



PREZES
REGIONALNEJ IZBY OBRACHUNKOWEJ
W KATOWICACH

Katowice, 29 grudnia 2022 r.

Znak: WK-611/8/4/21/22

Pani
Małgorzata Bednarek
Wójt Gminy
Bobrowniki

Wystąpienie pokontrolne

Inspektorzy Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach przeprowadzili w dniach od 29 listopada 2021 r. do 21 stycznia 2022 r. kontrolę problemową w zakresie realizacji wydatków, z uwzględnieniem zamówień publicznych, w **Urzędzie Gminy Bobrowniki** za okres od 1 stycznia 2019 r. do dnia zakończenia kontroli, tj. 21 stycznia 2022 r.

Ustalenia kontroli zostały zawarte w protokole kontroli, którego jeden egzemplarz pozostawiono w jednostce kontrolowanej. Wójt Gminy Bobrowniki oraz Skarbnik Gminy Bobrowniki w dniu 18 lutego 2022 r. odmówili podpisania protokołu i złożyli pisemne wyjaśnienia, co do przyczyn tej odmowy.

Działając na podstawie art. 469 pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), pismem z dnia 29 marca 2022 r., Regionalna Izba Obrachunkowa w Katowicach wystąpiła z wnioskiem o przedstawienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowiska w sprawie wątpliwości interpretacyjnych, powstałych między organami kontroli, w zakresie ustaleń tej kontroli.

Wobec braku stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, 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 2022 r., poz. 1668).

W zakresie zamówień publicznych:

– *W zakresie zamówienia in-house pn.: „Budowa kanalizacji w Sołectwie Bobrowniki”, udzielonego w 2020 r. w trybie z wolnej ręki na rzecz jednoosobowej Spółki Gminy Bobrowniki, działającej pod nazwą: „AQUAPLUS sp. z o.o. z siedzibą w Bobrownikach, stwierdzono następujące nieprawidłowości:*

- *zaniechanie przez p. Małgorzatę Bednarek – Wójtę Gminy Bobrowniki wyłączenia się z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia oraz wykonywanie przez tę osobę, jako Kierownik Zamawiającego - kluczowych czynności, mających bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania, mimo że dotychczasowe relacje i powiązania p. Małgorzaty Bednarek – Wójtę Gminy Bobrowniki z Wykonawcą - ww. Spółką komunalną, zarządzaną przez byłego Wójtę Gminy Bobrowniki - budzą uzasadnione wątpliwości, co do jej bezstronności.*

Powyższe stanowiło naruszenie przepisów: art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 17 ust. 2 oraz art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).

Pani Małgorzata Bednarek – Wójt Gminy Bobrowniki, pod rygorem odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, złożyła z datą 24.09.2020 r. oświadczenie o braku istnienia okoliczności, wyłączających z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego in-house.

Wypełniając funkcję Kierownika Zamawiającego, p. Małgorzata Bednarek – Wójt Gminy Bobrowniki jednocześnie reprezentowała Gminę Bobrowniki w jednoosobowej Spółce Gminy Bobrowniki, działającej pod nazwą „AQUAPLUS sp. z o.o. z siedzibą w Bobrownikach, pełniąc w tej Spółce funkcję Zgromadzenia Wspólników, czyli organu, który jest źródłem władzy w Spółce.

Natomiast po stronie Wykonawcy, wszelkie kluczowe czynności, związane z pozyskaniem niniejszego zamówienia in-house w trybie z wolnej ręki, wykonywał p. Arkadiusz Ziemia – Prezes Zarządu Spółki „AQUAPLUS” sp. z o.o. z siedzibą w Bobrownikach.

