorcjum) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a realizowanych w ramach konsorcjum naruszało art. 26 ust. 3 i ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy.

W złożonym piśmie w sprawie zastrzeżeń, Wójt Gminy Świerklany wskazał, że (cyt.)

„a) składa zastrzeżenia, nie podzielając zasadności uwag o konieczności wzmocnienia nadzoru nad pracownikiem zajmującym się postępowaniami przetargowymi.

b) formułuje zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 19 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz art. 118 tej ustawy w zw. z art. 68 i 69 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2022 r. o finansach publicznych, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie.”

Analizując złożone zastrzeżenia, Kolegium Izby ocenia, że Wójt Gminy Świerklany de facto składa dodatkowe wyjaśnienia do poczynionych przez inspektorów ustaleń (w szczególności dotyczących przedstawienia oświadczenia przez firmę MIZAR Sp. z o.o.) w części dotyczącej doświadczenia dotyczącego budowy, przebudowy lub odbudowy kortu tenisowego o nawierzchni ze sztucznej trawy. Składający zastrzeżenie wyjaśnia bowiem, że w poz. 3 „Wykazu robót budowlanych” (załącznik nr 7 do SIWZ) wykonawca wskazał inwestycję o wartości 478.839 zł, która wg poświadczenia z dnia 8 października 2018 r. Zakładu Poprawczego w Witkowie została wykonana przez konsorcjum firm, w skład którego wchodziła MIZAR Sp. z o.o.

Odnosząc się do zapisów SIWZ oraz powołując się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (z 29 stycznia 2014 r. sygn. Akt KIO 60/14) dotyczące możliwości łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, składający zastrzeżenia wskazuje, że zakres prac ani kwota, za którą MIZAR Sp. z o.o. wykonał zamówienie (wskazane w doświadczeniu) nie budziło wątpliwości i uznano je jako bezsporne.

Dalej składający zastrzeżenia Wójt Gminy Świerklany podnosi, w zakresie doświadczenia dotyczącego placu zabaw, iż (cyt.) *„Sprawą kluczową określonego przez Zamawiającego warunku udziału była w ramach budowy, przebudowy lub odbudowy placu zabaw dostawa wraz z montażem urządzeń zabawowych, czego Zamawiający dał wyraz w treści warunku. Jako że pojęcie budowy/przebudowy/odbudowy placu zabaw jest szerokie i wynika z różnych potrzeb inwestorów, Zamawiający nie wymagał od Wykonawców, aby ci posiadali doświadczenie w wykonaniu np. nawierzchni z kostki brukowej, drenażu, ogrodzenia czy dostawy piasku, chociaż w zakresie przewidzianym do wykonania w ramach inwestycji jak w nagłówku prace te przewidziane były do wykonania. Dokumentacja projektowa przewidywała w ramach placu zabaw ww. prace do wykonania:*

- 1) nawierzchnie utwardzone
- 2) strefy piaszczyste
- 3) obrzeża, palisady
- 4) strefy trawiaste
- 5) drenaż – roboty ziemne
- 6) drenaż – roboty montażowe
- 7) ogrodzenie
- 8) **wyposażenie**
- 9) tereny zielone i roboty dodatkowe.

Nie było celem Zamawiającego, aby w ramach nabytego doświadczenia Wykonawcy w ramach budowy/przebudowy/odbudowy placu zabaw legitymowali się wszystkim ww. pracami, które wchodziły w zakres zamówienia, co Zamawiający podkreślił w warunku udziału (...budowie, przebudowie lub odbudowie placu zabaw lub innego terenu **wyposażonego w urządzenia zabawowe**). W taki sposób wyrażony warunek udziału w postępowaniu dawał jak najszerszy dostęp do złożenia oferty również tym Wykonawcom, którzy wykonali prace polegające **tylko na dostawie i montażu urządzeń placu zabaw** w ramach jego odbudowy bądź przebudowy.”

