Na zakończenie należy wyjaśnić, że zastrzeżenia dotyczące upoważnienia do zaciągania zobowiązań przy wydzierżawianiu nieruchomości nie były rozpatrywane przez Kolegium Izby, gdyż w tym zakresie nie został sformułowany wniosek pokontrolny w związku z czym sprawa była bezprzedmiotowa.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia orzeczono jak w § 1 uchwały.

Przewodniczący Kolegium

[redacted]

Uchwała Nr 179/X/2013
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Katowicach

z dnia 23 kwietnia 2013 roku

w sprawie: rozpatrzenia zastrzeżeń Prezydenta Miasta Tychy do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 12 marca 2013 roku.

Na podstawie art. 25b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2012 r., poz. 1113) Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach uchwala co następuje:

§ 1.

Oddala się zastrzeżenia wniesione przez Prezydenta Miasta Tychy pismem znak DUK.1710.1.2013 z dnia 27 marca 2013 roku do wniosków Nr 1 i Nr 8 wystąpienia pokontrolnego Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 12 marca 2013 roku znak: WK-6100/41/4/12/13.

§ 2.

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie:

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach rozpatrując zastrzeżenia wniesione przez Prezydenta Miasta Tychy pismem znak DUK.1710.1.2013 z dnia 27 marca 2013 roku do wystąpienia pokontrolnego Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 12 marca 2013 roku znak: WK-6100/41/4/12/13 i ustaliło co następuje:

Wystąpienie pokontrolne, o którym mowa powyżej skierowane do Prezydenta Miasta Tychy zawierało opis nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli oraz wnioski zmierzające do ich usunięcia w celu usprawnienia badanej działalności gminy.

Zgodnie z art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2012 r., poz. 1113) do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń do kolegium izby, a podstawą ich zgłoszenia może być tylko naruszenie prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe

zastosowanie. Oznacza to, że nie ma możliwości zgłoszenia zastrzeżeń do nieprawidłowości sformułowanych w wystąpieniu pokontrolnym.

W związku z powyższym Kolegium Izby oddaliło zastrzeżenia Prezydenta Miasta do wniosku Nr 8, gdyż stanowią one wyjaśnienie stanu faktycznego i okoliczności związanych z gospodarką mieniem komunalnym w zakresie objętym wnioskiem, tj. wykazów nieruchomości przeznaczonych do sprzedaży w drodze przetargu ustnego: ograniczonego i nieograniczonego oraz sprzedaży nieruchomości w trybie bezprzetargowym i nie zawierają wskazania naruszenia prawa poprzez błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie przepisów.

W przypadku zaś zastrzeżeń do wniosku Nr 1 dotyczącego zamówień publicznych sformułowano zarzut błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania przepisów, co oznacza spełnienie wymogu określonego w wymienionym wcześniej art. 9 ust. 3 i ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych.

Przedmiotowy wniosek Nr 1 nakazywał wzmocnić nadzór nad pracownikami Urzędu Miasta Tychy w zakresie ustalania wartości zamówienia, przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, badania i oceny ofert stosownie do art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 26 ust. 2b, art. 32 ust. 1 w związku z art. 33 ust. 1 pkt 1, art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

Podstawą do sformułowania wniosku były nieprawidłowości stwierdzone podczas kontroli tj.:

1. W zakresie przygotowania postepowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania inwestycyjnego pn. „Termomodernizacja wraz z modernizacją budynku III LO przy ul. Elfów w Tychach w 2011 roku";

- W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał następujący opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu przez wykonawców wiedzy i doświadczenia: „Wymagane jest wykonanie z należytą starannością minimum dwóch robót budowlanych termomodernizacyjnych wraz z robotami remontowymi o wartości ogółem min. 1.500.000 zł brutto każda". Zdaniem kontrolujących tak sformułowany warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia nie mógł być spełniony przez wykonawców, którzy w minionym okresie

wykonywali obydwa rodzaje robót budowlanych, ale nie były one objęte zakresem rzeczowym jednego zamówienia lecz były wykonywane w ramach odrębnych zamówień. Tym samym określenie warunku udziału w postępowaniu mogło utrudnić dostęp do zamówienia i w związku z tym nastąpiło tutaj naruszenie art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych . W odniesieniu do tego zarzutu Prezydent Miasta Tychy wskazał błędną wykładnię wymienionych wyżej przepisów, gdyż:

- zamawiający ma prawo przy pomocy warunków udziału w postępowaniu ograniczać krąg potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w celu wyboru wykonawcy, który należycie wykona zamówienie,

- w przedmiotowym postępowaniu założono 12 ofert, co oznacza, że zasada konkurencyjności została zrealizowana w sposób ponadprzeciętny,

- kontrolujący nie wskazał w wystąpieniu pokontrolnym argumentów mających potwierdzić słuszność jego stanowiska w związku z czym można przyjąć, że ma ono charakter subiektywny.

