

Uchwała Nr 50/2013
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Lublinie
z 22 marca 2013 r.

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Starosty Bialskiego do wniosków pokontrolnych.

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a w związku z art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1113), po rozpatrzeniu zastrzeżeń Starosty Bialskiego do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z 8 lutego 2013 r. - Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie uchwała, co następuje:

§ 1

Uwzględnia się zastrzeżenia do wniosków zawartych w pkt. 2.1, 2.2. i 2.3 wystąpienia pokontrolnego.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

U z a s a d n i e n i e

Starosta Powiatu Bialskiego w piśmie Nr Fn. 3221.10.2013.MN z 22 lutego 2013 r. informującym Prezesa RIO o sposobie realizacji wniosków pokontrolnych, wniósł jednocześnie zastrzeżenia do wniosków sformułowanych w pkt. 2.1, 2.2 i 2.3 wystąpienia pokontrolnego Nr RIO-II-600/57/2012 z 8 lutego 2013 r. Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie, będącego następstwem kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Powiatu Bialskiego, przeprowadzonej przez inspektorów RIO w Lublinie w dniach od 26 listopada do 19 grudnia 2012 r.

Podstawą sformułowania kwestionowanych przez Starostę Bialskiego wniosków było stwierdzenie w trakcie kontroli nieprawidłowości wskazanych w pkt 2.1, 2.2 i 2.3 wystąpienia pokontrolnego. Wszystkie kwestionowane wnioski odnoszą się do zamówienia publicznego, którego przedmiotem była produkcja i dostawa tablic rejestracyjnych do oznaczania pojazdów oraz odbiór i kasacja tablic rejestracyjnych wycofanych z użytku (realizowana w okresie od

01.01.2012 r. do 31.12.2015 r.) oraz do zamówienia na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kopiarek (w pkt. 2.2).

Stwierdzone przez kontrolę nieprawidłowości w kwestionowanym zakresie polegały na:

2.1. nieokreśleniu wielkości lub zakresu zamówienia na wykonanie i dostawę tablic rejestracyjnych oraz przeniesienie obowiązków zamawiającego w tym zakresie na wykonawcę, a w konsekwencji wskazanie w umowie zawartej 29.09.2011 r. jedynie ceny jednostkowej tablicy rejestracyjnej, bez podania łącznej wielkości oraz zakresu zamówienia, co nie pozwalało na określenie wysokości zaciągniętego zobowiązania, którym w dniu zawarcia umowy obciążono plan finansowy.

W sformułowanym do tej nieprawidłowości wniosku pokontrolnym zobowiązano Powiat do określania w ogłoszeniu o zamówieniu i opisywania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - stosownie do przepisów art. 29 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

W zawieranych umowach zalecono każdorazowo określać wysokość całkowitego wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy, mając na uwadze przepisy art. 46 ust. 1 i art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), pozwalające kierownikowi jednostki na zaciąganie zobowiązań do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki. Zwrócono uwagę, że nieustalenie w umowie wysokości wynagrodzenia może skutkować jego przekroczeniem, jak też dokonywaniem wydatków w sposób niepozwalający na przestrzeganie przepisów art. 44 ust. 3 pkt 3 ww. ustawy, zobowiązujących do dokonywania wydatków publicznych w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Wskazano również by w przypadku braku możliwości ustalenia realnej wartości wynagrodzenia umownego, rozważyć możliwość podawania w umowach np. wynagrodzenia wstępnego oraz podstaw do określania wynagrodzenia ostatecznego.

W złożonym do wystąpienia pokontrolnego zastrzeżeniu do tego wniosku Starosta Bialski zarzuca naruszenie prawa poprzez wadliwą subsumpcję, co doprowadziło do niezgodności między ustalonym stanem faktycznym a hipotezą wskazanych norm prawnych. Wnoszący zastrzeżenie wskazuje niewłaściwe zastosowanie powołanych we wniosku pokontrolnym przepisów. Zdaniem Starosty określony w dokumentach przetargowych przedmiot zamówienia nie pozostawia żadnych wątpliwości czego przetarg dotyczy. Opisano wynagrodzenie wykonawcy obliczone jako iloczyn ilości zamówionych przez zamawiającego i dostarczonych tablic rejestracyjnych i ich cen jednostkowych brutto, które w okresie obowiązywania umowy nie może przekroczyć wskazanej w rozporządzeniu Prezesa RM w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów - kwoty 911.340 zł, a od której uzależniony jest obowiązek przekazywania

ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W celu umożliwienia wykonawcy oszacowania potrzebnych zamawiającemu ilości tablic rejestracyjnych, po dokonaniu przez wykonawcę - będącym podmiotem profesjonalnym, posiadającym odpowiednie zezwolenie marszałka województwa - samodzielnej analizy zmieniającej się sytuacji na rynku, podano również dla każdego z 18 poszczególnych rodzajów, ilość tablic wydanych przez zamawiającego w ostatnich 3,5 lat. Zdaniem Starosty są to dokładne dane potrzebne do określenia wielkości zamówienia, dlatego nie można zgodzić się z zarzutem Izby, że obowiązek określenia wielkości lub zakresu zamówienia Powiat przeniósł na wykonawcę. Zamawiający określił wielkość zamówienia, jednakże ze względu na specyficzny charakter dostawy i brak możliwości ustalenia realnych potrzeb - w sposób odbiegający od form najczęściej stosowanych w zamówieniach, tj. określenia konkretnej ilości sztuk.

W ocenie Starosty nie doszło też do naruszenia przepisów przytoczonych z ustawy o finansach publicznych, uprawniających do zaciągania przez kierownika jednostki zobowiązań do wysokości wynikającej z zatwierdzonego planu finansowego. Jego zdaniem zaplanowane na zakup tablic rejestracyjnych wydatki mieściły się w planie finansowym jednostki. Nie ma też żadnych podstaw do przypuszczenia, że do ich naruszenia może dojść w kolejnych latach realizacji umowy, tym bardziej, że Powiat nie ma żadnych problemów z uzyskaniem środków finansowych na pokrycie wydatków na zakup tablic, niezależnie od ewentualnego wzrostu zapotrzebowania w ciągu roku. Powiat wykonuje zadanie ustawowe, w ramach którego pobiera opłaty stanowiące dochód powiatu w wysokości ustalonej przez Ministra właściwego do spraw transportu.

Podnoszone w zastrzeżeniu do wniosku 2.1. zarzuty naruszenia prawa ujęte w pkt. 3 i 4 odnoszą się do przepisów, które nie były wskazane w kwestionowanych przez Powiat wnioskach pokontrolnych, tj. art. 44 ust. 3 pkt 1 i art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych, art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 536 § 1 Kodeksu cywilnego.

Wnoszący zastrzeżenie zarzuca przyjęcie przez Izbę, że przepisy te nie istnieją lub nie obowiązują, co skutkowało postawieniem zarzutu, że w umowie na dostawę tablic rejestracyjnych nie ustalono wysokości całkowitego wynagrodzenia należnego wykonawcy oraz mogło mieć wpływ na podważenie przez organ kontrolujący sposobu określenia w dokumentach przetargowych i umowie ilości tablic rejestracyjnych. Zdaniem zastrzegającego, w oparciu o art. 536 § 1 Kodeksu cywilnego, do którego odsyła wskazany wyżej przepis ustawy Prawo zamówień publicznych, cenę można określić przez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Podana przez zamawiającego w rozdz. III ust. 1 siwz podstawa obliczenia ceny (tj. „ilość, rodzaj i odmianę tablic rejestracyjnych zamawiający będzie określał w zamówieniach częściowych według swoich rzeczywistych potrzeb, niemożliwych w tej chwili do ustalenia), dowodzi, że zamawiający dokonał precyzyjnego określenia sposobu obliczenia całkowitego wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy.

Starosta odwołuje się do stosowanej od lat zasady, w myśl której organ rejestrujący pojazdy zakupuje tylko taką ilość tablic konkretnego rodzaju, jaka jest niezbędna do terminowej realizacji zadań, co jest najbardziej celowym i oszczędnym, a więc najlepszym sposobem dokonania

zakupu tablic. Zamówienie i zakup konkretnej, określonej z góry ilości tablic każdego rodzaju byłoby w konsekwencji nadmiernym w stosunku do realnych potrzeb wydawaniem publicznych środków, co byłoby niezgodne z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy.

Nieprawidłowość w pkt. 2.2 polegała na:

2.2. niezawarcie – w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych udzielonych w 2011 r. w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie i dostawę tablic rejestracyjnych oraz na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kopiarek – informacji na temat wadium, mimo, jej zawarcia w specyfikacjach istotnych warunków zamówień.

W sformułowanym do tej nieprawidłowości wniosku pokontrolnym zalecono by w ogłoszeniu o zamówieniu zawierać informacje zgodnie z informacjami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wymagania dotyczące wadium (jeżeli zamawiający żąda jego wniesienia), stosownie do przepisów art. 36 ust. 1 pkt 8 oraz art. 41 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, mając na uwadze, że niezawarcie w ogłoszeniu wszystkich informacji ujętych w specyfikacji może godzić w zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, określoną w przepisach art. 7 ust. 1 tej ustawy.