Składający zastrzeżenia podnosi dalej, powołując się na powyższe, iż uznał zakres prac do wykonania przez podmiot udostępniający zasoby (FENSTER Sp. z o.o.) jako spełniający warunek udziału w postępowaniu i jednocześnie kluczowy do wykonania zamówienia.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej rozpatrując złożone zastrzeżenie zważyło, co następuje:

Jak wynika z treści zastrzeżeń Wójt Gminy Świerklany kwestionuje wskazane we wniosku nr 1 wzmocnienie nadzoru nad pracownikami wykonującymi określone czynności w zakresie prowadzonych postępowań dotyczących zamówień publicznych. Kolegium zwraca uwagę, że wniosek o takim charakterze jest wnioskiem przyszłościowym, mającym na celu usprawnienie działalności gminy Świerklany w opisanym we wniosku zakresie i uniknięcie w przyszłości ewentualnych nieprawidłowości w tym zakresie. Nadmienić także należy, iż we wniosku przywołano przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), tj. ustawy obowiązującej obecnie, a nie ustawy pod rządami której przeprowadzane było kontrolowane zamówienie czyli ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r, poz. 1843 z późn. zm.).

W ocenie Kolegium Izby zastrzeżenia do wniosku nr 1 stanowią powtórzenie wyjaśnień składanych w trakcie kontroli i polemikę z ustaleniami kontrolujących w zakresie stwierdzonych nieprawidłowości, bowiem skupiają się na dodatkowych wyjaśnieniach powodów dlaczego nie wezwano do uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień na potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, szczególnie w zakresie weryfikowania spełniania warunku polegającego na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów trzecich. Kolegium Izby stwierdza, że ustalenia poczynione przez inspektorów kontroli, zawarte zostały w protokole kontroli podpisanym w dniu 10 listopada 2023 roku przez wnoszącego zastrzeżenia

Wójta Gminy Świerklany. Podpisując protokół kontroli Wójt Gminy Świerklany zgodził się z ustaleniami tam opisanymi. Na etapie składania zastrzeżeń nie jest możliwe udzielanie dodatkowych wyjaśnień czy podważanie ustaleń.

Ponadto Kolegium zauważa, iż składający zastrzeżenia Wójt Gminy Świerklany, przytacza wyrok KIO 60/14 z 29.01.2014 r., wydany w innym stanie prawnym niż obowiązywał w dniu udzielania kontrolowanego zamówienia, stąd teza tego wyroku była już w 2020 r. częściowo nieaktualna, zmianie bowiem uległa treść art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Oczywistym jest natomiast zacytowana w zastrzeżeniach część ww. wyroku, dotycząca istoty konsorcjum. W nieprawidłowości nie chodziło jednak o to czy można, czy też nie można kumulować potencjału poszczególnych konsorcjantów, bowiem możliwość łączenia potencjału jest bezdyskusyjna. W nieprawidłowości chodziło natomiast o to, że zamawiający nie miał wiedzy, czy dany konsorcjant ma wymagany potencjał doświadczenia, i czy faktycznie nabył go w ramach wykonywanych wcześniej robót, również w ramach konsorcjum. Zamawiający przyjął bowiem, że skoro dany wykonawca uczestniczył w realizacji zadania jako konsorcjant to niejako z automatu nabył doświadczenie w zakresie całości przedsięwzięcia, niezależnie od tego jaki zakres robót zrealizował. Z żadnego posiadanego dokumentu (ani z wykazu robót ani z referencji) nie wynikało natomiast, czy firma ta uczestniczyła w całym procesie inwestycyjnym czy też jej udział sprowadzał się do pewnej części robót (realizacji jakiegoś wycinka, jakiejś określonej branży). Z faktu, że dany konsorcjant zapewnia wykonanie jakiejś części robót branżowych (np. elektrycznych) nie wynika nabycie doświadczenia w wykonywaniu wszelkich robót budowlanych (np. ogólnobudowlanych, konstrukcyjnych czy wszelkich instalacyjnych). Sam zamawiający podkreślił to w SIWZ poprzez zapis zawarty w pkt 5.2.3 (cyt.) *„wykonawca nie może polegać do celów wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków konsorcjum, w których realizacji on sam faktycznie i konkretnie nie brał udziału”*.