Po przeprowadzeniu wnikliwej analizy ustaleń w trakcie kontroli oraz argumentów podniesionych w złożonych zastrzeżeniach Kolegium Izby nie podzieliło poglądu Prezydenta Miasta Tychy. Kolegium pragnie zwrócić uwagę zwłaszcza na przepis zawarty w art. 22 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W rozpatrywanym przypadku kluczowym momentem jest żądanie udokumentowania wiedzy i doświadczenia w zakresie dwóch rodzajowo różnych robót budowlanych. Wykaz wykonanych prac miał obejmować łącznie roboty termoizolacyjne i remontowe mimo różnego ich zakresu, charakteru i specyfiki. Było to konsekwencją określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję w myśl art. 29 ust. 2 ustawy. Skoro tak, to zamawiający winien dopuścić możliwość udokumentowania wiedzy i doświadczenia poprzez umieszczenie w wykazie odrębnie wykonanych prac termoizolacyjnych i remontowych.

- Bezzasadnie ograniczono możliwość korzystania przez wykonawców z zasobów innych podmiotów w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez postawienie wymogu bezpośredniego wykonawstwa przedmiotowego zamówienia. Zamawiający zastrzegł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje jest możliwe tylko wtedy, gdy ten podmiot będzie brał udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca.

Zadaniem kontrolujących stanowiło to naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy, który nie uzależnia korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego tylko w przypadku wykonywania przez niego części lub całości zadania w formie podwykonawstwa.

W zastrzeżeniach Prezydent Miasta odwołuje się do obowiązującej w czasie opracowania SIWZ opinii Urzędu Zamówień Publicznych, która dotyczyła możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Stwierdza również, że kwestionowane czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z opinią UZP, w sytuacji, gdy cyt. „samo RIO w tym zakresie nie realizowało swojej opiniotwórczej roli określonej Konstytucją i ustawami wydaje się być nadużyciem prawa".

Kolegium Izby nie podzieliło poglądu składającego zastrzeżenia Prezydenta Miasta Tychy, gdyż w żadnym czasie, tj. zarówno w dniu wszczęcia postępowania jak również w obecnym stanie prawnym z art. 26 ust. 2b w żaden sposób nie wynika obowiązek bezpośredniego wykonawstwa określonego zakresu rzeczowego zamówienia przez podmioty trzecie. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które np. w wyroku z dnia 10 stycznia 2011 r., KIO 2790/10 stwierdza, że ustawodawca nie przewidział w art. 26 ust 2b ustawy rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnianie takiego obowiązku nie rodzi. W kolejnym wyroku (KIO/UZP/1265/10) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że oddanie wiedzy i doświadczenia może się odbywać przez faktyczne podwykonawstwo jak też przez korzystanie z wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje czy doradztwo.

Dodać należy, że taką interpretację przepisów potwierdza niejako poprzednio i obecnie obowiązujące od 20.02.2013 r. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich można żądać w celu potwierdzenia spełnienia warunków przez wykonawcę.

Potwierdzeniem tego faktu jest żądanie różnych dokumentów w zależności od sposobu korzystania z zasobów podmiotów trzecich.

2. W zakresie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Termomodernizacja wraz z modernizacją budynku Szkoły Podstawowej Nr 37 oraz Przedszkola Nr 6 przy ul. Konecznego w Tychach":

- Przedstawione w pkt 1 stanowisko Kolegium Izby w zakresie korzystania z zasobów podmiotów trzecich odnosi się również do niniejszego zamówienia publicznego.

- Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu przewidział udzielenie zamówień uzupełniających w wysokości 5% wartości zamówienia podstawowego. Wartość szacunkowa zamówienia po doliczeniu wartości

zamówień uzupełniających wynosiła 17781034,81 zł. Postawiony zarzut dotyczy zaniechania ustalenia wartości przewidywanych zamówień uzupełniających na roboty budowlane na podstawie kosztorysu inwestorskiego czym – zdaniem kontrolujących – naruszono art. 32 ust. 1 w związku z art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Prezydenta Miasta dokonano błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania ww. przepisów, gdyż z żadnego przepisu nie wynika obowiązek ustalenia planowanych zamówień uzupełniających już na etapie przygotowania zamówienia podstawowego. Prezydent Miasta stwierdza dalej, że podstawą określenia wartości zamówień uzupełniających jest ich procentowy udział w wartości zamówienia podstawowego, gdyż w innym przypadku oznaczałoby to, że:

- zamawiający musi znać wielkość, zakres i rodzaj zamówień uzupełniających aby dokonać opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ustawy, a biorąc pod uwagę ich fakultatywność jest to technicznie niemożliwe,
- zamawiający musi posiadać pełną dokumentację projektowo – kosztorysową,
- dokonano podziału zamówienia i udzielono zamówienia z wolnej ręki mimo spełnienia wszelkich warunków do udzielenia jednego zamówienia,
- należy po upływie określonego czasu zaktualizować dokumentację techniczną, kosztorysy inwestorskie i uzyskać nową decyzję o pozwoleniu na budowę, co wiązałoby się z dodatkowymi wydatkami,
- w przypadku nieudzielenia zamówień uzupełniających wystąpiły straty, a zamawiający naraził się na zarzut niegospodarności.