W złożonym zastrzeżeniu do tego wniosku, Starosta Bialski zarzuca niewłaściwe zastosowanie wskazanych w nim przepisów, co doprowadziło do niezgodności między ustalonym stanem faktycznym a wskazanymi normami prawnymi. Starosta wyjaśnił, że nie wpisał do ogłoszenia żadnej informacji dotyczącej wadium, ponieważ wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - rozdz. VIII. "Wymagania dotyczące wadium": „Zamawiający nie żąda od wykonawców wniesienia wadium” - wadium nie było wymagane. Przytoczył przy tym rozporządzenie Prezesa RM w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w którym w załączniku Nr 1 „Ogłoszenie o zamówieniu”, w sekcji III.1. Wadium - jest zapis „ Informacja na temat wadium (jeżeli dotyczy)”.

W ocenie Starosty nie naruszył on również zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ww. ustawy, bowiem zarówno z treści specyfikacji jak i z treści ogłoszenia o zamówieniu – dla wszystkich wykonawców wynika brak żądania wniesienia wadium.

Nieprawidłowość sformułowana w pkt. 2.3. polegała na:

2.3. niezamieszczeniu na stronie internetowej treści zapytania (prośby) wykonawcy o zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wykonanie i dostawę tablic rejestracyjnych oraz udzielonych temu wykonawcy wyjaśnień w tym zakresie.

W sformułowanym do tej nieprawidłowości wniosku pokontrolnym zalecono aby treść zapytań wykonawcy wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczać – w przypadku przetargu nieograniczonego – na stronie internetowej, na której była udostępniona specyfikacja, stosownie do przepisów art. 38 ust. 2 w związku z art. 42 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mając na uwadze przepisy art. 7 ust. 1 tej

ustawy.

Zdaniem Starosty wskazane w zaleceniu przepisy nie miały zastosowania, bowiem pismo przesłane przez jednego z wykonawców nie zawierało w swej treści pytań ani wniosków o wyjaśnienie, w związku z czym zamawiający nie udzielił żadnych wyjaśnień na podstawie ww. art. 38 ust. 2 ustawy. Zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, przedłużające termin składania ofert zostały udostępnione na stronie internetowej – stosownie do art. 42 ust. 1 ustawy. Wszyscy zainteresowani mieli więc równy dostęp do informacji o zmienionych warunkach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, zatem zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie stron - była nie naruszona.

W ocenie Kolegium zgłaszający zastrzeżenia spełnił wynikające z art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t. j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1113) wymogi formalno - prawne, tj. terminowe nadesłanie zastrzeżeń oraz wskazanie zarzutów naruszenia prawa, co uprawnia Kolegium do merytorycznego ich rozpatrzenia.

Po dokonaniu analizy stanu faktycznego i prawnego oraz wysłuchaniu uczestniczącego w posiedzeniu Kolegium pełnomocnika Powiatu, **Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej stwierdziło, co następuje:**

Ad.1.

Postanowienia art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 12 oraz art. 41 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że przedmiot zamówienia należy opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu, jak również opis sposobu obliczenia ceny należy zawierać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w ogłoszeniu o zamówieniu należy ujmować określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia.

Z protokołu kontroli wynika, że zarówno w ogłoszeniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisano, że ilość, rodzaj i odmianę tablic rejestracyjnych zamawiający będzie określał w zamówieniach częściowych według rzeczywistych potrzeb. Określono dalej, że wynagrodzeniem wykonawcy będzie kwota obliczona jako iloczyn ilości zamówionych przez zamawiającego i dostarczonych tablic rejestracyjnych w okresie realizacji niniejszej umowy i ich cen jednostkowych brutto. Cena brutto natomiast, będąca wynagrodzeniem wykonawcy wyliczonym w sposób wskazany wyżej nie może przekroczyć kwoty 911.340 zł. W celu umożliwienia wykonawcy oszacowania ilości tablic rejestracyjnych poszczególnych rodzajów, jakie mogą być potrzebne zamawiającemu w okresie realizacji umowy (po dokonaniu przez wykonawcę samodzielnej analizy zmieniającej się sytuacji na rynku), w tabeli Nr 1 Powiat podał ilość tablic rejestracyjnych, wydanych przez zamawiającego w ostatnich 3,5 roku.