Zamawiający nie skorzystał z możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień (przedłożenia odpowiednich dokumentów) na potwierdzenie faktu rzeczywistego nabycia wymaganego doświadczenia, do czego był zobowiązany celem prawidłowego zbadania ofert. Na marginesie dodać należy, że praktyka zwracania się o udzielenie wyjaśnień w przypadku wykonywania robót referencyjnych w ramach konsorcjum, była powszechna wśród zamawiających. Jak wynika z powyższego, poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 obowiązującej wówczas ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Przepisom tym odpowiadają obecnie, powołane we wniosku przepisy art. 128 ust. 1 i ust. 4 aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Dodać należy także, że przywołanie przez składającego zastrzeżenia Wójta Gminy Świerklany wyroku KIO z 28 marca 2023 r. (KIO 697/23) jest nieporozumieniem. Wyrok ten wydano w innym stanie prawnym i faktycznym. Wydany bowiem został już w czasie obowiązywania nowej, aktualnej, ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. ustawy z 11 września 2019 r. W wyroku tym analizowano m.in. ewentualne naruszenie przepisów art. 117 ust. 4 tej nowej właśnie ustawy. Zgodnie z tym

przepisem wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W tym przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. To m.in. w zakresie tego oświadczenia KIO wydało wyrok. Oświadczenie takie nie było przewidziane na podstawie wcześniej obowiązującej ustawy z 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, której rygory obowiązywały przy realizacji kontrolowanego zamówienia. Zatem trudno takie orzeczenie KIO i cytowane jego części odnosić do stanu prawnego obowiązującego w dniu udzielania kontrolowanego zamówienia publicznego, kiedy obowiązywały inne przepisy (nawet jeśli ustawa nosiła taką samą nazwę).

Reasumując, z powyższego wynika, że zamawiający, Gmina Świerklany, pomimo faktu, że nie posiadano wiedzy jakie konkretnie doświadczenie nabył jeden z konsorcjantów przyjęło, że jest ono właściwe i nie zwrócono się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, tym samym wystąpiła stwierdzona w toku kontroli nieprawidłowość, co słusznie znalazło wyraz w wystąpieniu pokontrolnym.

Oceniając wniesione zastrzeżenie do wniosku nr 1 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach stwierdza, że nie zasługuje ono na uwzględnienie. Przypomina się, że przedmiotem zastrzeżeń, jakie może wnieść jednostka kontrolowana na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych może być wyłącznie treść wniosku zawartego w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa RIO. Ustawa nie daje podstaw prawnych do wnoszenia zastrzeżeń do treści nieprawidłowości ujętej w wystąpieniu pokontrolnym.

Ocena przez składającego zastrzeżenie, iż nie podziela zasadności uwag o konieczności wzmocnienia nadzoru nad pracownikiem zajmującym się postępowaniami przetargowymi, jest o tyle zastanawiająca, że w zastrzeżeniach nie odniesiono się, do faktów potwierdzających iż ten nadzór działał właściwie, jak wyglądał, jakie czynności z tego nadzoru były realizowane, przez kogo i dlaczego nie jest potrzebna analiza występującego ryzyka i działania wzmacniające niwelowanie tego ryzyka.

Treść wniosku nr 1 jest dla Wójta Gminy Świerklany jako kierownika jednostki podstawą do zweryfikowania funkcjonowania jednostki w obszarze zamówień publicznych, bowiem ewentualne konsekwencje z nieeliminowania stwierdzonych zagrożeń mogą być w przyszłości podstawą do stwierdzania kolejnych nieprawidłowości. Podkreślić należy, że zgodnie z przywołanymi we wniosku przepisami art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych za gospodarkę finansową jednostki odpowiada jej kierownik, który dodatkowo jest także kierownikiem zamawiającego – czyli odpowiada za właściwe przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówień, a zatem staje się on tym samym odpowiedzialny za ewentualne naruszenia – personalnie lub z tytułu nadzoru.

Treść wniosku jako przyszłościowa zmierza do tego, aby przy kolejnej kontroli kompleksowej (kiedy realizacja wniosków i zaleceń będzie podlegała weryfikacji) można było stwierdzić, iż

w kontrolowanym obszarze zamówień publicznych nie dochodziło do takich działań, które skutkowałyby wątpliwościami co do poprawnego działania.