Pomiędzy p. Arkadiuszem Ziembą – Prezesem Zarządu AQUAPLUS sp. z o.o. a p. Małgorzatą Bednarek – Wójtem Gminy Bobrowniki kadencji 2018 - 2023 w niedalekiej przeszłości, przed wszczęciem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia in-house w trybie z wolnej ręki, zachodziła bezpośrednia zależność służbowa. Pan Arkadiusz Ziemia – Prezes Zarządu Spółki AQUAPLUS sp. z o.o. z siedzibą w Bobrownikach pełnił funkcję Wójta Gminy Bobrowniki kadencji 2014 - 2018 i w okresie sprawowania tej funkcji zatrudnił p. Małgorzatę Bednarek do pracy w Urzędzie Gminy Bobrowniki, najpierw na podstawie umowy o pracę z dnia 1 marca 2011 r. na czas nieokreślony, w pełnym wymiarze czasu pracy na stanowisku Kierownika Referatu Rozwoju i Promocji, a następnie na mocy zarządzenia Nr OK.120.40.2016 z dnia 8 listopada 2016 r. powołał p. Małgorzatę Bednarek na stanowisko Zastępcy Wójta Gminy Bobrowniki.

W 2018 r. p. Małgorzata Bednarek w wyniku wyborów samorządowych została wybrana na stanowisko Wójta Gminy Bobrowniki kadencji 2018 - 2023.

Podczas łączenia przez p. Małgorzatę Bednarek funkcji Wójta Gminy Bobrowniki kadencji 2018 - 2023 oraz funkcji Zgromadzenia Wspólników w Spółce „AQUAPLUS” sp. z o.o. z siedzibą w Bobrownikach, p. Arkadiuszowi Ziembą – byłemu Wójtowi Gminy Bobrowniki została powierzona funkcja Prezesa Zarządu tej jednoosobowej spółki komunalnej Gminy Bobrowniki. Powołanie p. Arkadiusza Ziembą na stanowisko Prezesa Zarządu ww. Spółki komunalnej nastąpiło na mocy uchwały Nr 2/04/2019 Rady Nadzorczej z dnia 24 kwietnia 2019 r.

Powyższe może budzić uzasadnione wątpliwości, co do bezstronności p. Małgorzaty Bednarek – Wójta Gminy Bobrowniki kadencji 2018 - 2023 w opisywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego in-house w trybie z wolnej ręki.

O istnieniu konfliktu interesów może świadczyć fakt, że udzielenie niniejszego zamówienia publicznego in-house nastąpiło w najbardziej niekonkurencyjnym trybie udzielania zamówienia, pomimo braku zaistnienia przesłanki ustawowej, o których mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ww. ustawy Prawo zamówień publicznych.

- udzielenie niniejszego zamówienia publicznego in-house w trybie z wolnej ręki, pomimo braku zaistnienia ustawowych przesłanek do zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia.

Powyższym naruszono przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12 lit.b w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.).

Zgodnie z dokumentacją załączoną do akt sprawy, wykazanie niniejszej przesłanki, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 lit.b) tej ustawy, w odniesieniu do Spółki jednoosobowej Gminy Bobrowniki: „AQUAPLUS” sp. z o.o. z siedzibą w Bobrownikach, nastąpiło poprzez uwzględnienie średniego przychodu osiągniętego przez tę osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie niniejszego zamówienia.

Na tę okoliczność, Zamawiający zgromadził przedłożone do kontroli dokumenty, sporządzone przez tę Spółkę komunalną:

- ✓ oświadczenie Zarządu Spółki AQUAPLUS sp. z o.o. z dnia 22.09.2020 r. oraz
- ✓ zestawienia przychodów Spółki AQUAPLUS sp. z o.o. za okres od 2.01.2018 r. do 31.08.2020 r.

W okresie pomiędzy zawarciem umowy Spółki, tj. 02.01.2018 r. do dnia wpisania Spółki do KRS, czyli do 11.05.2018 r. Bobrownickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bobrownikach (poprzednia nazwa Spółki AQUAPLUS sp. z o.o.) nie było jeszcze osobą prawną, lecz spółką w organizacji. Spółka ta uzyskała osobowość prawną dopiero z chwilą wpisania jej do rejestru KRS, czyli w dniu 11.05.2018 r. Ze względu na rozpoczęcie działalności tejże Spółki w roku 2018 r., dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia były niedostępne, to ustalenie procentu jej działalności należało dokonać za pomocą innej miary do stosownych obliczeń, czyli „wiarygodnych prognoz handlowych” (art. 67 ust. 9 ww. ustawy).

