TYCHY

Prezydent Miasta Tychy
[redacted]

URZĄD MIASTA TYCHY
al. Niepodległości 49; 43-100 Tychy
tel.: 32 776 33 33; fax: 32 776 33 44
www.umtychy.pl; poczta@umtychy.pl

Tychy, dnia 27 marca 2013 r.

DUK.1710.1.2013

URZĄD MIASTA TYCHY
Wydział [illegible]
Wp. 2013 -04- 02
[illegible]

Prezes
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Katowicach

Działając na podstawie art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych. (Dz. U. z 2001 Nr 55 poz. 577 z późn. zm.), w związku z wystąpieniem pokontrolnym znak: WK-6100/41/4/12/13 z dnia 12 marca 2013 r. wnoszę następujące zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych w zakresie:

I. ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Dokonanie błędnej wykładni art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą PZP", przez błędne przyjęcie, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Termomodernizację wraz z modernizacją budynku III L.O. przy ul. Elfów w Tychach w 2011 r." opis warunku udziału w postępowaniu: „wymagane jest wykonanie z należytą starannością minimum dwóch robót budowlanych termo modernizacyjnych wraz z robotami remontowymi, o wartości ogółem min. 1.500.000,00 zł brutto każda" w sposób istotny mógł utrudnić ubieganie się o przedmiotowe zamówienie publiczne.
Nie ulega wątpliwości, że zamawiający ma prawo – przy pomocy warunków udziału w postępowaniu – ograniczać krąg potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Sama instytucja prawna warunku udziału w postępowaniu zakłada, iż jej zastosowanie prowadzić ma do ograniczenia kręgu wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jest poza dyskusją zatem, iż samo zastosowanie w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, nie może być utożsamiane z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust 1 ustawy. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem: *„Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji"* (Sygn. akt KIO/UZP 204/08). Co więcej: *„Zadaniem Zamawiającego jest ukształtowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku tak, aby Wykonawcy, którzy spełnili opisane wymagania dawali pewność, że w przypadku udzielenia im zamówienia, podołają przedsięwzięciu i jednocześnie wykonają je należycie"* (Sygn. akt KIO/UZP 325/10).
Formułowanie zarzutu nawet nie faktycznego, ale choćby prawdopodobnego ograniczenia konkurencji, czy też nierównego traktowania wykonawców, winno być poparte gruntowną analizą okoliczności faktycznych towarzyszących danemu postępowaniu, które przedstawiały się w sposób następujący.
Otóż w przedmiotowym postępowaniu złożono 12 ofert. Z informacji publikowanej przez Urząd Zamówień Publicznych w *„Sprawozdaniu o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku"* wynika, iż w postępowaniach na roboty budowlane w 2011

Regionalna Izba Obrachunkowa w Katowicach
Wpł. dnia 2013 -03- 28
zarejestrowano pod numerem
przekazano
Sylwia Majętny

roku średnio wpływało 3,88 ofert (str. 31 sprawozdania). Znaczy to, że w postępowaniu, w którym zastosowano kwestionowany przez Kontrolującego warunek, wpłynęło ponad 3 razy więcej ofert niż to dzieje się średnio w przeprowadzanych w kraju przetargach. Przyjmując za prawdziwą tezę UZP, iż: *„Podstawowym miernikiem stopnia zainteresowania rynkiem zamówień publicznych i miernikiem konkurencyjności wśród wykonawców jest liczba ofert składanych w jednym postępowaniu"* (ta sama strona sprawozdania) stwierdzić należy, iż w postępowaniach prowadzonych przez Urząd Miasta w Tychach, a już na pewno w tym konkretnym postępowaniu, zasada konkurencyjności jest realizowana w sposób ponadprzeciętny. Jednocześnie zauważyć trzeba, iż Kontrolujący nie wskazał w uzasadnieniu wystąpienia, jakim miernikiem konkurencyjności posłużył się formułując swoje zarzuty. W oparciu o przedstawione najpierw w protokole z kontroli, a później w wystąpieniu pokontrolnym argumenty, można sformułować wniosek, iż zarzuty Kontrolującego mają charakter czysto subiektywny i stoją w sprzeczności z przyjętymi w tym zakresie zasadami oceny konkurencyjności. Zamawiający twierdzi bowiem, że skoro ilość ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przekracza kilkukrotnie średnią ilość ofert składanych w podobnych postępowaniach, to w ślad za tym, mając na uwadze przyjęty miernik konkurencyjności (jakim jest właśnie ilość składanych ofert w danym postępowaniu) mamy do czynienia z wysokim poziomem konkurencyjności. Kontrolujący, poza swoją oceną, nie przedstawił żadnych argumentów mających potwierdzać słuszność jego stanowiska. Pomimo tego, iż dokonał wartościowania postępowania zamawiającego stwierdzając, iż „takie ukształtowanie warunku (...) w sposób istotny mogło utrudnić ubieganie się o niniejsze zamówienie publiczne", nie wskazał w oparciu o jakie kryterium tej oceny dokonał, w szczególności w oparciu o jakie kryterium uznał, iż utrudnienie to miało charakter istotny. Powyższe stanowisko zamawiającego jest tym bardziej zasadne, że już po otwarciu ofert wiadomo było, iż do żadnego utrudnienia konkurencji nie doszło.