Kolegium stwierdza ponadto, że poprzez wniosek nie narzucono Wójtowi Gminy Świerklany w jaki sposób ma zapewnić funkcjonowanie tego nadzoru w ramach kontroli zarządczej, za którą jest odpowiedzialny. Kolegium przypomina jedynie, że kierownik każdej jednostki ma, zgodnie z obowiązkiem ustawowym, zapewnić funkcjonowanie kontroli zarządczej (odpowiada za zapewnienie adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej). Kluczowe znaczenie ma pojęcie adekwatnej – to znaczy odpowiedniej dla konkretnej jednostki. To kierownik jednostki wewnętrznymi regulacjami precyzuje realizację obowiązków ustawowych i niweluje ewentualne zagrożenia.

Z przedstawionych powodów złożone zastrzeżenia do wniosku nr 1 Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach postanowiło oddalić.

2. Wnioski nr 8 i nr 9 są następującej treści:

„Wniosek nr 8

Ponownie rozliczyć dotację udzieloną na podstawie umowy nr 0323-1-00024/22 z dnia 24 marca 2022 r., a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowego wykorzystania środków finansowych, wyegzekwować ich zwrot do budżetu, mając na uwadze postanowienia zawartej umowy oraz art. 16 ust. 1 i art. 17 pkt 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2023 r. poz. 571 z późn. zm.) oraz art. 251 ust. 4 i art. 252 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1270 z późn. zm.).

Wniosek nr 9

Wzmocnić nadzór nad pracownikami Urzędu Gminy Świerklany w zakresie dokonywania weryfikacji ofert o udzielenie dotacji oraz sprawozdań z wykonania zadania publicznego, a także dokumentów stanowiących podstawę rozliczenia realizacji zadań publicznych przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych, stosownie do postanowień zawieranych umów i ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2023 r., poz. 571), mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1270 z późn. zm.).”

Sformułowane wnioski były konsekwencją ustaleń poczynionych podczas kontroli, z których wynika, że w 2022 r. udzielono z budżetu Gminy Świerklany oraz rozliczono dotację z naruszeniem art. 221 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm) oraz art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2020 r., poz. 1057 z późn. zm.).

Dotyczyło to dotacji udzielonej Parafii Rzymsko-Katolickiej pw. Św. Anny z siedzibą w Świerklanach, na zadanie publiczne pn. „Kolonie wypoczynkowo profilaktyczne” w wysokości 57.000,00 zł i polegało na przyjęciu jako prawidłowej oferty, która pomiędzy częścią opisową a częścią kosztorysową była wewnętrznie niespójna, co dotyczyło wskazania 35 uczestników w części

opisowej, a jednocześnie oszacowaniu w kalkulacji przewidywanych kosztów pobytu, kosztu pobytu dla 40 uczestników. Ponadto, w ofercie nie określono czy w skład 40 uczestników wliczono również kadrę oraz nie wskazano ilości dzieci z Ukrainy, które zleceniobiorca zamierzał również zabrać na organizowane kolonie, ani nie wskazano źródła finansowania ich pobytu. Wniosek pozytywnie zaopiniował Zespół ds. oceny wniosków z zakresu pożytku publicznego w Gminie Świerklany.

Umowę nr 0323-1-00024/22 w sprawie udzielenia dotacji celowej, w kwocie 57.000,00 zł, na zadanie publiczne pn. „Kolonie wypoczynkowo profilaktyczne” zawarto w dniu 25 marca 2022r. z Parafią Rzymsko-Katolicką pw. Św. Anny z siedzibą w Świerklanach.

Gmina Świerklany po złożeniu przez Rzymsko-Katolicką Parafię pw. Św. Anny w Świerklanach sprawozdania z wykonania zadania publicznego uznała dotację za rozliczoną prawidłowo.

Po analizie tegoż sprawozdania oraz dokumentów dotyczących rozliczenia kontrolerzy ustalili, iż występują rozbieżności co do faktycznej liczby uczestników kolonii oraz ilości opiekunów, bowiem:

- ze sprawozdania merytorycznego wynikała informacja, że w koloniach uczestniczyło 35 uczestników (dzieci zakwalifikowanych) oraz dodatkowo uczestniczyło 4 dzieci z Ukrainy, których koszty uczestnictwa pokryła Parafia,
- w załączonym do sprawozdania wykazie opiekunów wykonujących pracę nieodpłatną wykazano 9 osób natomiast oświadczenia jako kadra główna i kadra wspomagająca o wykonywaniu pracy społecznej złożyło łącznie 11 osób, w tym 1 osoba nie wymieniona w wykazie opiekunów stanowiącym załącznik do sprawozdania Parafii.