Zamawiający wyjaśnił, że badanie procentu działalności Spółki komunalnej oparte zostało na wiarygodnej prognozie handlowej tejże Spółki, za okres od 1.09.2020 r. do 31.12.2020 r.

Należy zauważyć, że prognoza ta nie obejmuje jednak całego czasokresu na jaki zostało udzielone niniejsze zamówienie in-house, tj. do dnia 30.06.2021 r. Zgodnie z treścią informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 11 ww. ustawy, zamieszczoną na stronie BIP Gminy Bobrowniki oraz zaproszeniem do negocjacji z dnia 05.10.2020 r. Zamawiający określił: „planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy - do 18.12.2020 r.”. Jednakże w wyniku negocjacji, przeprowadzonych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, Strony ostatecznie uzgodniły, że termin wykonania przedmiotu umowy zostanie przedłużony do dnia 30.06.2021 r., co znalazło potwierdzenie zarówno w protokole z negocjacji przeprowadzonych z datą 12.10.2020 r. jak i w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego nr IR.7013.20.2020/7 z dnia 2.12.2020 r.

Okres przyjęty w analizowanej prognozie handlowej w celu obliczenia procentu działalności Spółki „AQUAPLUS” sp. z o.o., tj. „od 1.09.2020 r. do 31.12.2020 r.” nie obejmuje okresu realizacji zadania, określonego w umowie, co czyni tę prognozę - niewiarygodną.

Natomiast istnienie okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ww. ustawy, było wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, ustalenie przesłanek umożliwiających zastosowanie tego trybu powinno opierać się na wiarygodnych i zbadanych danych. Tymczasem w prognozie handlowej Spółki „AQUAPLUS” sp. z o.o. za okres od 1.09.2020 r. do 31.12.2020 r. zastrzeżono, że prognoza przychodów wewnętrznych została dookreślona w sposób maksymalnie ostrożny oraz pominięto w niej informacje uszczegóławiające podane tam dane liczbowe. Wobec powyższego, tak sporządzona „prognoza handlowa” Spółki „AQUAPLUS” jest niemożliwa do zweryfikowania pod kątem wyliczenia procentu działalności jednoosobowej Spółki Gminy Bobrowniki nawet w przyjętym okresie, tj. „od 1.09.2020 r. do 31.12.2020 r.”

Reasumując, wg stanu na dzień udzielenia niniejszego zamówienia in-house, tj. 02.12.2020 r. Zamawiający nie wykazał, że w opisywanym przypadku została spełniona przesłanka, dopuszczająca zastosowanie trybu z wolnej ręki, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 lit.b) ww. ustawy.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Małgorzata Bednarek – Wójt Gminy Bobrowniki, która dokonała wyboru Wykonawcy zaproszonego do negocjacji, tj. AQUAPLUS sp. z o.o., zatwierdziła tryb udzielenie zamówienia in-house z wolnej ręki oraz udzieliła niniejszego zamówienia.

- udzielenie niniejszego zamówienia in-house, bez zweryfikowania podmiotu wewnętrznego „AQUAPLUS sp. z o.o. pod kątem posiadania przez niego odpowiednich zasobów, umożliwiających samodzielną realizację tego zadania na odpowiednim poziomie, przy jednoczesnym dopuszczeniu przez Zamawiającego do swobodnego, niczym nieskrępowanego powierzenia podwykonawcom każdej części tego zamówienia, a nawet jego całości.