Powyższe stanowi naruszenie prawa przez Kontrolującego poprzez jego błędną wykładnię, jednocześnie pozostaje w sprzeczności z Uchwałą Nr 6/06 KR RIO z dnia 28 września 2006 r. Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych, zgodnie z którą opis przyczyn i skutków wszystkich występujących nieprawidłowości powinien być wyczerpujący, zrozumiały, logiczny, niestronniczy i prawidłowy. Kwestionowany opis przyczyn i skutków domniemanej nieprawidłowości nie realizuje powyższej dyrektywy.

2. Dokonanie błędnej wykładni art. 26 ust 2b w zw. z art. ust. 1 ustawy PZP, przez przyjęcie iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Termomodernizację wraz z modernizacją budynku III L.O. przy ul. Elfów w Tychach w 2011 r.", zamawiający bezzasadnie ograniczył możliwość korzystania przez wykonawców z zasobów innych podmiotów.

Kontrolujący dokonując wykładni przepisu prawa stosowanego przez podmiot kontrolowany, powinien wziąć pod uwagę wykładnię prawa dominującą w momencie jego stosowania przez zamawiającego, a nie w czasie prowadzonej kontroli. W chwili przygotowywania SIWZ dla przedmiotowego zamówienia, zamawiający uwzględnił w niej treść aktualnej opinii prawnej wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych i opublikowanej na stronach internetowych tego urzędu. Dotyczyła ona możliwości korzystania przez wykonawców z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego oraz warunków zastosowania takiej instytucji prawnej. SIWZ przygotowana przez zamawiającego, była w pełni zgodna z prezentowaną w tamtym czasie opinią UZP, była zgodna także z obowiązującą wtedy linią orzecznictwa KIO oraz innymi dostępnymi opiniami. Kwestionowanie czynności zamawiającego, opartych o powszechnie uznawane opinie UZP, szczególnie w sytuacji gdy nie funkcjonowały w obrocie prawnym opinie odmienne, a samo RIO w tym zakresie nie realizowało swojej opiniotwórczej roli określonej Konstytucją i ustawami, wydaje się być nadużyciem prawa.

W kontekście powyższego zarzutu jako wręcz niemożliwy do zrealizowania jawi się wniosek Kontrolującego zmierzający do wzmocnienia nadzoru nad pracownikami Urzędu Miasta Tychy. Wykonanie powyższego sprowadzać musiałoby się do ignorowania opinii Urzędu Zamówień Publicznych, a jednocześnie do sygnalizowania Regionalnej Izbie

Obrachunkowej każdej wątpliwości związanej ze stosowaniem prawa oraz wnioskowaniem do RIO o każdorazowe wydawanie opinii w sprawie. Taka metoda unikania na przyszłość domniemanych przez RIO nieprawidłowości wydaje się ze wszech miar niepożądana.

3. Dokonanie błędnej wykładni i niewłaściwe zastosowanie art. 32 ust. 1 w zw. z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przez przyjęcie w postępowaniu na „Termomodernizację wraz z modernizacją budynku Szkoły Podstawowej nr 37 oraz Przedszkola nr 6 przy ul. Konecznego w Tychach", że zamawiający zaniechał ustalenia wartości przewidywanych zamówień uzupełniających na roboty budowlane na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Podkreślić należy, iż z żadnego z przywołanych wyżej przepisów nie wynika dla zamawiającego obowiązek ustalenia wartości szacunkowej planowanych zamówień uzupełniających już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego. Takie postępowanie nie dość, że byłoby niemożliwe do realizacji – stanowiłoby naruszenie innych przepisów prawa.