Faktycznie rozliczono koszty pobytu 40 uczestników, co potwierdzają załączone do sprawozdania faktury, a z przedłożonego wykazu dzieci uczestniczących w koloniach (będącego także załącznikiem do sprawozdania) wynikało, że z dotacji poniesiono koszty pobytu 35 uczestników, czyli tylu, ilu wymieniono w części merytorycznej (opisowej) sprawozdania.

W złożonym piśmie w sprawie zastrzeżeń, Wójt Gminy Świerklany wskazał, że (cyt.):

„ a) nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 221 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz art. 16 ustawy z dnia 23 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego oraz wolontariacie, w tym zakresie

b) formułuje zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 221 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz art. 16 ustawy z dnia 23 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego oraz wolontariacie, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie.”

Dalej składający zastrzeżenia przytacza, w Jego ocenie, istotne elementy stanu faktycznego, (zarówno fazy planistycznej oraz jak należy przypuszczać z treści pisma także stanu ze złożonej oferty), a następnie formułuje wnioski wskazując, że oferent zgłosił 35 uczestników oraz niezależnie kadrę wychowawców (bez uszczegóławiania ilościowego) jako członków objętych realizacją zadania, założono osiągnięcie efektów profilaktyczno-terapeutycznych przyjmując, że dotacja będzie źródłem finansowania pobytu 35 uczestników (dzieci) oraz 5 członków kadry wychowawczej. Wskazuje, że oferta Parafii dotyczyła ściśle 35 dzieci. Pozostałe 5 osób z 40 uczestników wyjazdu

stanowiła kadra, bez udziału której kolonie nie mogłyby się odbyć. Kadre stanowiły osoby przewidziane w ofercie, tj. koordynator kolonii, kierownik kolonii, 2 wychowawców kolonijnych oraz higienistka. Dalej wskazuje, iż pozostałymi członkami kadry ujętymi w ofercie, których pobyt płatny był poza projektem, byli: proboszcz parafii oraz tłumaczka języka ukraińskiego (ze względu na obecność dzieci z Ukrainy, których pobyt był płatny poza projektem).

Wójt Gminy Świerklany podnosi także kolejne elementy stanu faktycznego, stwierdzając, że w sprawozdaniu beneficjent wykazał osiągnięty efekt, tj. bezpieczny pobyt 35 uczestników, będących pod opieką doświadczonej kadry wychowawców oraz dodatkowo pobyt także 4 dzieci ukraińskich.

Konkludując swoje zastrzeżenia do tych wniosków Wójt Gminy Świerklany wskazuje, iż po pierwsze cyt. *„(...) nie można mówić o naruszeniu art. 221 ust. 1 i 2 ustawy o finansach publicznych oraz art. 16 ust. 1 o działalności pożytku publicznego, gdyż zadanie zostało zrealizowane zgodnie z umową i złożoną ofertą (m. in. sfinansowanie z dotacji pobytu 40 osób), wypełniając wszystkie wymienione w ogłoszeniu o konkursie elementy obowiązkowe dla zadania „Organizacja letniego wypoczynku dla dzieci”.*

Po drugie Wójt Gminy Świerklany wskazuje także na cyt. *„(...)wystąpienie Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego - pismo z dnia 21.01.2021 r., w którym zwrócono uwagę na wykorzystywania możliwości zawartych w art. 15zzzzzb ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 1842 ze zm.), dotyczących m.in. wyrażania zgody na zmiany dotyczące sposobów realizacji zadania zleconego w zakresie zmian kadry, harmonogramu i kosztorysu, a także zmniejszenia wymogów dotyczących rezultatów (par. 1 pkt. 3 ppkt. b) oraz kwalifikowanie kosztów stałych zadań publicznych, w tym kosztów personelu, które muszą być ponoszone pomimo braku uczestników projektów (par. 1 pkt. 3 ppkt. c) Uchwały nr 146 Rady Działalności Pożytku Publicznego z dnia 18.12.2020 r. w sprawie wsparcia organizacji obywatelskich przez samorządy w związku z przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19.”*

