

Uchwała Nr 30/2012
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z 29 lutego 2012 roku

**w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Burmistrza Przemkowa do wystąpienia
pokontrolnego z dnia 19 stycznia 2012 roku Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu**

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5 a oraz art. 25 b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 ze zm.), Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu uchwała, co następuje:

§ 1

Oddala się zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 3c i 3d w całości.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie

Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu w wystąpieniu pokontrolnym z 19 stycznia 2012 r. (znak: WK.60/226/K-109/11) skierowanym do Burmistrza Przemkowa, działając na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, wskazała na nieprawidłowości i uchybienia szczegółowo opisane w protokole kontroli doraźnej długu i realizacji zamówień publicznych gminy Przemków.

Burmistrz Przemkowa pismem z 7 lutego 2012 r. – doręczonym Izbie 10 lutego 2012 r. – wniósł zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 3c i 3d zawartych w wystąpieniu pokontrolnym.

Regionalna Izba Obrachunkowa przedmiotowymi wnioskami zaleciła, co następuje:

„3. Przestrzeganie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), a zwłaszcza w zakresie:

c) przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, zgodnie z przepisami zawartymi w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy,

d) składania, w odpowiednim terminie, oświadczeń o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy, przez osoby przeprowadzające procedurę wyboru wykonawcy zadania publicznego w trybie przetargu nieograniczonego,”

Wniosek 3c sformułowany został w następstwie stwierdzenia, w wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę samochodu służbowego na potrzeby Urzędu Miejskiego w Przemkowie, cech dyskryminacji pośredniej wobec użycia w opisie przedmiotu zamówienia wymogów oraz parametrów technicznych dotyczących systemów bezpieczeństwa, których łączne zestawienie zawęży wybór zamawiającego do konkretnej marki i modelu samochodu osobowego. Zamawiający w ogłoszeniu przetargu nieograniczonego oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dostawę samochodu służbowego określił minimalne warunki odnośnie systemów bezpieczeństwa w następujący sposób " ESP, ABS, EBD, TA, EBA, IPS, HPAS".

W ocenie Burmistrza Przemkowa Izba nie wykazała, że opis parametrów technicznych w przytoczony sposób dotyczy tylko i wyłącznie jednego modelu samochodu. Ponadto Burmistrz stwierdza, że Izba nie odniosła się do wyjaśnień złożonych w trakcie kontroli. Według Burmistrza w opisie przedmiotu zamówienia

zastosowane zostały skróty, które są skrótami angielskich opisów systemów bezpieczeństwa powszechnie występujących w większości modeli samochodów. "Generalna zasada działania powyższych systemów mimo różnic szczegółowych rozwiązań technicznych w świecie motoryzacji jest powszechnie znana i nie wymaga szczegółowego definiowania w specyfikacji, o czym świadczy brak zapytań oferentów w sprawie systemów bezpieczeństwa".

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu po dokonaniu oceny zgromadzonych w wyniku kontroli dokumentów dotyczących przedmiotowego przetargu nie podziela stanowiska prezentowanego przez wnoszącego zastrzeżenia, bowiem użyte w opisie przedmiotu zamówienia określenie wymogów oraz parametrów technicznych dotyczących systemów bezpieczeństwa poprzez łączne zestawienie skrótów "ESP, ABS, EBD, TA, EBA, IPS, HPAS", zawęża wybór samochodu osobowego do marki FORD.

Za wskazaniem na jednego producenta samochodu przemawia użycie poniższych skrótów:

TA - Traction Assist - system, którego głównym zadaniem jest niedopuszczenie do nadmiernego poślizgu kół pojazdu podczas przyspieszania. Skrót ten używany jest przez producenta samochodów marki FORD w materiałach promocyjnych. System można określić jako system kontroli trakcji, co nie wymagałoby szczegółowego definiowania i byłoby czytelnym określeniem dla wykonawców.

EBA - układ wspomagania awaryjnego hamowania - Ford powszechnie stosuje ten skrót w swoich materiałach promocyjnych. Właściwym byłoby użycie określenia system wspomagania nagłego hamowania.

IPS - Intelligent Protection System - "obszerny pakiet współpracujących ze sobą układów systemów i czujników, wśród których znajduje się sztywna stalowa klatka przedziału pasażerskiego, zwiększająca zarówno czynne, jak i bierne bezpieczeństwo pasażerów" - to cytata z materiałów Forda. Jest to system stworzony przez tego producenta.

HPAS - układ wspomagania kierownicy - skrót stosowany wyłącznie przez producenta samochodów jakim jest Ford.