Poza sporem jest, że przepisy ustawy PZP nakazują uwzględniać przy czynności szacowania wartości zamówienia publicznego również wartość zamówień uzupełniających, których udzielenie przewiduje zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przewidując zamówienie uzupełniające już w momencie wszczęcia postępowania o zamówienie podstawowe, zamawiający uzyskuje prawo do zlecenia zamówień uzupełniających z wolnej ręki wykonawcy wybranemu dla realizacji zamówienia podstawowego. Nie znaczy to jednak, że już na tym etapie zamawiający ma oszacować wartość zamówień uzupełniających w oparciu o art. 32 i 33 ustawy PZP.

Z brzmienia art. 32 ust. 3 ustawy PZP wynika, że „Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających". W art. 67 ust. 6 i 7 wartość ta podana jest w % wartości zamówienia podstawowego. Tak więc podstawą określenia (na etapie udzielania zamówienia podstawowego) wartości zamówień uzupełniających jest ich procentowy udział w wartości zamówienia podstawowego.

Gdyby przyjąć – jak chce tego Kontrolujący – iż to już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego należy określić wartość zamówień uzupełniających w sposób właściwy dla roboty budowlanej (jak w kontrolowanym przypadku), znaczyłoby to, iż:

1) Zamawiający musi dokładnie znać wielkość, zakres i rodzaj zamówień uzupełniających – inaczej, naruszyłby przepis art. 29 ustawy PZP nakazujący mu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oczywistym jest, że istotą zamówień uzupełniających jest ich fakultatywny charakter, a przede wszystkim brak wiedzy co do przyszłego zakresu ich udzielenia, a nawet samego faktu ich udzielenia. W tym kontekście określenie wartości zamówienia jest technicznie niemożliwe.
2) W przypadku zamówień uzupełniających na wykonanie robót budowlanych, zamawiający byłby zobowiązany do sporządzenia dokumentów wymienionych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 Nr 130, poz.1389) takich jak:
   a) dokumentacja projektowa;
   b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych;
   c) założenia wyjściowe do kosztorysowania;
   d) ceny jednostkowe robót podstawowych.

ponieważ to te dokumenty stanowią podstawę sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, a którego brak uznano w wyniku kontroli za naruszenie przepisów.

3) W przypadku udzielenia zamówienia uzupełniającego niezwłocznie po podpisaniu umowy w zamówieniu podstawowym (zamawiający może zrobić to w okresie do 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego) zamawiający naraziłby się na zarzut dzielenia zamówienia, bowiem udzieliłby zamówienia z wolnej ręki, mimo iż dysponował wszystkimi dokumentami oraz spełniał wszystkie warunki umożliwiające udzielenie zamówienia łącznie z zamówieniem podstawowym.
4) W przypadku udzielenia zamówienia uzupełniającego pod koniec trzyletniego okresu, w jakim zamawiający może to zrobić, musi:
   a) zaktualizować kosztorysy inwestorskie (zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy PZP ustalenia wartości zamówienia na roboty budowlane dokonuje się nie wcześniej niż iż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia);
   b) dostosować zrealizowany – przed co najmniej trzema laty – projekt do zmienionych przepisów i norm technicznych,
   c) uzyskać nową decyzję o pozwoleniu na budowę (zgodnie z art. 37. ust. 1 ustawy Prawo budowlane decyzja o pozwoleniu na budowę wygasa, jeżeli budowa nie została rozpoczęta przed upływem 3 lat od dnia, w którym decyzja ta stała się ostateczna).

   W tych przypadkach, zamawiający zmuszony byłby wydać środki publiczne na aktualizację ww. dokumentów, narażając się co najmniej na zarzut niegospodarności.
5) Mając na uwadze często obszerność dokumentacji technicznej oraz wysoką specjalizację jej autorów, w przypadku nieudzielenia w ogóle zamówień uzupełniających, zamawiający wydać by musiał środki z budżetu na dokumenty, których nie wykorzystał – czym naraziłby się na zarzut niegospodarności. Nie należy zapominać o czasie i kosztach zatrudnienia osób zaangażowanych w takie przedsięwzięcie.