W końcowej części pisma Wójt Gminy Świerklany, niezależnie od wcześniejszych argumentów, wskazuje że dotacja została udzielona w okresie pandemicznym, a z mocy art. 15zzzzzc ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych przesądzono depenalizację dla deliktów dyscyplinarnych, polegających na zaniechaniu nieustalenia lub niedochodzenia od organizacji pozarządowej zwrotu dotacji. W ocenie składającego zastrzeżenia cyt. *„Jest to także argument o charakterze prakseologicznym, przemawiający przeciwko ponownemu rozliczaniu i ustalaniu, a następnie dochodzeniu zwrotu dotacji.”*

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej rozpatrując złożone zastrzeżenie zważyło, co następuje:

Jak wynika z treści zastrzeżeń Wójt Gminy Świerklany kwestionuje wskazaną we wniosku konieczność ponownego rozliczenia dotacji udzielonej na podstawie umowy nr 0323-1-00024/22 z dnia 24 marca 2022 r. zawartej pomiędzy Gminą Świerklany a Rzymsko-Katolicką Parafią pw. Św. Anny w Świerklanach, oraz kwestionuje potrzebę wzmocnienia nadzoru nad pracownikami wykonującymi czynności w zakresie weryfikacji ofert o udzielenie dotacji oraz sprawozdań z wykonania zadania publicznego, a także dokumentów stanowiących podstawę rozliczenia realizacji zadań publicznych przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych.

Kolegium Izby nie podzieliło argumentów zawartych w zastrzeżeniach do wniosków pokontrolnych nr 8 i nr 9 i uznało, że nie zasługują one na uwzględnienie. Kolegium uznało za słuszne stanowisko kontrolujących w zakresie odnoszącym się do stwierdzonej nieprawidłowości.

Ustalenia dotyczące wzajemnej sprzeczności danych zawartych zarówno w ofercie jak i w sprawozdaniu będącym podstawą uznania dotacji za rozliczoną prawidłowo są w ocenie Kolegium Izby bezsporne i wynikają wprost z dokumentów.

Przyjęto bowiem jako prawidłową ofertę, która była wewnętrznie niespójna, bowiem w części opisowej (III.3 oferty) wskazano (cyt.) „*Nasza oferta jest skierowana do 35 dzieci i młodzieży (...)*” a w części kosztorysowej (V.A.I oferty) wyliczono koszty realizacji dla działania 1. Pobyt-noclegi i jedzenie, na cały okres tj. 10 osobodni, koszt I (dotacja) jako iloczyn kosztu jednostkowego 1.300 zł x 40 (liczba jednostek) co dało wartość 52.000 zł. Czyli w opisie przyjęto 35 dzieci a w kosztorysie 40 (nie wiadomo czy dzieci, czy uwzględniono też innych uczestników – tego bowiem nie wyjaśniono).

Zawarta umowa nie precyzowała ilości uczestników kolonii, a jedynie w §2 ust. 3 zamieszczono zapis o zobowiązaniu zleceniobiorcy do wykonania zadania publicznego zgodnie z ofertą. Z uwagi na wskazane wątpliwości już w samej ofercie należało je wyjaśnić przed zawarciem umowy.

W dniu 21 lipca 2022 r. wpłynęło do Urzędu Gminy Świerklany sprawozdanie końcowe z realizacji ww. zadania publicznego, gdzie w części I-Sprawozdanie merytoryczne, pkt 1 „Opis osiągniętych rezultatów wraz z liczbowym określeniem skali działań zrealizowanych w ramach zadania” zapisano, że zamierzony cel główny osiągnięto - pobyt 35 uczestników i dodatkowo 4 dzieci z Ukrainy. W pkt 2 tej części I – „Szczegółowy opis wykonana poszczególnych działań” wyjaśniono, że głównym celem była realizacja pobytu 35 uczestników na wypoczynku, ponadto w koloniach uczestniczyło 4 dzieci z Ukrainy i opiekunka posługująca się językiem ukraińskim. Dalej zapisano, iż (cyt.) „*Koszt pobytu wszystkich osób z Ukrainy poniosła nasza parafia i nie jest udokumentowany (...)*”.