Po przeanalizowaniu ustaleń kontroli i zastrzeżeń Kolegium Izby uznało, że argumenty Prezydenta Miasta nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wartość przewidywanych zamówień uzupełniających powinna być uwzględniona przy ustalania wartości szacunkowej zamówienia. Jednocześnie zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 3 ustawy informacje na ten temat trzeba zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istota zamówień uzupełniających polega na tym, że na etapie przygotowania postępowania wiadomo, iż jest potrzeba ich wykonania i znany jest zakres rzeczowy, którego wartość należy doliczyć do wartości szacunkowej zamówienia podstawowego. Cechą charakterystyczną tych zamówień jest to, że ze względów najczęściej finansowych przesuwa się w czasie ich wykonanie przez wykonawcę zamówienia podstawowego. Oznacza to, że ogólny zapis zamieszczony w SIWZ, iż przewiduje się udzielenie zamówień uzupełniających do wysokości 5% wartości zamówienia podstawowego nie jest prawidłowy. Jest to niezgodne z istotą zamówień uzupełniających, gdyż do wartości

zamówienia podstawowego nie można doliczyć kwoty abstrakcyjnej, która w przypadku robót budowlanych nie wynika z kosztorysu inwestorskiego.

- Zamawiający uznał, że wszystkie oferty zawierają błędy o tożsamym charakterze, nie mniej jednak dokonał odrzucenia jednej oferty z równoczesnym wykluczeniem wykonawcy z uwagi na fakt, że ilość oraz gatunek błędów pozwala na stwierdzenie braku możliwości wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją. Jednocześnie w przypadku innych ofert, w tym oferty wybranego wykonawcy, z którym zawarto umowę zamawiający uznał, że błędy nie mają wpływu na realizację zamówienia i dokonano korekty ich treści w trybie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zdaniem kontrolujących nastąpiło tutaj naruszenie art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż zamawiający nierównoprawnie potraktował wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie badania i oceny treści ofert.

Z taką oceną nie zgodził się Prezydent Miasta, który stwierdza w zastrzeżeniach m. in., że:

- kontrolujący niezgodnie ze stanem faktycznym uznał, że zamawiający przyjął jako kryterium przyjęcia bądź odrzucenia oferty określony próg błędów i bezpodstawnie zarzucił pominięcie trybu wyjaśnień,

- ilość błędów wynosząca 81% wszystkich pozycji kosztorysowych ma wpływ zasadniczy na treść oświadczenia woli wykonawcy, stanowiącego jego ofertę,

- przy poprawianiu omyłek do zamawiającego należy ocena ich istotności z punktu widzenia celu jaki przyświecał wszczęciu postępowania a zakres stosowania normy z art. 87 ust. 2 pkt 3 musi uwzględniać skalę popełnionych omyłek.

Zdania Prezydenta Miasta Tychy, o którym mowa powyżej nie podziela Kolegium Izby. Zastosowany przez zamawiającego mechanizm oceny i badania ofert wskazuje, że to liczba błędów zobrazowana w zastrzeżeniach wykresem zadecydowała o zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że błędy są na tyle istotne, iż nie można ich uznać za omyłki podlegające korekcie w trybie art. 87 art. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Podkreślić należy, że Komisja Przetargowa nie zbadała i nie udokumentowała skutków korekt w ofercie odrzuconej, co mogło być wiarygodną podstawą oceny istotności omyłek. W świetle dokonanych ustaleń wydaje się uzasadnione stwierdzenie, że Komisja uznaniowo i niejako intuicyjnie uznała, że oferta GEO – CART podlega odrzuceniu.

Żądanie wyjaśnień treści złożonej oferty oczywiście nie jest obowiązkowe w świetle art. 87 ust. 1 ustawy, natomiast w rozpatrywanym przypadku było wskazane w celu przede wszystkim ustalenia skutków ewentualnej korekty błędów i tym samym dokonania obiektywnej oceny odrzuconej oferty.

Na zakończenie należy wyjaśnić, że zastrzeżenia dotyczące upoważnienia do zaciągania zobowiązań przy wydzierżawianiu nieruchomości nie były rozpatrywane przez Kolegium Izby, gdyż w tym zakresie nie został sformułowany wniosek pokontrolny w związku z czym sprawa była bezprzedmiotowa.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia orzeczono jak w § 1 uchwały.

Przewodniczący Kolegium

Daniel Kołodziej