

p.

22.03.2018

o/a Asg

PREZYDENT MIASTA  
Dąbrowy Górniczej  
woj. śląskie

Dąbrowa Górnicza, 22 marca 2018 r.

WZA.1710.2.2017.KZ

WYDZIAŁ ADMINISTRACYJNY  
Biuro Organizacyjny

Pan Jarosław Wieczorek  
Wojewoda Śląski

wpłynął dnia 22.03.2018 Asg

ul. Jagiellońska 25  
40-032 Katowice

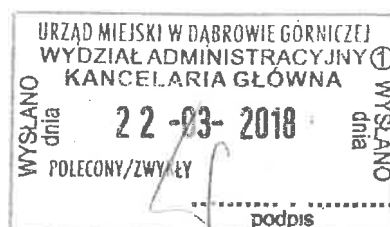
dot. Projektu Wystąpienia pokontrolnego (RWIIa.805.3.424.2017 z 9 marca 2018 r.) – Resortowy program rozwoju instytucji opieki nad dziećmi w wieku do lat 3 „Maluch” – umowa o dofinansowanie nr: 424/2016/M1 z 21 czerwca 2016 r. (wpływ do tut. Urzędu w dniu 16 marca 2018 r.)

Na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (Dz.U. z 2011 r. Nr 185, poz. 1092) składam umotywowane zastrzeżenia do otrzymanego projektu Wystąpienia pokontrolnego, wnosząc o ich uwzględnienie.

**1. Wniosek o zmianę oceny częściowej w zakresie obszaru kontroli dotyczącego zamówień publicznych.**

Odnosząc się do negatywnej oceny częściowej w zakresie obszaru kontroli dotyczącego zamówień publicznych, Kontrolowany prosi o zmianę oceny na „pozytywną pomimo stwierdzonych nieprawidłowości”. Zgodnie z tym co stwierdził Kontrolujący niemal wszystkie elementy procedury udzielenia zamówienia publicznego były prawidłowe i zgodne z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. W ocenie Kontrolowanego procedura nie naruszała zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. od 7 do 10 ustawy, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji. Należy także zaznaczyć, że żadne z zastrzeżeń do postępowania nie dotyczy naruszenia, które na mocy art. 146 ustawy, mogłoby skutkować nieważnością umowy.

Kontrolujący potwierdza, że prawidłowo określono tryb i rodzaj przedmiotowego zamówienia, prawidłowo określono wartość szacunkową zamówienia, SIWZ zawierała elementy wyszczególnione w art. 36 ww ustawy, warunki udziału w postępowaniu nie naruszały zasad uczciwej konkurencji, nie kwestionuje także prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej. Dalej stwierdza, że Zamawiający żądał od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, prawidłowo określono kryteria oceny ofert, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy w zakresie wykluczania wykonawców, wybrano najkorzystniejszą ofertę, która spełniała wymogi określone w SIWZ, prawidłowo zawiadomiono o wyborze oferty i zamieszczono ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Nie stwierdzono także wprowadzenia niedopuszczalnych zmian w zawartej umowie, a świadczenie wykonawcy zawarte w umowie było zgodne ze złożoną ofertą, SIWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu.



## **2. Wyjaśnienia dotyczące zarzutu dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na znaki towarowe konkretnych producentów.**

Co do najistotniejszego w ocenie Kontrolowanego zarzutu dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na znaki towarowe konkretnych producentów to należy stwierdzić, że Zamawiający musi w tym zakresie polegać na wiedzy projektanta, którego ocenie podlega w jaki sposób opisać przedmiot zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ww ustawy czyli „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieścił punkt dotyczący możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych:

### **„3.3.3. Rozwiązania równoważne**

3.3.3.1. Wskazane w SIWZ znaki towarowe, patenty i miejsce pochodzenia są uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i mają na celu wskazanie jedynie jakości i parametrów przedmiotu zamówienia z uwagi na brak innych dostatecznie dokładnych określeń, które pozwalałyby opisać przedmiot zamówienia w tej części w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W związku z powyższym Wykonawcy mogą składać oferty równoważne w stosunku do przedmiotu zamówienia przedstawionego w SIWZ - zgodnie z art. 30 ust. 4 i 5 Ustawy.

W związku z tym :

3.3.3.2. Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych – tj. o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w SIWZ – w odniesieniu do materiałów i urządzeń, których pochodzenie zostało określone przez Zamawiającego w SIWZ nazwą producenta.

3.3.3.3. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego”. Równoważność pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych ma w szczególności gwarantować realizację robót w zgodzie z dokumentacją techniczną oraz zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ.”

Zamawiający zgodnie z tym, co twierdzi Kontrolujący nie wskazywał, które z parametrów będzie brał pod uwagę przy badaniu równoważności, jednak brak takiego określenia nie zamykał wykonawcom drogi do zastosowania materiałów i urządzeń równoważnych. Wykonawcy nie wnieśli środków ochrony prawnej co do zapisów specyfikacji dotyczących równoważności. Zamawiający udzielił odpowiedzi na 125 zapytań złożonych do postępowania i należy zaznaczyć, że tylko jedno z nich dotyczyło propozycji zastosowania rozwiązania równoważnego. Ponadto, żadna z odrzuconych ofert nie została odrzucona na skutek zaproponowania przez Wykonawcę materiałów lub urządzeń, które nie zostały uznane przez Zamawiającego za równoważne.