Równocześnie jednak z załączonych do sprawozdania faktur i rachunków wynika, że ze środków dotacji poniesiono koszty dla 40 osób. Np. faktura Nr 1/06/2022 na kwotę 52.000 zł za zakwaterowanie i wyżywienie grupy w ilości 40 osób posiada opis, że (cyt.) „*Faktura potwierdza wydatek poniesiony przy realizacji zadania: wypoczynek letni- kolonie wypoczynkowo – profilaktyczne w dniach 27.06. do 06.07.2022 w Żabnicy, zorganizowany przez parafię św. Anny w Świerklanach. Kwota 52 000,00 zł została pokryta z dotacji Gminy Świerklany. Wypoczynek był*

dotowany przez Gminę Świerklany na podstawie umowy 0323-1-00024/22 z dnia 25 marca 2022 roku”. Podobnie kilka kolejnych wydatków opiewających na ilość 40 (szt.), np. pokazy naukowe (faktura Nr 33/2022/U) czy usługa rekreacyjna (faktura 140/06/2022) zawierają zapis o pokryciu w całości z dotacji, a inne np. faktura 47/2022 za zwiedzanie Muzeum Stara Chałupa w Milówce również za szt. 40, jak wynika z opisu, w części została poniesiona z dotacji a w części ze środków parafii nie związanych z ofertą.

Wątpliwości dotyczą także ilości kadry opiekunów, bowiem w ofercie nie określono czy i dla ilu opiekunów pobyt będzie finansowany z dotacji. Do sprawozdania dołączono wykaz opiekunów z ilością 9 osób, z czego przy 2 osobach widnieje odręcznie zapisana informacja *”poza projektem”*, natomiast oświadczenia jako kadra główna i kadra wspomagająca złożyło łącznie 11 osób. Z oświadczeń wynika, że wykonywana praca miała charakter nieodpłatny. Nie wyjaśniono tych różnic, nie wyjaśniono też czy koszty pobytu opiekunów były wliczone, czy nie, do rozliczenia.

Wobec takich ustaleń faktycznych jak najbardziej zasadny jest wniosek nr 8 o ponownym rozliczeniu udzielonej dotacji. Zasadność tego wniosku wynika z konieczności ustalenia prawidłowego stanu faktycznego będącego podstawą do uznania czy dotacja została prawidłowo wykorzystana.

Stanowisko składającego zastrzeżenia Wójta Gminy Świerklany, że nie zgadza się ze wskazanym naruszeniem art. 221 ust. 1 i 2 ustawy o finansach publicznych oraz art. 16 ustawy o działalności pożytku publicznego w ocenie Kolegium Izby nie znajduje uzasadnienia.

Przywołany art. 221 ust. 1 ustawy o finansach publicznych stanowi, że podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i niedziałające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje celowe na cele publiczne, związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań. Natomiast ust. 2 tegoż art. 221 wskazuje, że zlecenie zadania i udzielenie dotacji następuje zgodnie z przepisami ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, a jeżeli dotyczy ono innych zadań niż określone w tej ustawie na podstawie umowy jednostki samorządu terytorialnego z podmiotem, o którym mowa w ust. 1.

Natomiast art. 16 ust. 1 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie stanowi, że organizacje pozarządowe lub podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 (tj. osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności pożytku publicznego) przyjmując zlecenie realizacji zadania publicznego zobowiązują się do wykonania zadania publicznego w zakresie i na zasadach określonych w umowie odpowiednio o wsparcie realizacji zadania publicznego lub o powierzenie realizacji zadania publicznego a organ administracji publicznej zobowiązuje się do przekazania dotacji na realizację zadania. Z ust. 2 tegoż art. 16 wynika, że umowa wymaga formy pisemnej, w ust. 3 jest nakaz określenia terminu obowiązywania umowy, a w ust. 4 ustawodawca wskazuje, że zadanie nie może być realizowane

przez podmiot niebędący stroną umowy, chyba że umowa ta zezwala na wykonanie określonej części zadania przez taki podmiot i w ust. 5, że wykonujący zadanie jest zobowiązany do wyodrębnienia w ewidencji księgowej środków otrzymanych na realizację umowy. Zapis ust. 6 tego art. 16 nie ma żadnego związku z rozpatrywanymi zastrzeżeniami bowiem dotyczy realizacji zadania przez więcej niż jeden podmiot.