Na koniec pominąć nie można jeszcze jednego istotnego dla sprawy argumentu. Zamówienie podstawowe bardzo często plasowane jest jako robota budowlana po zastosowaniu procedur opisanych w art. 6 ustawy PZP, co znaczy, że elementem zamówienia podstawowego może być np. dostawa. W takiej sytuacji, również dostawa może stanowić samoistnie przedmiot zamówienia uzupełniającego. Według poglądu Kontrolującego i w takim przypadku zamawiający musiałby określić wartość takiej dostawy za pomocą kosztorysu inwestorskiego, co wydaje się co najmniej kontrowersyjne. Z podobną sytuacją będziemy mieli do czynienia na gruncie ustawy w jej aktualnym brzmieniu i warto w tym miejscu przytoczyć następujące stanowisko UZP: „Z oczywistych względów do świadczeń traktowanych celem szacowania przedmiotu jako roboty budowlane, nie będących jednak robotami w rozumieniu prawa budowlanego, nie znajdują zastosowania zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określone w art. 31 ustawy PZP, czy szacowania wartości zamówienia w oparciu o art. 33 ustawy PZP. Wobec takich świadczeń opis i szacowanie następuje na zasadach ogólnych, określonych odpowiednio art. 29 i 30 oraz art. 32 ustawy Pzp."[1]

Reasumując, żaden z przepisów ustawy PZP nie obliguje zamawiającego do postępowania prezentowanego przez Kontrolującego. Zachowanie zamawiającego w sposób zgodny z oceną Kontrolującego nie znajduje uzasadnienia prawnego, nie wynika z przepisów ustawy PZP, jest sprzeczne z charakterem instytucji zamówień uzupełniających i prowadziłoby do kolejnych naruszeń prawa.

4. Zastrzeżenia zamawiającego dotyczące zarzutów w postępowaniu na „Termomodernizację wraz z modernizacją budynku Szkoły Podstawowej nr 37 oraz Przedszkola nr 6 przy ul. Konecznego w Tychach" dotyczące udziału podmiotu trzeciego są tożsame z zastrzeżeniami wyrażonymi w pkt 2 niniejszego pisma.

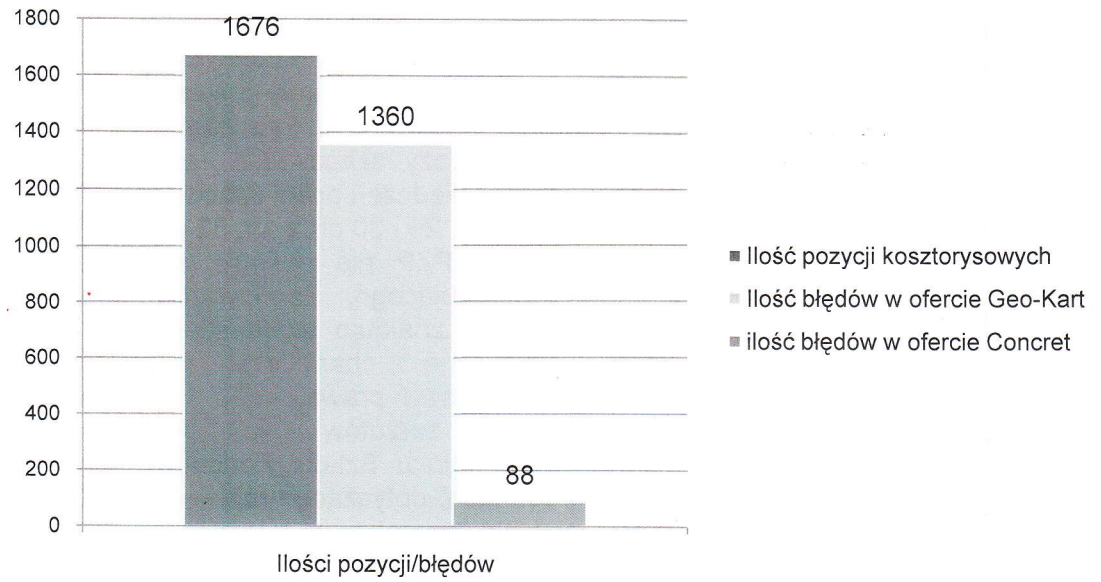
---

[1] http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;580;dotyczace_przepisow_obowiazujacych_od_dnia_20_lutego_2013_r..html, opinia: „Jak należy opisać przedmiot zamówienia, który dotychczas kwalifikowano odpowiednio jako usługę lub dostawę, natomiast po wejściu w życie rozporządzenia w sprawie wykazu robót należy kwalifikować go jako robotę budowlaną?"