Powyższe pozostaje w sprzeczności z celem rozwiązania przyjętego w art. 67 ust. 1 pkt 12 - 15 w zw. z art. 36a ust. 2a ww. ustawy oraz narusza fundamentalne zasady: konkurencyjności, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Taka formuła udzielenia niniejszego zamówienia typu in-house umożliwiła Gminie Bobrowniki nabywanie - za pośrednictwem swojej spółki komunalnej - towarów, usług i robót budowlanych od podmiotów komercyjnych, bez stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

W przypadku natomiast, kiedy kontrolowana osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie, lub nie wykonuje samodzielnie, pomimo posiadania niezbędnych zasobów danego zamówienia typu in-house i powierza je kolejnym podmiotom, tj. podwykonawcom, to ze swej istoty takie zamówienie przestaje mieć charakter in-house.

Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznaczałoby bowiem, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się zwykłym zamówieniem publicznym, mającym charakter komercyjny, które zostało udzielone z obejściem przepisów dotyczących konkurencyjnych trybów ustawy Prawo zamówień publicznych. Za dopuszczalne uznaje się podzlecenie przez Wykonawcę wyłącznie tych elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter jedynie pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia.

Zamawiający nie zastrzegł odpowiednio w zaproszeniu do negocjacji oraz postanowieniach umowy obowiązku osobistego wykonania przez spółkę komunalną – tzw. kluczowych części niniejszego zamówienia in-house, a także kar umownych za każdy przypadek powierzenia wykonania Robót i związanych z nimi prac objętych umową - osobie trzeciej, której Zamawiający nie zaakceptował, jako Podwykonawcy.

W wyniku kontroli ustalono, że jednoosobowa spółka komunalna Gminy Bobrowniki podzleciła, bez wiedzy i zgody Zamawiającego, część zamówienia dotyczącą osadzenia przepompowni. Brak jest możliwości stwierdzenia, czy była to jedyna podzlecona część niniejszego zamówienia.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Małgorzata Bednarek – Wójt Gminy Bobrowniki, która podpisała zaproszenie do negocjacji oraz udzieliła niniejszego zamówienia.

- W 2019 r. przygotowano oraz przeprowadzono postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w zadaniu pn.: „1. Budowa kanalizacji sanitarnej w sołectwie Sączów – Etap III; 2. Budowa sieci kanalizacji w zlewni ul. Podraszkowie, Kolejowa i Tadeusza Kościuszki w Rogoźniku; 3. Zakup samochodu specjalistycznego oraz agregatu prądotwórczego” – w ramach projektu POIS.02.03.00-00-0113/17 pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Bobrowniki”, a następnie udzielono zamówienia i realizowano ww. zadanie, w którym:

w części nr 1 zamówienia pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w sołectwie Sączów – Etap III”:

- udzielono zamówienia na rzecz Wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona ze względu na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy. Powyższym naruszono przepisy w art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.).

Zamawiający w Części nr 1 zamówienia żądał wniesienia przez Wykonawców wadium w wysokości 200.000,00 zł. Ww. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w Części nr 1 zamówienia, wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 24 czerwca 2019 r., zmienioną następnie Anekssem nr 1 z dnia 23 lipca 2019 r., na mocy którego wydłużony został okres obowiązywania gwarancji, tj. do dnia 23.08.2019 r.

Zgodnie z treścią gwarancji wadialnej wraz z Anekssem nr 1, pisemne żądanie Beneficjenta zapłaty wadium powinno zostać doręczone w okresie ważności gwarancji, tj. do 23 sierpnia 2019 r. w którym to dniu upływał termin związania ofertą, na adres siedziby gwaranta, tj. Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie, przy ul. Postępu 15b.

Przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa nie dawała Beneficjentowi możliwości doręczenia żądania zapłaty wadium - na adres e-mail gwaranta.