W złożonym zastrzeżeniu zamawiający nadmienił, że wielkość zamówienia określił

w sposób odbiegający od form najczęściej stosowanych (tj. z podaniem konkretnej ilości sztuk), ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, polegającą na braku możliwości ustalenia realnych potrzeb na tablice rejestracyjne w czteroletnim odcinku czasowym.

Z powyższych określeń wynika, że Powiat opisał przedmiot zamówienia, podając też podstawy ustalenia ceny (brutto), będącej iloczynem ilości zamówionych przez zamawiającego i dostarczonych tablic rejestracyjnych w okresie realizacji niniejszej umowy i ich cen jednostkowych brutto.

Sposób, w jaki zamawiający określił wielkość (zakres) zamówienia, tj. poprzez udostępnienie wykonawcy danych historycznych, przy jednoczesnym wyznaczeniu granicy wynagrodzenia wykonawcy, nieprzekraczającej kwoty 911.340 zł - Kolegium uznało za wystarczający do spełnienia wymogów określonych we ww. przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprawdzie do wskazania wynagrodzenia wykonawcy posłużono się określoną przez Prezesa Rady Ministrów w oparciu o art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wartością zamówień oraz konkursów, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, to jednak Kolegium przyjęło, że zamawiający przyjął ją jako maksymalną wartość, której cena brutto zamówienia nie może przekroczyć.

Z powyższych względów jak również wobec braku stwierdzenia podczas przeprowadzonej kontroli naruszenia postanowień art. 46 ust. 1, art. 44 ust. 3 pkt 3 i art. 261 ustawy o finansach publicznych, zobowiązujących kierownika jednostki do zaciągania zobowiązań pieniężnych do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym oraz dokonywania wydatków publicznych w wysokości wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań - zastrzeżenie do wniosku 2.1 należało uwzględnić.

Ad. 2) Stosownie do opisu zawartego w załączniku Nr 1 „Ogłoszenie o zamówieniu” do rozporządzenia Prezesa RM z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 69), informację na temat wadium zamieszcza się jeśli w istocie jest ono wymagane.

W protokole z kontroli zapisano, że treść ogłoszenia nie zawierała informacji o wadium, mimo jej wskazania w siwz. Ponieważ jednostka kontrolowana na etapie podpisania protokołu kontroli nie kwestionowała jego ustaleń, ani też nie wyjaśniła powodu nie zawierania informacji o wadium w ogłoszeniu, został wydany wniosek pokontrolny, aby w ogłoszeniu zawierać informacje o wadium zgodnie z informacjami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ze złożonego przez Starostę zastrzeżenia do tego wniosku wynika jednakże, że zamawiający nie żądał od wykonawców wadium w postępowaniu, co istotnie zmienia stan faktyczny. Dlatego Kolegium podziela stanowisko wnoszącego zastrzeżenie, że w takiej sytuacji,

w ogłoszeniu o zamówieniu nie ma obowiązku zamieszczać informacji o wadium.

Zastrzeżenie do wniosku 2.2 zasługuje więc na uwzględnienie.

Ad. 3) Przepis art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje, by treść zapytań wykonawcy wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazywał wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest zamieszczana na stronie internetowej, zamieszczał na tej stronie.

Z ustaleń kontroli wynika, że jeden z wykonawców zwrócił się z prośbą o uwzględnienie w projekcie umowy możliwości zmiany jednostkowej ceny tablicy w okresie obowiązywania umowy, załączając propozycję zmiany i wskazując argumenty za nią przemawiające.

Zamawiający uwzględnił złożony przez wykonawcę wniosek/prośbę, dokonując zmian treści siwz i ogłoszenia, i zamieścił ją na stronie internetowej. Nie zamieścił natomiast treści prośby - co zarzuciła kontrola - uznając, że nie zawierała ona pytań, na które należało dokonać wyjaśnień w trybie ww. przepisu.

Kolegium podzieliło argumentację Starosty, że przesłane przez wykonawcę pismo nie dotyczyło w istocie redakcyjnie ujętych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Było prośbą o uzupełnienie tych zapisów o możliwość waloryzacji wynagrodzenia. Nie tyle więc sama treść siwz budziła wątpliwości danego wykonawcy, ile to co w niej nie zostało ujęte, a – jego zdaniem – powinno być. W tej sytuacji przepis art. 38 ust. 2 ustawy, zobowiązujący do udzielania przez zamawiającego wyjaśnień treści siwz – w ocenie Kolegium - nie miał zastosowania.

Z tych względów zastrzeżenie do wniosku 2.3. należało uwzględnić.

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

Otrzymuje:

Starosta Powiatu Bialskiego