5. Dokonanie błędnej wykładni i niewłaściwe zastosowanie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez przyjęcie w postępowaniu na „Termomodernizację wraz z modernizacją budynku Szkoły Podstawowej nr 37 oraz Przedszkola nr 6 przy ul. Konecznego w Tychach", iż zamawiający nierówno prawnie traktował wykonawców w zakresie badania i oceny treści ofert biorących udział w postępowaniu. Ponadto Kontrolujący niezgodnie ze stanem faktycznym uznał, iż zamawiający przyjął jako kryterium przyjęcia bądź odrzucenia oferty określony próg błędów, podczas gdy zamawiający takiego progu nie przyjął. Ponadto kontrolujący bezpodstawnie zarzucił zamawiającemu pominięcie trybu wyjaśnień, o których mowa 87 ust. 1 ustawy PZP.
Podnieść należy, iż uzasadnienie zarzutu wystąpienia pokontrolnego jest niezrozumiałe, cyt.: „Zamawiający nie miał bowiem wiedzy, podejmując od razu działania w kierunku odrzucenia oferty wykonawcy o największej liczbie błędów stwierdzonych w kosztorysie ofertowym z pominięciem trybu złożenia wyjaśnień przewidzianego w art. 87 ust. 1 powołanej wyżej ustawy Prawo zamówień publicznych, czy ten wykonawca po dokonaniu stwierdzonych poprawy omyłek, nie podjąłby się realizacji przedmiotowego zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego a za zaoferowanym wynagrodzeniem."

Ponad wszelką wątpliwość Kontrolujący nie zakwestionował, iż zamawiający miał do czynienia z błędami w ofertach wykonawców. Podobnie i dla zamawiającego fakt zaistnienia błędów oraz ich charakter nie budził żadnych wątpliwości. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że stanowisko Kontrolującego jest błędne, a zarzuty pozbawione podstaw prawnych. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy PZP uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty, tam gdzie takie wyjaśnienia są niezbędne. Jednocześnie „procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać"[2]. Uprawnienie to zatem w żaden sposób nie jest powiązane z procedurą, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, ponieważ ta ostatnia wymaga zmiany treści oferty.

Kontrolujący zarzucił zamawiającemu, że dokonał oceny błędów kwalifikując je jako istotne bądź nieistotne. W istocie konstrukcja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 wymaga dokonania oceny, czy błędy mają charakter nieistotny, nie wpływając na całokształt oferty, czy też są istotne. I takiej oceny zamawiający zgodnie z przepisem ustawy dokonał, uzasadniając tą czynność. Powyższe stanowiło już element wyjaśnienia w trakcie przeprowadzonej kontroli, z uwagi jednak na jego doniosłość, należy jeszcze raz przytoczyć dane dotyczące błędów, obrazując je wykresem.



[2] Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych, 2012

Jak widać, ilość błędnych pozycji kosztorysowych, stanowi ponad 81% wszystkich pozycji kosztorysu. Nie może więc ulegać żadnej wątpliwości, że zmieniają one w sposób drastyczny treść oświadczenia woli wykonawcy, stanowiącego jego ofertę. Dla porównania trzeba przypomnieć, iż ilość błędów w kosztorysach zawartych w ofercie firmy Concret, to niewiele ponad 5% ilości wszystkich pozycji kosztorysowych.

W przedmiocie omawianej kwestii warto przytoczyć następujące stanowisko doktryny: „Poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori*, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek ("niepowodujące istotnych zmian") sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniłaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta – można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego, trudno mówić o nieistotności. Warto też zwrócić uwagę, że za nieistotne łatwiej będzie uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych. Ocena istotności omyłek, a tym samym ocena zakresu stosowania normy z art. 87 ust. 2 pkt 3, musi być także dokonywana z uwzględnieniem skali popełnionych omyłek. Suma wielu pojedynczo nieistotnych omyłek może powodować takie zmiany w treści oferty, że łącznie te nieistotne omyłki wprowadzą w treści oferty zmiany istotne. Tym samym nie będą mogły być poprawione"[3].

