UCHWAŁA NR 0150/XXXV/815/09

RADY MIASTA TYCHY

z dnia 29 października 2009 r.

w sprawie przyjęcia sprawozdania Komisji Rewizyjnej z kontroli zgodności z prawem (ustawą Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku z późniejszymi zmianami) wprowadzenia aneksu nr 3 do umowy nr 27/06 zawartej w dniu 7 czerwca 2006 r. pomiędzy Miejskim Zarządem Komunikacji, a Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Spółką z o.o. w Tychach na wykonanie usług przewozowych publicznej komunikacji miejskiej na rzecz gminy Tychy

Na podstawie art. 18 a ust. 1 i 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142 poz. 1591 z późn. zm.) oraz § 28 i § 38 ust. 5 Uchwały Nr 0150/II/10/02 Rady Miasta Tychy z dnia 5 grudnia 2002 r. w sprawie Statutu Miasta Tychy opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Województwa Śląskiego Nr 2 poz. 78 z dnia 14 stycznia 2003 roku (z późn. zm.), na wniosek Komisji Rewizyjnej,

Rada Miasta Tychy uchwala:

§ 1

Przyjmuje się sprawozdanie Komisji Rewizyjnej z kontroli zgodności z prawem (ustawą Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku z późniejszymi zmianami) wprowadzenia aneksu nr 3 do umowy nr 27/06 zawartej w dniu 7 czerwca 2006 r. pomiędzy Miejskim Zarządem Komunikacji, a Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Spółką z o.o. w Tychach na wykonanie usług przewozowych publicznej komunikacji miejskiej na rzecz gminy Tychy wraz z wnioskami i opiniami.

§ 2

Odpowiedzialnym za wykonanie Uchwały jest Prezydent Miasta.

§ 3

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Przewodniczący
Rady Miasta Tychy

/-/ mgr Zygmunt Marczuk

Zalacznik do Uchwaly
Nr 0150/XXXV/815/09
Rady Miasta Tychy
z dnia 29 pazdziernika 2009 r.

Wyciąg z protokołu

z kontroli planowej przeprowadzonej w **Miejskim Zarządzie Komunikacji** w Tychach w dniach od 18.03.2009 r. do 3.04.2009 r. przez Radnego Mieczysława Podmokłego Przewodniczącego Komisji Rewizyjnej, Annę Wołczuk, naczelnika Wydziału Kontroli Urzędu Miasta Tychy oraz Adama Palowskiego, inspektora Wydziału Kontroli Urzędu Miasta Tychy, na podstawie uchwały **nr 0150/XXVIII/628/09** Rady Miasta Tychy z dnia 26.02.2009 r. w sprawie zmiany uchwały z dnia 22.12.2008 r. dotyczącej przyjęcia planu pracy Komisji Rewizyjnej na 2009 r. i upoważnienia nr **DUK.0914-0006/09** z dnia 16.03.2009 r. wydanego przez Prezydenta Miasta Tychy.

Zakres kontroli: Kontrola wydatków poniesionych w latach 2007-2009.

Nieprawidłowości stwierdzone w toku kontroli:

1. Dokonanie waloryzacji stawki za pracę przewozową taborem BNg w tym samym miesiącu, w którym ta stawka została wprowadzona, co wykracza poza cel zapisu umowy, stanowiącego podstawę waloryzacji, polegający na zrekompensowaniu przewoźnikowi wzrostu kosztów działalności związanych się z corocznym wzrostem cen towarów konsumpcyjnych, w tym cen paliwa.
2. Umieszczenie z naruszeniem ustawy z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (Dz. U. z 1996 r., Nr 70, poz. 335 ze zm.) w regulaminie ZFŚS zapisu o pozbawieniu prawa do świadczeń z funduszu socjalnego pracownika, który nie złożył w ustalonym terminie informacji o sytuacji życiowej, rodzinnej i materialnej, a także zapisu wskazującego, że imprezy kulturalno-oświatowe i sportowo-rekreacyjne mogą być połączone z poczęstunkiem lub wręczaniem skromnych upominków o wartości nie przekraczającej 5% minimalnego wynagrodzenia.
3. Dofinansowanie z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych do wydatków związanych z organizacją wycieczek dla każdego pracownika w takiej samej wysokości, co stanowi naruszenie wymienionej wyżej ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych.

