



PREZES
REGIONALNEJ IZBY OBRACHUNKOWEJ
W KATOWICACH

Katowice, 29 kwietnia 2020 r.

Znak: WK-611/7/4/19/20

Pan
Zdzisław Trzepizór
Prezes Zarządu
Miejskiego Ośrodka
Sportu i Rekreacji
w Zabrze sp. z o.o.

Wystąpienie pokontrolne

Inspektorzy Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach przeprowadzili w dniach w okresie 19 grudnia 2019 r. do 31 stycznia 2020 r. kontrolę problemową gospodarki finansowej w **Miejskim Ośrodku Sportu i Rekreacji w Zabrze sp. z o.o.** za okres od 1 stycznia 2014 r. do 31 stycznia 2020 r.

Ustalenia kontroli zostały zawarte w protokole kontroli, podpisanym w dniu 2 marca 2020 r., którego jeden egzemplarz pozostawiono w jednostce kontrolowanej.

Poniżej przedstawiam poszczególne nieprawidłowości, wskazując wniosek zmierzający do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności oraz osoby odpowiedzialne za nieprawidłowe wykonywanie czynności służbowych, stosownie do art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2137).

W zakresie zamówień publicznych:

- *W zakresie realizacji corocznych zamówień publicznych na: „Świadczenie usług ochrony fizycznej obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrze sp. z o.o. wraz z usługami dodatkowymi” w okresie od 1 października 2017 r. do 30 września 2020 r. stwierdzono, że Zamawiający, przeprowadzając w latach 2017, 2018 i 2019 coroczne przetargi nieograniczone w celu wyłonienia Wykonawców dla tych usług, w niczym nieograniczony sposób, przewidywał możliwość wyłączenia z usług ochrony - obiektów, objętych przedmiotem zamówienia, co czyniło w tych przetargach, opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym oraz niewyczerpującym. Powyższym naruszono przepisy art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 41 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.).*

Zamawiający w wyniku corocznych przetargów nieograniczonych, zawierał umowy o świadczenie usług ochroniarskich wraz z usługami dodatkowymi, na okres 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, wykraczający poza rok budżetowy, w którym taka umowa została zawarta, tj. obejmujący miesiące: styczeń, luty, marzec, kwiecień, maj, czerwiec, lipiec, sierpień i wrzesień roku następnego.

Natomiast Zamawiający - MOSiR w Zabrze sp. z o.o. zarządzał tymi obiektami (nieruchomościami), objętymi usługami ochroniarskimi na podstawie przyszłych umów o zarządzenie, corocznie zawieranych z Miastem Zabrze, na okres danego roku budżetowego, tj.:

- od 1.01.2017 r. do 31.12.2017 r.
- od 1.01.2018 r. do 31.12.2018 r.
- od 1.01.2019 r. do 31.12.2019 r.

Tym samym, w momencie wylaniania Wykonawcy dla tego rodzaju usług ochroniarskich, tj. w okresie przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawierania umów na usługi ochroniarskie, MOSiR w Zabrze sp. z o.o. nie mógł mieć pewności, czy w następnym roku budżetowym, będzie jeszcze zarządzał tymi obiektami, których ochronę zlecił w poprzednim roku budżetowym.

Dlatego też, Zamawiający w każdym z corocznie przeprowadzanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zastrzegł w opisie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ: „prawo wyłączenia z usług ochrony obiektu, co do którego Gmina Zabrze nie powierzy mu zarządzania bądź w przypadku, którego utraci takie prawo z datą wskazaną w zawiadomieniu. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie wyłącznie za faktycznie wykonane usługi z wyłączeniem wskazanych przez Zamawiającego obiektów w przypadku określonym powyżej”.

Z pisemnych wyjaśnień złożonych w toku kontroli przez p. Zdzisława Trzepizór – Prezesa Zarządu MOSiR w Zabrze sp. z o.o. wynika, że „nie można wykluczyć, że wskutek jakiś szczególnych okoliczności nie dojdzie do zawarcia z Gminą Miejską Zabrze nawet wszystkich umów o zarządzanie lub jednej z nich”.