Mając na uwadze dotychczasowe orzecznictwo, literaturę i praktykę, nie ulega wątpliwości, że postępowanie zamawiającego było prawidłowe.

II. GOSPODARKI NIERUCHOMOŚCIAMI

- **zaciąganie zobowiązań (s. 9)**

Zgodnie z treścią art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy o samorządzie gminnym prezydentowi przysługuje wyłączne prawo zaciągania zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej kwotach wydatków, w ramach upoważnień udzielonych przez radę gminy.

Umowa dzierżawy budynku dworca PKP oraz gruntu stanowiącego teren obsługi podróżnych została zawarta w dniu 25 lutego 2010 r., po uzyskaniu zgody Rady Miasta Tychy wyrażonej w uchwale nr 0150/XXXIX/881/2010 podjętej w dniu 28 stycznia 2010 r. w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie umowy dzierżawy budynku dworca PKP Tychy oraz terenu położonego w rejonie ulic Dworcowej i Andersa w Tychach.
Po otrzymaniu w dniu 11 marca 2010 r. rozstrzygnięcia nadzorczego Wojewody Śląskiego stwierdzającego nieważność w/w uchwały w całości, Rada Miasta podjęła w dniu 29 kwietnia 2010 r. uchwałę w sprawie upoważnienia Prezydenta Miasta Tychy do zaciągnięcia zobowiązania finansowego z tytułu zawarcia umowy dzierżawy budynku dworca PKP z zapisem, iż uchwała wywołuje skutki od dnia zawarcia umowy dzierżawy budynku dworca. Uchwała ta przez organ nadzoru – tj. Regionalną Izbę Obrachunkową w Katowicach - nie została zakwestionowana. Upoważnienie udzielone przez Radę Miasta Tychy dotyczyło wszystkich skutków związanych z zawarciem umowy.

W świetle powyższego jednoznacznie uznać należy, że na dzień zawarcia umowy dzierżawy budynku dworca Prezydent Miasta Tychy posiadał upoważnienie Rady Miasta Tychy do jej zawarcia.

Zatem stwierdzenie, *że „naruszono (...) art.. 60 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 18 ust. 2 pkt 10 ustawy o samorządzie gminnym"* jest niewłaściwe.