Treść protokołu oraz wystąpienia pokontrolnego po podpisaniu zostanie opublikowana w Biuletynie Informacji Publicznej Wydziału Kontroli Urzędu Miasta Tychy.

1. Mieczysław Podmokły .....
2. Anna Wołczuk .....
3. Adam Palowski .....

DUR. 0540-6/09

URZĄD MIASTA TYCHY
Wydział Obsługi Rady Miasta
Wpł. 2009 -10- 07
L.dz. ..... Podpis .....
Znak sprawy .....

Zalacznik do Uchwaly
Nr 0150/XXXV/815/09
Rady Miasta Tychy
z dnia 29 pazdziernika 2009 r.

Opinia

Niniejsza opinia stanowi odpowiedź na pismo Komisji Rewizyjnej Rady Miasta Tychy nr DUR. 0540-6/09 z dnia 17 września 2009 r. dotyczące prawidłowości sporządzenia aneksu nr 3 z dnia 28 czerwca 2007r. do umowy nr 27/06 z dnia 27 czerwca 2006r. pomiędzy Miejskim Zarządem Komunikacji w Tychach a Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej.

Umowa nr 27/06 zawarta została po przeprowadzeniu zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zatem dokonana zmiana w treści umowy winna być oceniana w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą".

W dniu wprowadzenia przedmiotowego aneksu art. 144 ust. 1 ustawy posiadał następujące brzmienie: „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego".

Zakaz zmian postanowień umowy, sformułowany w art. 144 ust 1 ustawy nie miał zatem charakteru bezwzględnego. Zmiany takie dopuszczalne były w dwóch sytuacjach:

1. Jeśli konieczność tych zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy
2. Zmiany umowy są korzystne dla zamawiającego.

Nie ma oczywiście przeszkód, aby obie przesłanki zaistniały kumulatywnie. Pomiędzy koniecznością wprowadzenia zmian do umowy a okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć w chwili zawarcia umowy musi istnieć związek przyczynowy tego typu, że zmiany mogą być dokonane tylko wskutek nieprzewidzianych okoliczności oraz w zakresie uzasadnionym tymi okolicznościami. Korzyść, jaką odniesie zamawiający wskutek zmian umowy należy ocenić przede wszystkim przy uwzględnieniu aspektów gospodarczych, organizacyjnych, technologicznych lub funkcjonalnych1. Jak zatem wskazuje doktryna, korzyść wynikająca dla zamawiającego nie ogranicza się jedynie do aspektów jedynie finansowych. Nie każda korzystna dla zamawiającego zmiana umowy musi prowadzić do zmniejszenia ceny i a contrario, nie każda zmiana ograniczająca cenę, musi być dla zamawiającego korzystna. Z tego też względu, fakt iż w przedmiotowym przypadku nastąpiło zwiększenie ceny, nie oznacza automatycznie braku korzyści. Badając okoliczności zmiany umowy, wskazać należy na fakt, iż stanowiła ona skuteczną próbę dostosowania jej treści do uchwały Rady Miasta Tychy nr 0150/XLVIII/902/06 z dnia 29.06.2006r. w sprawie Polityki Transportowej dla Miasta Tychy.

Niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania zmian w umowie należy rozumieć jako zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne. 2 Procedura udzielania zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany i cechuje się daleko idącą kazuistyką. Jednym z przejawów tych

[1] Korzyść to nie tylko cena. Nowicki Józef Edmund, Zam.Pub.Dor.2008.9.23
[2] Nowicki Józef Edmund Zam.Pub.Dor.2008.9.23

własności postępowania są terminy, których dochowanie jest elementem niezbędnym do przeprowadzenia prawidłowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją jest konieczność zaplanowania i ogłoszenia przetargu ze znacznym wyprzedzeniem. W przedmiotowej sytuacji, w momencie wszczęcia postępowania, zamawiający nie był w stanie przewidzieć zmian później dokonanych uchwałą Rady Miasta. Mógł je zatem uwzględnić dopiero aneksem do już zawartej umowy.