Mając na uwadze, że okres ważności gwarancji upływał w ostatnim dniu terminu związania ofertą, tj. 23.08.2019 r. natomiast dla skutecznego dochodzenia przez Zamawiającego roszczenia z wypłaty wadium koniecznym było doręczenie gwarantowi pisemnego żądania zapłaty wadium w okresie ważności gwarancji oraz na adres jego siedziby uznać należy, że Zamawiający nie mógłby zaspokoić się z tej gwarancji wadialnej, nawet wówczas gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności tejże gwarancji, w szczególności w ostatnim dniu jej obowiązywania, czyli 23 sierpnia 2019 r. Zamawiający nie miałby bowiem realnych możliwości zdążyć z doręczeniem do siedziby Gwaranta - pisemnego żądania zapłaty wadium, jeszcze tego samego dnia, w którym dowiedziałby się o zaistnieniu przesłanki zatrzymania wadium, jeżeli miałyby to miejsce w ostatnim dniu terminu związania ofertą oraz obowiązywania tejże gwarancji.

Tym samym, w opisywanym przypadku, gwarancja wadialna wraz z zawartym do niej Anekssem nr 1 nie spełniała podstawowego celu ustanowienia wadium, wynikającego z przepisów o zamówieniach publicznych, gdyż nie zabezpieczała potencjalnych interesów Zamawiającego przed niesummiennym postępowaniem Wykonawcy w całym okresie, kiedy pozostawał on związany złożoną przez siebie ofertą.

w części nr 1 „Budowa kanalizacji sanitarnej w Sołectwie Sączów – Etap III” oraz części nr 2 „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni ul. Podraszkowie, Kolejowa i Tadeusza Kościuszki w Rogoźniku”:

- określono warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, a także utrudniający uczciwą konkurencję oraz niepozwalający dokonać oceny zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zgodnie z tym warunkiem, o zamówienie mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą dysponowanie osobami posiadającymi uprawnienia budowlane w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach:

- budownictwa drogowego oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – w Części nr 1 zamówienia (Rozdz. XIII pkt 3.1.2. SIWZ),

- budownictwa drogowego – w Części nr 2 zamówienia (Rozdz. XIII pkt 3.2.2. SIWZ),

podczas gdy osoby z uprawnieniami budowlanymi w powyższych specjalnościach nie mogły mieć wpływu na poziom realizacji Części nr 1 i 2 niniejszego zamówienia, gdyż Zamawiający nie wymagał skierowania osób z uprawnieniami w tych specjalnościach do realizacji niniejszego zamówienia.

Tym samym, tak postawiony warunek należy uznać za nadmierny, gdyż w nieuzasadniony sposób mógł eliminować z udziału w postępowaniu lub utrudniać udział Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych.

- określono w rozdz. XXV C1 oraz C2 SIWZ kryterium oceny ofert: „Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia” o maksymalnej wadze - 18 pkt dla każdej z Części nr 1 i 2 zamówienia, z naruszeniem przepisu art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji przyznano punkty Wykonawcom w ramach tego kryterium „za doświadczenie osób dedykowanych do realizacji niniejszego zamówienia”:

w Części nr 1:

- w kierowaniu budową, przebudową: sieci kanalizacji grawitacyjnej sanitarnej lub deszczowej (grawitacyjnej) o długości nie mniejszej niż 4.900 mb, przez osobę wskazaną w ofercie (kierownik budowy branży sanitarnej), która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (Zamawiający wymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). Wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 6 pkt „za wykazanie uczestniczenia w wykonywaniu 6 szt. ww. zamówień”;
- w kierowaniu budową, przebudową: rurociągów tłocznych lub sieci wodociągowych z materiału PE o długości nie mniejszej niż 1.800 mb, przez osobę wykazaną w ofercie (kierownik budowy branży sanitarnej), która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Zamawiający wymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). Wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 6 pkt „za wykazanie uczestniczenia w wykonywaniu 6 szt. ww. zamówień”;
- w kierowaniu budową, przebudową dróg o nawierzchni ulepszonej o pełnej konstrukcji o pow. nie mniejszej niż 8.750 m², przez osobę wykazaną w ofercie (kierownik budowy branży drogowej), która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Zamawiający wymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). Wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 6 pkt „za wykazanie uczestniczenia w wykonywaniu 6 szt. ww. zamówień”;

w Części nr 2:

- w kierowaniu budową, przebudową: sieci kanalizacji grawitacyjnej sanitarnej lub deszczowej (grawitacyjnej) o długości nie mniejszej niż 900 mb, przez osobę wykazaną w ofercie (kierownik budowy branży sanitarnej), która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Zamawiający wymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). Wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 9 pkt „za wykazanie uczestniczenia w wykonywaniu 6 szt. ww. zamówień”;
- w kierowaniu budową, przebudową dróg o nawierzchni ulepszonej o pełnej konstrukcji o pow. nie mniejszej niż 1.100 m² przez osobę wykazaną w ofercie (kierownik budowy branży drogowej), która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Zamawiający wymaga osobistego wykonywania świadczenia przez tę osobę). Wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 9 pkt „za wykazanie uczestniczenia w wykonywaniu 6 szt. ww. zamówień”;

➤ bez względu na to, z jakim skutkiem dedykowane przez Wykonawców osoby „uczestniczyły w wykonywaniu zamówień”, pełniąc w nich kluczową funkcję w kierowaniu budową lub przebudową: sieci kanalizacji grawitacyjnej sanitarnej lub deszczowej (grawitacyjnej); rurociągów tłocznych lub sieci wodociągowych z materiału PE; dróg o nawierzchni ulepszonej o pełnej konstrukcji, w szczególności, czy te zadania, w wyniku których dedykowane osoby miały nabyć doświadczenie, zostały w ogóle ukończone;

➤ podczas gdy osoby dedykowane przez Wykonawców do pełnienia funkcji kierownika budowy branży sanitarnej i kierownika budowy branży drogowej, nie mogły mieć żadnego wpływu na poziom oraz jakość wykonania niniejszego zamówienia, gdyż Zamawiający w postanowieniach umownych nie wymagał skierowania tych osób do realizacji niniejszego zamówienia.

Powyższym Zamawiający dopuścił się naruszeniem przepisu art. 91 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy, który dopuszcza określenie kryterium oceny ofert: „organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia”.

Motyw 94 Dyrektywy klasycznej stanowi, że: „każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania

zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty. Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości”.

Należy także zauważyć, że wymóg Zamawiającego w kryterium oceny ofert: „Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”, dedykowania przez Wykonawców - „Kierowników budowy” w liczbie odpowiednio:

- ✓ trzech w Części nr 1 zamówienia oraz
- ✓ dwóch w Części nr 2 zamówienia

jest nieuzasadniony, gdyż z przepisów prawa budowlanego należy wywnioskować, że kierownik budowy dla danego zamierzenia budowlanego powinien być jeden. Stanowisko takie wynika bowiem z funkcji pełnionej przez kierownika budowy oraz z zakresu jego obowiązków.

Zgodnie z zawartymi umowami o zamówienia publiczne: nr IR.7013.19.2019/1 z dnia 17.09.2019 r. – dla Części nr 1 zamówienia oraz nr IR.7013.17.2019/2 z dnia 09.08.2019 r. – dla Części nr 2 zamówienia, Wykonawcy do pełnienia funkcji Kierownika budowy, wyznaczyli „tylko” po jednej osobie.

W kontekście tak określonego kryterium oceny ofert dla Zamawiającego nie było istotne, czy owe zamówienia - w wykonywaniu których osoby dedykowane uczestniczyły - w ogóle zostały ukończone. Zamawiający przyznawał bowiem Wykonawcom punkty za samo: „wykazanie uczestniczenia w wykonywaniu zamówień” osoby dedykowanej.

Wykonawcy w celu uzyskania punktów w ramach tego kryterium oceny ofert mogli dedykować różne osoby do pełnienia ww. funkcji „Kierowników budowy” w branżach wskazanych w tym kryterium.

Zgodnie ze wzorami umów dla Części nr 1 i 2 zamówienia (Załączniki nr 5a oraz 5b do SIWZ), co znalazło odzwierciedlenie także w postanowieniach umów zawartych dla Części nr 1 i 2 zamówienia, Zamawiający żądał po stronie Wykonawcy wyznaczenia osoby, pełniącej funkcję Kierownika budowy, zastrzegając jednocześnie w SIWZ, że Kierownikiem budowy, zarówno w Części nr 1 jak i nr 2 niniejszego zamówienia, może być wyłącznie osoba posiadająca uprawnienia budowlane „w branży sanitarnej”, czyli w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci kanalizacyjnych i wodociągowych.