Analizując przytoczone powyżej przepisy Kolegium Izby nie dopatruje się ani poprzez ustalenia faktyczne kontrolujących ani poprzez treść wniosku ich naruszenia. Formułowany przez składającego zastrzeżenia Wójta Gminy Świerklany zarzut naruszenia tych przepisów nie został w żadnej mierze udowodniony. Cały wywód w zastrzeżeniach dotyczy tak naprawdę powtórzenia wyjaśnień składanych na etapie kontroli, co ma również odzwierciedlenie w protokole kontroli.

Nowy argument podniesiony w zastrzeżeniach zawierający odniesienie do pisma Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego, cytowany wcześniej, w ocenie Kolegium również nie ma odniesienia do analizowanej sytuacji. Przedmiotem wniosku nie jest bowiem kwestionowanie dokonanych w trakcie realizacji zadania zmian sposobu realizacji zadania poprzez zmianę kadry, harmonogramu czy kosztorysu, a nawet kwalifikowania kosztów po uzyskaniu zgody na taką zmianę, ale rozbieżności w przedłożonej dokumentacji będącej podstawą do rozliczenia dotacji, a wcześniej w złożonej ofercie.

Wniosek nr 8 wyraźnie nakazuje ponownie rozliczyć dotację ze względu na wewnętrzne sprzeczności w dokumentach, a nie z innych powodów. Dopiero po ponownym rozliczeniu, gdyby stwierdzono nieprawidłowe wykorzystanie środków finansowych, wskazano na potrzebę wyegzekwowania ich zwrot do budżetu, mając na uwadze postanowienia zawartej umowy.

Nadmienić w tym momencie należy, iż zapis §7 ust.1 umowy nr 0323-1-00024/22 zobowiązuje zleceniodawcę (Gminę Świerklany) do sprawowania kontroli prawidłowości wykonywania zadania publicznego, w tym wydatkowania przekazanej dotacji oraz środków własnych zleceniobiorcy (Parafii) w wysokości 4.000 zł i wkładu osobowego o wartości 13.500 zł. Jak dalej zapisano kontrola może być przeprowadzona w toku realizacji zadania publicznego oraz po jego zakończeniu do czasu ustania zobowiązania, o którym mowa w §5 ust. 2 umowy, czyli przez okres 5 lat licząc od początku roku następującego po roku, w którym zleceniobiorca realizował zadanie. Wobec takiego zapisu, nie upłynął jeszcze ten okres i gmina Świerklany ma podstawę do ponownej kontroli prawidłowości wydatkowania środków z dotacji w ramach zrealizowanego zadania.

Natomiast wniosek nr 9 wskazujący na konieczność wzmocnienia nadzoru nad pracownikami Urzędu Gminy Świerklany w zakresie dokonywania weryfikacji ofert o udzielenie dotacji oraz sprawozdań z wykonania zadania publicznego, a także dokumentów stanowiących podstawę rozliczenia realizacji zadań publicznych przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych jest, jak argumentowano to wcześniej przy zastrzeżeniach do wniosku nr 1 wnioskiem przyszłościowym, mającym na celu eliminowanie ewentualnych przyszłych nieprawidłowości. Z tego względu trudno przyjąć, że nie ma uzasadnienia w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości

będących podstawą sformułowania wniosku nr 8. Argumentacja dotycząca prawidłowości sformułowania takiego wniosku jest dla Kolegium Izby tożsama z przytoczoną wcześniej, w zakresie obowiązków kierownika jednostki. Z tego względu Kolegium uznało, że nie wymaga ponownego powtarzania.

Mając na uwadze dokonane ustalenia, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach postanowiło jak w § 1 uchwały.

Przedmiotem rozważań Kolegium Izby nie podlegała, podniesiona w końcowej części pisma Wójta Gminy Świerklany, kwestia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ewentualna odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie była bowiem przedmiotem wystąpienia pokontrolnego.

Ponadto Kolegium nie posiada uprawnień do oceny wskazanych w wystąpieniu pokontrolnym nieprawidłowości pod tym kątem. Uprawnienie takie przysługuje wyłącznie właściwym organom, które wprost zostały wskazane w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 104).

Przewodniczący Kolegium

Daniel Kołodziej