Dodatkowo należy także zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający celem jak najlepszego zapoznania Wykonawców z obiektem i wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości skorzystał z instytucji zebrania Wykonawców.

Artykuł 29 ust. 3 dotyczący zakazu opisu przedmiotu zamówienia zawężający rynek potencjalnych wykonawców „przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia” należy czytać w kontekście art. 29 ust. 2 ustawy zgodnie z którym „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”

O tym, że Zamawiający dołożył należytej staranności w zapewnieniu jak największej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu i o tym, że użyte w dokumentacji przykładowe nazwy własne nie spowodowały zawężenia rynku potencjalnych wykonawców może świadczyć bardzo duża, jak na przetargi organizowane przez tutejszy Urząd, liczba wykonawców, którzy złożyli oferty tj. 19.

### 3. Wyjaśnienia dotyczące nieujęcia informacji o zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu.

1) Zamawiający istotnie nie ujął informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jednak nie udzielił żadnego zamówienia uzupełniającego w związku z czym błąd ten nie rodzi żadnych konsekwencji w postaci nieuprawnionego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy.

2) Elektroniczny formularz ogłoszenia o zamówieniu na stronie Biuletynu Zamówień Publicznych, w czasie kiedy sporządzano ogłoszenie, nie posiadał odrębnej sekcji dotyczącej przewidywanych zamówień uzupełniających w związku z czym miejscem, w którym umieszczano informacje o nich była sekcja IV.4.16) „Informacje dodatkowe, w tym dotyczące finansowania projektu/programu ze środków Unii Europejskiej” co mogło spowodować omyłkowe pominięcie ww. informacji. Nie jest to argument podważający ustalenie Kontrolującego pokazuje jednak okoliczności, w których doszło do popełnienia błędu.

### 4. Wyjaśnienia dotyczące naruszenia art. 46 ust. 1 i 1a ustawy

Długi termin zwrotu wadium, który w ocenie Kontrolowanego stanowił naruszenie art. 46 ust. 1 i 1a ustawy z racji braku niezwłocznego zwrotu wadium, wynikał głównie z bardzo dużej ilości ofert złożonych do postępowania i konieczności obsłużenia innych postępowań, które toczyły się jednocześnie.

Co do terminu „niezwłocznie” Kontrolowany pragnie wskazać, że termin „niezwłocznego” spełnienia świadczenia oznacza obowiązek spełnienia go bez zbędnej zwłoki. Termin „niezwłocznie” oznacza więc termin realny, uwzględniający okoliczności miejsca i czasu. Nie można go utożsamiać z terminem natychmiastowym.

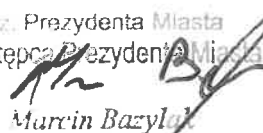
W wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) Sąd Najwyższy zauważa, że użytego w art. 455 KC terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, **termin „niezwłocznie”** oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 KC (Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności). Pojęcie „niezwłocznie” jest zatem rozszyfrowywane na podstawie wszystkich okoliczności sprawy, a przede wszystkim w oparciu o sytuację osoby zobowiązanej do wykonania określonej czynności prawnej w takim właśnie terminie. W glosie do uchwały SN z dnia 19 maja 1992 r. (sygn. akt III CZP 56/92), K. Korzan zaznaczył, że „niezwłoczność oznacza konieczność respektowania czasu potrzebnego dłużnikowi do zabezpieczenia prawidłowego wykonania zobowiązania. Długość tego czasu zależy od istniejących w obrocie cywilnym stosunków w odniesieniu do skonkretyzowanego zobowiązania. Czasu potrzebnego do niezwłocznego wykonania zobowiązania nie da się oznaczyć sztywno określoną liczbą dni czy tygodni. Przyjmuje się, że w sytuacjach typowych, gdy dłużnik dokonuje prostych czynności polegających na zwykłym przeliczeniu towaru, sprawdzeniu faktury jako dokumentu rozliczeniowego, wystaniu należności przekazem pocztowym, na dokonanie tych czynności z reguły wystarcza dłużnikowi około dwóch tygodni”.

### 5. Wyjaśnienia dotyczące protokołu postępowania.

a) Wyjaśnienia dotyczące daty sporządzenia kosztorysu inwestorskiego zostały udzielone w trakcie przeprowadzanej kontroli i Kontrolowany podtrzymuje zajęte w nich stanowisko.

b) Nie podano ofert wykonawców wykluczonych w zestawieniu ofert odrzuconych gdyż to, że ofertę wykonawcy wykluczonego traktuje się jako odrzuconą jest oczywistością i ponowne wymienianie wykonawców wykluczonych w liście dotyczącej ofert odrzuconych nie ma uzasadnienia redakcyjnego.

c) Nie wypełniono pkt 15.1. i 16 protokołu, ponieważ nie wniesiono środków ochrony prawnej ani nie dokonano czynności powtórzonych lub nowych w związku z czym uznano, że jest to równoznaczne z brakiem w postępowaniu wymienionych w tych punktach czynności. Kontrolowany potwierdza jednak, że istotnie po zakończonym terminie na wniesienie środków odwoławczych należało zaznaczyć właściwą opcję wyboru, potwierdza także oczywistą omyłkę pisarską stwierdzoną w numeracji protokołu.

wz. Prezydenta Miasta  
I Zastępcę Prezydenta Miasta  
  
Marcin Bazyluk