Zamawiający nie nałożył natomiast w postanowieniach umownych obowiązku skierowania przez Wykonawcę do realizacji niniejszego zamówienia - zarówno w Części nr 1 jak i nr 2 zamówienia, innych, oprócz Kierownika budowy, osób. W szczególności brak jest wymogu skierowania do realizacji zamówienia, np. do kierowania robotami, osób, których doświadczenie było punktowane w ramach kryterium oceny ofert: „Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”.

• przyznano Wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie w Częściach nr 1 i 2 - punkty w ramach kryterium oceny ofert: „Doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji zamówienia”, pomimo że w związku z wadliwym sporządzeniem przez Zamawiającego wzorów formularzy ofertowych (stanowiących Załączniki nr 1a oraz 1b do SIWZ w tabeli 6.2., 6.3. i 6.4.), zawarte przez Wykonawców w ofertach informacje, dotyczące doświadczenia nabytego przez osoby dedykowane do pełnienia funkcji Kierowników budowy:

- branży sanitarnej w zakresie sieci kanalizacji grawitacyjnej
- branży sanitarnej w zakresie rurociągów tłocznych i sieci grawitacyjnej oraz
- branży drogowej

nie pozwalają ustalić, czy osoby te faktycznie nabyły doświadczenie w kierowaniu budową/przebudową: sieci kanalizacji grawitacyjnej sanitarnej lub deszczowej; rurociągów tłocznych lub sieci wodociągowych z materiału PE oraz dróg o nawierzchni ulepszonej o pełnej konstrukcji, jak wymagał

tego w sposób jednoznaczny Zamawiający, czy tylko w kierowaniu robotami, w zakresie posiadanych przez te osoby uprawnień budowlanych.

Natomiast doświadczenia nabytego w wyniku kierowania budową lub przebudową, rozumianym jako zamierzenie budowlane, nie można porównywać z doświadczeniem uzyskanym w wyniku pełnienia funkcji jedynie Kierownika robót w danej specjalności. Kierownik budowy kieruje bowiem całą inwestycją, a Kierownik robót odpowiada wyłącznie za prace w zakresie posiadanych przez niego uprawnień.

W związku z powyższym, treści złożonych formularzy ofertowych w Częściach nr 1 i 2 zamówienia, nie dawały możliwości porównania ofert w kontekście wymaganego doświadczenia osób dedykowanych przez Wykonawców do pełnienia funkcji Kierowników budowy w wymaganych branżach, a tym samym brak było podstaw do przyznawania punktów Wykonawcom w ramach tego kryterium oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 i 2 zamówienia, zgodnie z art. 91 ust. 1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, opisywane postępowanie w Częściach nr 1 i 2 obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji postępowanie w Częściach nr 1 i 2 powinno zostać przez Zamawiającego unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego jednak Zamawiający nie uczynił.

w Części nr 3 „Zakup samochodu specjalistycznego oraz agregatu prądotwórczego”:

- zaniechano ustalenia wartości szacunkowej Części nr 3 zamówienia, czym naruszono przepis art. 32 ust.1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przyjął jako wartość szacunkową samochodu specjalistycznego oraz agregatu prądotwórczego - wartość zgodnie z budżetem, jakim dysponował na daną chwilę. Tym samym, Zamawiający zaniechał ustalenia wartości szacunkowej w Części nr 3 zamówienia. Kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podobnie jak i wartość środków finansowych zabezpieczonych w danym momencie w planie wydatków instytucji zamawiającej, może być bowiem inna w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (zarówno mniejsza, jak i większa) od wartości szacunkowej zamówienia, którą Zamawiający winien ustalić z należytą starannością.