Prawo zamówień publicznych dozwalając na zmiany w umowie, nie ograniczało przedmiotowo zakresu tych zmian. W literaturze pojawiały się jednak próby wprowadzenia wykładni zawężającej, poprzez postawienie tezy o niedopuszczalności późniejszego aneksowania umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiot wykraczałby poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia. Art. 144 ust. 1 ustawy pozwala, pod pewnymi warunkami, na zmiany (aneksowanie) umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak nie może to polegać na rozszerzeniu przedmiotu zamówienia o dodatkowe prace3.

Nawet jednak gdyby przyjąć na potrzeby niniejszej opinii prawidłowość powyższego poglądu, przedmiotowy aneks mieści się nawet w tym wąskim zakresie dopuszczalnych zmian, bowiem aneks nie wykraczał poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia, ani go nie rozszerzał.

Wniosek:

Podstawy zmiany umowy nr 27/06 z dnia 27 czerwca 2006r. dokonana aneksem nr 3 z dnia 28 czerwca 2007r. mieściły się w zakresie dopuszczalnych przesłanek określonych w art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych.

1 października 2009r.

NACZELNIK
Wydziału Zamówień Publicznych
mgr Jan Cofała

[3] Szczepański Damian, Zam.Pub.Dor.2007.4.33

Zalacznik do Uchwaly Nr 0150/XXXV/815/09
Rady Miasta Tychy z dnia 29 pazdziernika 2009 r.

D/DO/5552/826/09.10.2009.

Kancelaria Radcy Prawnego
radca prawny Dariusz Michalski

Tychy, dnia 2 października 2009 r.

Miejski Zarząd Komunikacji w Tychach
SEKRETARIAT
Wpł. -8 -10- 2009
L.dz. 3392 podpis

Dyrektor
Miejskiego Zarządu Komunikacji
w Tychach
mgr Andrzej Ochman
al. Piłsudskiego 12
43 – 100 Tychy

OPINIA PRAWNA
w sprawie wprowadzenia aneksu nr 3 do umowy nr 27/06 zawartej w dniu 27 czerwca 2006

Podstawa prawna

- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwana dalej „Ustawą"(stan prawny na dzień 28 czerwca 2007 r.);
- umowa nr 27/06 z dnia 27 czerwca 2006 r.;
- aneks nr 3 do umowy nr 27/06, zawarty w dniu 28 czerwca 2007 r.

Wstęp

Pismem DO-5552-826-09, Ldz.-3392-09 z dnia 25 września 2009 Dyrektor Miejskiego Zarządu Komunikacji w Tychach zwrócił się o sporządzenie opinii prawnej w sprawie prawidłowości wprowadzenia aneksu nr 3 do umowy nr 27/06 zawartej w dniu 27 czerwca 2006 r. pomiędzy Miejskim Zarządem Komunikacji w Tychach, a Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Tychach.

Analiza prawna

Analiza prawna zmiany umowy nr 27/06 z dnia 27 czerwca 2006 r. dokonanej poprzez zawarcie aneksu nr 3 powinna być sporządzona z uwzględnieniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesądza o tym okoliczność, iż umowa nr 27/06 została zawarta w wyniku przeprowadzenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy Ustawy.

Dla oceny prawidłowości dokonanych zmian należy posłużyć się stanem prawnym obowiązującym w chwili ich dokonywania. Rozstrzygające znaczenie dla niniejszej opinii będzie miała wykładnia przepisu art. 144 ust. 1 Ustawy. Brzmienie tego przepisu w dniu 28 czerwca 2007 r., tj. w dniu zawarcia aneksu nr 3, było następujące: *Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego.*

Należy zatem stwierdzić, iż przepis art. 144 ust. 1 Ustawy formułuje zakaz zmian postanowień umowy. Nie jest to jednak zakaz o charakterze bezwzględnym. Przepis ten przewiduje dwie sytuacje, w których zmiana postanowień umowy może nastąpić. Pierwsza, kiedy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Druga, gdy zmiany są korzystne dla zamawiającego. Wspomniany przepis nie wyklucza także kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek.

Dla zaistnienia pierwszej przesłanki niezbędne jest istnienie związku przyczynowego. Musi on zaistnieć pomiędzy koniecznością dokonania zmian w umowie, a okolicznościami, których strony nie mogły przewidzieć w chwili zawarcia tejże umowy. Musi to być związek polegający na tym, że zmiany mogą być dokonane tylko w wyniku zaistnienia niedających się przewidzieć okoliczności, a ponadto zmiany mogą być dokonane tylko w zakresie, który jest uzasadniony tymi niedającymi się przewidzieć okolicznościami.

Przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy zdarzeń skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia w ogóle nieobjętego świadomością stron, lecz zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne (tak: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Znaczenie dla dokonywanej analizy ma też fakt, iż procedura prowadząca do udzielenia zamówienia publicznego jest wysoce sformalizowana i odznacza się znaczną kazuistyką, co znajduje swój przejaw w terminach postępowania. Dochowanie terminów określonych Ustawą jest konieczną przesłanką prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W efekcie prowadzi to do nieodzowności zaplanowania i ogłoszenia przetargu ze znacznym wyprzedzeniem. Są to argumenty, które uzasadniają zmianę umowy nr 27/06 gdyż zamawiający w chwili wszczęcia postępowania, obiektywnie nie był w stanie przewidzieć zmian, które zostały dokonane późniejszą uchwałą Rady Miasta Tychy. Uwzględnienie tych zmian we wcześniej zawartej umowie mogło nastąpić dopiero aneksem.

Dla zaistnienia drugiej przesłanki należy rozważyć czy zmiana przyniesie zamawiającemu korzyść. Zgodnie z twierdzeniami doktryny, korzyść to nie tylko cena (tak: Nowicki Józef Edmund, Zam.Pub.Dor.2008.9.23). Na gruncie tego przepisu, pojęcia korzyści nie powinno się ograniczać jedynie do aspektów finansowych. Przy ocenianiu czy zmiany są korzystne dla zamawiającego powinno się brać pod uwagę także kwestie gospodarcze, organizacyjne, technologiczne lub funkcjonalne. Zatem nie tylko zmiana prowadząca do zmniejszenia ceny musi być korzystna dla zamawiającego. Ponadto, posługując się zasadami wnioskowania logicznego, można stwierdzić, iż dla zamawiającego nie musi być korzystna także każda zmiana prowadząca do zmniejszenia ceny.

Z powyższego wynika, iż chociaż w badanym przypadku doszło do zwiększenia ceny, to nie musiało się to wiązać z jednoczesnym brakiem korzyści dla zamawiającego. Co więcej, na zmianę umowy nr 27/06 niewątpliwie miała wpływ uchwała Rady Miasta Tychy nr 0150/XLVIII/902/06 z dnia 29 czerwca 2006 r. w sprawie Polityki Transportowej dla Miasta Tychy. Wprowadzenie omawianych zmian do przedmiotowej umowy niewątpliwie stanowiło dostosowanie treści tejże umowy do wskazanej uchwały Rady Miasta Tychy.

Wspomnieć należy również o pojawiających się w doktrynie głosach mówiących o niedopuszczalności aneksowania umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jego przedmiot miałby wykraczać poza pierwotny opis przedmiotu zamówienia. Takie głosy są wynikiem próby wprowadzenia wykładni zawężającej art. 144 ust. 1 Ustawy. Jednakże Ustawa nie wprowadza ograniczenia przedmiotowego zmian, które mogą być wprowadzone do umowy w drodze aneksu. Gdyby jednak mimo wszystko przyjąć prawidłowość takiego stanowiska, aneks nr 3 mimo to mieścił się w opisie przedmiotu zamówienia. Nie wykraczał poza ten opis ani go nie rozszerzał, a zatem mieścił się w nim nawet w tym wąskim zakresie, w którym ewentualne zmiany były dopuszczalne.

Wniosek

Zmiana umowy nr 27/06 zawartej w dniu 27 czerwca 2006 r. pomiędzy Miejskim Zarządem Komunikacji w Tychach, a Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Tychach, dokonana aneksem nr 3 została dokonana zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Podstawy tej zmiany należą do przesłanek zezwalających na zmiany umowy w stosunku do złożonej oferty, określonych w przepisie art. 144 ust. 1 Ustawy.

Z poważaniem

RADCA PRAWNY
Dariusz Michalski
Kr - 2035

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Michalski
43 – 100 Tychy, ul. Dmowskiego 15/1
tel./fax 0-32 328 48 36, e-mail: d.michalski@gazeta.pl