Stwierdzenia wymaga, że Wykonawca wycenia swoją ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. W oparciu o powyższe kalkuluje swoją ofertę. W sytuacji, w której Zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem zawarte w ofercie zobowiązanie, wynika z treści SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia opisany przez Zamawiającego w SIWZ w sposób jednoznaczny stanowi podstawę złożenia oferty przez Wykonawcę i takiego też zakresu realizacji zamówienia Wykonawca oczekuje w toku wykonania zamówienia, za co przysługuje mu określone w treści umowy wynagrodzenie.

Jeżeli zatem Zamawiający w niczym nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznaczny i niewyczerpujący. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty.

Zamawiający zatem powinien tak opisać w SIWZ zasady związane z wyłączeniem z usług ochrony - obiektów, w których usługa stanowiąca przedmiot zamówienia ma być świadczona, aby określić granice ryzyka Wykonawcy, uzasadnionego charakterem przedmiotu zamówienia i wynikającym z nakładów, które Wykonawca musi ponieść w związku z określonym pierwotnie w SIWZ zakresem przedmiotu zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę fakt, iż to Zamawiający jest jako jedyny, odpowiedzialny za przygotowanie SIWZ i wszystkich innych dokumentów wchodzących w jej skład. Sam sposób opisanie przedmiotu zamówienia jest zatem kwestią kluczową dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – jest nie tylko uprawnieniem, ale i obowiązkiem Zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 1 ww. ustawy zobowiązuje Zamawiającego do opisanie 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. Przedmiot zamówienia nie może być opisany w sposób niejasny czy taki, który wprowadziłby w błąd Wykonawcę.

Tęgo rodzaju praktyka Zamawiającego, pozostawia Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie w niepewności co do rzeczywistego zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy na usługi ochroniarskie oraz uniemożliwia im właściwą kalkulację ceny ofertowej. W efekcie to na Wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze takiego kontraktu. Natomiast przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zakontraktowanie usług ochroniarskich, a więc zawarcie umowy cywilnoprawnej z wykonawcą, w ramach której essentialia negotii umowy stanowi przedmiot świadczenia.

Umowa cywilna zakłada równowagę jej stron, a zatem niedopuszczalne jest takie skonstruowanie jej postanowień, które gwarantowałyby jedynie Zamawiającemu możliwość określenia, co ma stanowić przedmiot zamówienia i przerzuciłoby całkowicie ryzyko gospodarcze zawartej umowy na Wykonawcę. Zamawiający zatem nie posiada nieograniczonego prawa do zmniejszenia lub zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne, a zaniechanie określania chociażby procentowej granicy takiego zmniejszenia lub zwiększenia, może spowodować znaczne trudności dla Wykonawcy.

Nie ma zatem racjonalnych oraz obiektywnych przesłanek, żeby Zamawiający mógł udzielać takich zamówień na usługi ochroniarskie w perspektywie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, wykraczających poza dany rok budżetowy, w którym obowiązują umowy zarządzania obiektami, zawierane corocznie, pomiędzy Gminą Miejską Zabrze, a MOSiR w Zabrzu sp. z o.o.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi Zarząd Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrzu sp. z o.o., który jako Kierownik Zamawiającego jest uprawniony do zarządzania Zamawiającym, wykonywał czynności w ww. postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie powierzył pisemnie wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom Zamawiającego.

- W zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w 2019 r. w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług ochrony fizycznej obiektów Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrzu sp. z o.o. wraz z usługami dodatkowymi” w okresie od 1 października 2019 r. do 30 września 2020 r. stwierdzono następujące nieprawidłowości:
 - zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (zwanym dalej BZP) w dniu 11 lipca 2019 r., poprzedzającym wszczęcie niniejszego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, co nastąpiło nazajutrz, tj. w dniu 12 lipca 2019 r.

w wyniku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w sobie Zamawiającego oraz na stronie internetowej Zamawiającego, czym naruszono art. 40 ust. 1 i 2 w związku z art. 43 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz.1986 z późn. zm.).

- udostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w dniu 12 lipca 2019 r., czyli dopiero następnego dnia po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, co miało miejsce w dniu 11 lipca 2019 r., czym naruszono przepisy art. 42 ust.1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.)

Ogłoszenie o zamówieniu na usługi zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 572640-N-2019 w dniu 11 lipca 2019 r. natomiast wszczęcie tego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego nastąpiło dopiero nazajutrz, tj. w dniu 12 lipca 2019 r. w wyniku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie oraz na stronie internetowej Zamawiającego, tj.: www.mosir.zabrze.pl.

W trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 40 ust. 1 ww. ustawy, dniem wszczęcia postępowania, jest data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej.

Celem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej, a ponadto w Biuletynie Zamówień Publicznych jest umożliwienie dostępu do ogłoszenia każdemu zainteresowanemu. Ustawodawca w przepisach art. 40 ust. 1 i 2 ww. ustawy przesądził o publicznym dostępie do ogłoszenia o zamówieniu, a o tym możemy mówić nie tylko wtedy gdy zostało ono zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, ale również w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej Zamawiającego. Obowiązki wynikające z przepisów art. 40 ust. 1 i 2 ww. ustawy są bowiem rozłączne, zrealizowanie jednego z nich nie wpływa na obowiązek zrealizowania drugiego.

Mając natomiast na uwadze, że zgodnie z art. 43 ust. 1 ww. ustawy, bieg terminu składania ofert (który w przypadku dostaw lub usług o wartości mniejszej niż próg unijny nie może być krótszy, niż 7 dni) następuje od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych należy uznać, że wszczęcie postępowania poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej powinno następować w tym samym dniu, co zamieszczenie ogłoszenia o tym zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Ponadto co zasługuje tutaj na uwagę to fakt, że także specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na ww. stronie internetowej Zamawiającego dopiero 12 lipca 2019 r., czyli dopiero następnego dnia po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w BZP, co miało miejsce w dniu 11 lipca 2019 r.

Zaniechanie udostępnienia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych stanowi naruszenie przepisu art. 42 ust. 1 ww. ustawy.

Przy czym, powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania i nie stanowi naruszenia uniemożliwiającego zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym bardziej, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął dopiero w dniu 22 lipca 2019 r., czyli faktycznie wynosił 11 dni, licząc od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP, podczas gdy termin składania ofert w przypadku usług, nie może być krótszy niż 7 dni, od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi Zarząd Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrze sp. z o.o., który jako Kierownik Zamawiającego jest uprawniony do zarządzania Zamawiającym, wykonywał czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie powierzył pisemnie wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom Zamawiającego.

Wniosek nr 1

Wzmocnić nadzór nad pracownikami Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrze sp. z o.o. w zakresie:

- określania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem prawa do zarządzania obiektami Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zabrze sp. z o.o., mając na uwadze art. 29 ust. 1 i 2; art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 41 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.)
- zamieszczania ogłoszeń o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej Zamawiającego, a także udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego, stosownie do art. 40 ust. 1 i 2 w zw. z art. 43 ust.1 oraz art. 42 ust.1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.).

Stosownie do treści art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2137) sprawozdanie o sposobie realizacji wniosku pokontrolnego należy przedłożyć Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, **w terminie 30 dni** od daty otrzymania niniejszego wystąpienia.

Do wniosku pokontrolnego zawartego w niniejszym wystąpieniu przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń w **zakresie wymienionym w art. 9 ust. 4** ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych. Zastrzeżenia można wnosić do **Kolegium** tutejszej Izby, **w terminie 14 dni** od daty otrzymania wystąpienia pokontrolnego.

PREZES
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Katowicach


Daniel Kołodziej