- **gospodarka mieniem komunalnym (s. 11 – 14)**

[3] Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych, 2012

1. (s. 11) W zakresie naruszenia art. 35 ust. 2 pkt 12 ustawy o gospodarce nieruchomościami wyjaśniam, że wykazy nieruchomości sporządzone zostały na podstawie art. 35 ustawy z dnia 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami. Artykuł 35 ust. 1 w/w ustawy stanowi *„W wykazie, o którym mowa w ust. 1, określa się odpowiednio (...)"*. Nie wszystkie zatem dane zawarte w tym przepisie winny być umieszczone obligatoryjnie. O tym, co powinien zawierać wykaz nieruchomości decyduje specyfika danej czynności: inne elementy będą przy sprzedaży nieruchomości, inne przy oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste, a jeszcze inne przy użytkowaniu, najmie lub dzierżawie. Sporządzone wykazy zawierały wszystkie niezbędne dane dotyczące zbywanych nieruchomości.
2. (s. 13 – 14) W zakresie zarzutu naruszenia art. 37 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami wyjaśniam:
   a) przygotowując nieruchomość do zbycia tut. Wydział każdorazowo występuje o opinię do Wydziału Architektury, który przedstawia swoje stanowisko w sprawie zbycia wraz z ewentualnymi zastrzeżeniami, określając równocześnie czy grunt stanowi samodzielną działkę budowlaną. W niniejszym przypadku wystąpiono o opinię odnośnie możliwości zbycia gruntu przyległego, na co uzyskano początkowo opinię negatywną, ze względu na koncepcję zagospodarowania, jednakże po zmianie koncepcji uzyskano opinię, iż wniosek jest zasadny. Na podstawie dokonanych analiz uznano, iż nieruchomość oznaczona nr 4610/64 nie stanowi samodzielnej działki budowlanej. Informuję, iż właściciel nieruchomości przyległej zgodnie z art. 37 ustawy o gospodarce nieruchomościami wystąpił z wnioskiem o wykup przedmiotowego gruntu. Po uzyskaniu zgody na powyższe, informację o zbywaniu w/w gruntu ogłoszono w prasie lokalnej oraz wywieszono w siedzibie Urzędu Miasta wykaz nieruchomości w postaci obwieszczenia, w którym zawarta była informacja dotycząca pierwszeństwa w nabyciu zgodnie z art. 34 w/w ustawy. Do dnia zakończenia postępowania w sprawie zbycia w/w gruntu tj. do 17.09.2008 r., kiedy nastąpiła umowa sprzedaży (akt notarialny Rep. A nr 24299/2008) Urząd Miasta Tychy nie posiadał informacji, iż nabyciem działki zainteresowane są także inne osoby. Ponadto przedmiotowa działka nie mogła poprawić zagospodarowania więcej niż jednej nieruchomości, ponieważ nie przylegała do innej własności prywatnej, oprócz wnioskodawcy.
   b) Gmina zbyła nieruchomość, stanowiącą działki nr 5570/64 i 5568/64, położoną przy al. Jana Pawła II na własność w drodze bezprzetargowej, zgodnie z art. 37 ust. 2 pkt 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami, bowiem zgodnie z opiniami z Wydziału Architektury, przedmiotowy grunt nie stanowił samodzielnej działki budowlanej. Ponadto w/w nieruchomość nie mogła poprawić zagospodarowania więcej niż jednej nieruchomości, gdyż nie przylegała do innej własności prywatnej, oprócz późniejszego nabywcy gruntu.
   c) właściciele nieruchomości przyległej tj. działki nr 575/77 zgodnie z art. 37 ust. 2 pkt 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami wystąpili z wnioskiem o wykup gruntu oznaczonego nr 2300/76 o pow. 701 m^2. Po uzyskaniu zgody na powyższe, informację o przeznaczeniu nieruchomości do zbycia ogłoszono w prasie lokalnej oraz wywieszono w siedzibie Urzędu Miasta wykaz nieruchomości w postaci obwieszczenia, w którym zawarta była informacja dotycząca pierwszeństwa w nabyciu zgodnie z art. 34 w/w ustawy. Do dnia zakończenia postępowania w sprawie zbycia w/w gruntu tj. do 28.09.2010 r., kiedy nastąpiła umowa sprzedaży (akt notarialny Rep. A nr 8782/2010) Wydział Gospodarki Nieruchomościami nie posiadał informacji, iż nabyciem działki zainteresowane są także inne osoby.
   d) użytkownicy wieczyści nieruchomości przyległej tj. działki nr 403/51 zgodnie z art. 37 ust. 2 pkt 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami wystąpili z wnioskiem o wykup gruntu oznaczonego nr 522/51 i 523/51 o łącznej pow. 1656 m^2. Po uzyskaniu zgody na powyższe, informację o przeznaczeniu nieruchomości do

zbycia ogłoszono w prasie lokalnej oraz wywieszono w siedzibie Urzędu Miasta wykaz nieruchomości w postaci obwieszczenia, w którym zawarta była informacja dotycząca pierwszeństwa w nabyciu zgodnie z art. 34 w/w ustawy. Do dnia zakończenia postępowania w sprawie zbycia w/w gruntu tj. do 21.07.2011 r., kiedy nastąpiła umowa sprzedaży (akt notarialny Rep. A nr 10005/2011) Wydział Gospodarki Nieruchomościami nie posiadał informacji, iż nabyciem działki zainteresowane są także inne osoby. Przedmiotowe działki ze względu na kształt (dł. ok. 160 m i szer. ok. 10 m) nie mogły być zagospodarowane jako odrębne nieruchomości.