Pozostałe użyte skróty tj. ESP, ABS i EBD są używane przez wielu producentów samochodów, jako uniwersalne, służące do określenia systemów stabilizacji toru jazdy, zapobiegania blokowaniu kół oraz rozdzielającego siły hamowania.

Zastosowane przez zamawiającego wymagania odnośnie systemów bezpieczeństwa, pozbawiające w istocie możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców oferujących inne marki samochodów niż FORD, stoją w sprzeczności z przepisami art. 29 ust. 1 i 2 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 ze zm.), zwanej dalej - ustawą Pzp. Przepisy te nakładają na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, jednak w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W ustępie 2 art. 29 ustawy Pzp ustawodawca stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co oznacza, że do stwierdzenia nieprawidłowości w tym zakresie, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niekoniecznie prowadzących do realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Z ukształtowanej linii orzeczniczej sądów i Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie to nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca. Przedmiot zamówienia ma być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji, co oznacza konieczność eliminacji wszelkich sformułowań, które mogłyby

wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź eliminować wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

W świetle powyższego Kolegium Izby uznaje wniosek pokontrolny 3c za zasadny i oddala wniesione zastrzeżenia.

Wniosek pokontrolny 3d dotyczący przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza w zakresie składania, w odpowiednim terminie, oświadczeń o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy, przez osoby przeprowadzające procedurę wyboru wykonawcy zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, sformułowany został w następstwie ustalenia, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, oświadczenia o braku lub istnieniu przesłanek określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp były składane przed otwarciem ofert. Działanie takie stoi w sprzeczności z celem jakiego służy obowiązek składania powyższych oświadczeń. Zgodnie z przepisami art. 7 ust. 2 ustawy Pzp czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Wyrazem powyższej zasady są przepisy art. 17 ustawy Pzp, gdzie w ustępie 1 ustawodawca określił katalog przesłanek, których wystąpienie w odniesieniu do osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego, rodzi obowiązek wyłączenia tej osoby z postępowania. Analiza tych przesłanek prowadzi do wniosku, iż ustalenie istnienia, bądź nieistnienia tych przesłanek, możliwe jest dopiero w momencie, gdy ujawnieni zostaną wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Przemawia za tym fakt, iż przesłanki te odnoszą się do istnienia bądź nie określonych relacji, w tym rodzinnych, prawnych i faktycznych, pomiędzy osobą dokonującą czynności w postępowaniu po stronie zamawiającego a wykonawcą. Wyjątek stanowią przesłanki określone w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy Pzp, których istnienie może być ustalone już w momencie wszczęcia postępowania (ubieganie się o udzielenie danego zamówienia, karalność za przestępstwa wskazane w tym przepisie). Natomiast z istoty pozostałych przesłanek, określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp wynika, iż oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania może być złożone dopiero po ujawnieniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, co w przypadku przetargu nieograniczonego następuje z chwilą otwarcia ofert. Dlatego też zalecenie pokontrolne 3d odnosi się do przetargu nieograniczonego, w którym złożenie oświadczenia, wymaganego przepisami art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, w terminie wszczęcia postępowania nie może być traktowane jako spełniające wymogi art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Działanie takie będzie natomiast jak najbardziej właściwe w przypadku zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę czy zamówienia z wolnej ręki. W trybach tych zamawiający decyduje bowiem o wykonawcach, do których kieruje zaproszenie do wzięcia udziału w postępowaniu. Ustawa Pzp nie zawiera wyraźnego zastrzeżenia co do terminu, w którym winno nastąpić złożenie oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. To zamawiający w zależności od zastosowanego trybu postępowania oraz oceny okoliczności występujących w toku prowadzonego postępowania decyduje o momencie złożenia oświadczenia przez osoby biorące udział w postępowaniu po stronie zamawiającego. Zawsze jednak koniecznym jest przyjęcie terminu pozwalającego na pełną realizację przez zamawiającego zasady wynikającej z art. 7 ust. 2 ustawy Pzp.

Kolegium Izby nie znajduje zatem podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń Burmistrza Przemkowa do wniosku pokontrolnego 3d, który został sformułowany w odniesieniu do oświadczeń składanych w przetargu nieograniczonym, a określenie "w odpowiednim terminie" oznacza termin, w którym możliwe jest złożenie

oświadczenia w odniesieniu do pełnego zakresu przesłanek określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu postanowiło jak w sentencji uchwały.

Uchwała jest ostateczna i nie przysługuje na nią skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Przewodnicząca Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu

/-/ Lucyna Hanus