Jak wynika z komentarza do ustawy o gospodarce nieruchomościami pod redakcją Stanisławy Kalus, (Warszawa 2012 r.) Ustawa z dnia 24 sierpnia 2007 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 173, poz 1218) zmieniła warunek dopuszczalności zastosowania przepisu art. 37 ust. 2 pkt 6 z niezbędności dla właściciela nieruchomości sąsiedniej na możliwość polepszenia warunków nieruchomości głównej. Takie sformułowanie tej przesłanki zdaniem autorów między innymi Gerarda Bieńka i Mirosława Gdesza oznacza, że jest ona prawie zawsze spełniona, ponieważ wola nabycia nieruchomości przez właściciela (użytkownika wieczystego) nieruchomości sąsiedniej oznacza automatycznie, że może poprawić mu warunki korzystania. Dużo większe znaczenie ma druga przesłanka, tj. zapis: „jeżeli nie mogą być zagospodarowane jako odrębne nieruchomości". W tym wypadku o możliwości zagospodarowania decyduje treść planu miejscowego, względnie kształt i wielkość działki, które umożliwiają samodzielnie zagospodarowanie nieruchomości – dowodem w tym zakresie może być np. opinia urbanisty, wypis i wyrys z planu (ewentualnie opinia wydziału architektury – ale ma ona charakter wewnętrzny).

3. (s. 14) Nieruchomość oznaczona jako działka nr 880/9 została wydzierżawiona P.P.U. „RYHOMET" Spółce z o.o. w trybie bezprzetargowym, umową nr GGN-72243/1/97/BS na okres od dnia 01.01.1997 r. do dnia 31.12.2001 r., za zgodą Zarządu Miasta Tychy wyrażoną w Uchwale nr 01364/308/96 z dnia 04.09.1996 r. w sprawie bezprzetargowego wydzierżawienia gruntu położonego w Tychach przy ul. Fabrycznej. Kolejna umowa dzierżawy przedmiotowego gruntu (nr GGN.72243-368/020 została zawarta na okres 10 lat, tj. od dnia 01.01.2002 r. do dnia 31.12.2011 r., na podstawie Uchwały nr 0151/380/2001 z dnia 28.08.2001 r. Zarządu Miasta Tychy w sprawie bezprzetargowego wydzierżawienia gruntu położonego w Tychach przy ul. Fabrycznej. Na wniosek dzierżawcy tj. Spółki „RYHOMET" - i za zgodą gminy, na podstawie § 8 ust. 2 umowy dzierżawy nr GGN.72243-368/02 z dnia 20.12.2002 r., który stanowił: „Zawarcie umowy z osobą wskazaną przez dotychczasowego Dzierżawcę nastąpi z uwzględnieniem terminu jej wygaśnięcia określonego w niniejszej umowie", została zawarta umowa dzierżawy nr GGN.BS.72243-156/06 z dnia 14.07.2006 r. na okres do dnia 31.12.2011 r.

   Działając na podstawie Uchwały Nr 0150/X/182/2003 Rady Miasta Tychy z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie przejęcia zasad nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości gruntowych oraz ich wydzierżawiania i wynajmowania na okres dłuższy niż trzy lata, zmienionej Uchwałą nr 0150/XXXIII/621/05 Rady Miasta Tychy z dnia 31 marca 2005 r., zgodnie z załącznikiem do uchwały Nr 0150/X/182/2003 Rady Miasta Tychy z dnia 26 czerwca 2003 r. Gmina rozwiązała ww. umowę dzierżawy za porozumieniem stron i zawarła umowę dzierżawy z nowym podmiotem na okres do dnia obowiązywania rozwiązanej umowy dzierżawy tj. do dnia 31 grudnia 2011 r, w myśl § 10 pkt1 lit. c, który stanowi, że Wydzierżawiający może odstąpić od przetargowej formy wydzierżawiania nieruchomości w przypadku wydzierżawiania gruntów na cele rolne, urządzenie ogródków letnich przed lokalami użytkowymi i kioskami, ogródków przydomowych, ogródków działkowych, na poprawienie zagospodarowania nieruchomości sąsiedniej bądź dotychczas dzierżawionej nieruchomości.

Scedowanie umowy dzierżawy nr GGN.72243/368/02 nastąpiło na rzecz użytkowników wieczystych nieruchomości sąsiedniej tj. działki 878/9, którą sprzedali oraz w związku ze

zbyciem na rzecz tych samych osób nakładów poniesionych na budowę budynku produkcyjnego na działce nr 880/9.

Zatem stwierdzenie, że tut. Organ w wykonywanych czynnościach naruszył art. 35 ust. 2 pkt 12, a także art. 37 ust. 1 oraz art. 37 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami, w świetle powyższych wyjaśnień oraz w toku wykonywanych czynności kontrolnych nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