- zaniechano zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, pomimo wprowadzonych istotnych zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które powinny były prowadzić do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ta polegała na zmodyfikowaniu parametru granicznego podwozia, jako: „3 500 - 6 000 kg”, zamiast pierwotnie wskazanego „3 500 - 5 000 kg”, który w realiach rynkowych był niemożliwy do uzyskania. Tym samym, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 38 ust. 4a pkt 1 w zw. z dyspozycją art. 41 pkt 4; art. 29 ust. 1 i 2; art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych, które nakazują Zamawiającemu jednolite opisanie zarówno w SIWZ, jak i ogłoszeniu o zamówieniu, przedmiotu zamówienia w kontekście istotnych parametrów technicznych, które warunkują możliwość ubiegania się o zamówienie i nie utrudniają uczciwej konkurencji.

Wykonawca, który jako jedyny ubiegał się o zamówienie w Części nr 3, przed upływem terminu składania ofert, wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienia treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 1 ww. ustawy oraz o zmianę zapisów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w Części nr 3 zamówienia, poprzez dopuszczenie parametru podwozia, tj. dopuszczalnej masy całkowitej oferowanego pojazdu - 6 000 kg co uzasadniał tym, że „na rynku brak jest podwozi spełniających wymogi wagowe i o rozstawie osi 2.800 mm”.

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający dopuszcza podwozie o DMC 6 000 kg dostosowane do obsługi zbiornika o pojemności 1500 l” 9odpowiedź na pytanie nr 8).

Tym samym, Zamawiający dokonał modyfikacji istotnego parametru technicznego specjalistycznego samochodu, zawartego w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, w części dotyczącej określenia przedmiotu zamówienia, poprzez zwiększenie dopuszczalnej masy całkowitej zamawianego pojazdu do 6 000 kg.

Treść zapytań do SIWZ wraz z wyjaśnieniami modyfikującymi SIWZ w zakresie ww. istotnego parametru technicznego podwozia specjalistycznego samochodu zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18.06.2019 r.

Powyższe mogło prowadzić do sytuacji, w której Wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w niniejszym postępowaniu podjęli odmienne decyzje, co do dalszego w nim udziału, w zależności od tego, czy zapoznali się wyłącznie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz treścią SIWZ, czy też dodatkowo zapoznali się z wyjaśnieniami treści SIWZ, w których Zamawiający wprowadził tę modyfikację.

Nie można zatem wykluczyć, że decyzję o złożeniu oferty w Części nr 3 zamówienia mógł podjąć podmiot oferujący realizację zamówienia za cenę korzystniejszą niż cena podana w ofercie wybranej przez Zamawiającego, a w konsekwencji przedmiotowe zamówienie mogłoby zostać zrealizowane za niższą kwotą niż kwota jaką zapłacił Zamawiający.

Tym samym, można mówić o zaistnieniu w Część nr 3 niniejszego zamówienia wady postępowania, której po upływie terminu składania ofert, nie można już było usunąć w sposób zgodny z przepisami ww. ustaw Prawo zamówień publicznych i która powinna była skutkować unieważnieniem postępowania w Części nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 tej ustawy, czego Zamawiający jednak nie uczynił.

Czynności w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia dla Części 1, 2 i 3 wykonywała p. Małgorzata Bednarek – Wójt Gminy Bobrowniki, jako Kierownik Zamawiającego, która nie skorzystała za swojego uprawnienia, o którym mowa w art. 18 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie powierzając pisemnie wykonywania zastrzeżonych dla niej czynności w ustawie pracownikom Zamawiającego.

- W toku wykonywania umowy o zamówienie publiczne Nr IR.7013/19/2019/11 z dnia 17.09.2019 r., zawartej w Części nr 1 niniejszego zamówienia, Zamawiający powołując się na przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) wprowadził w sposób nieuprawniony istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wybranej jako najkorzystniejsza, polegające na powierzeniu dotychczasowemu Wykonawcy wybudowania oddzielnych obiektów budowlanych, które nie zostały objęte ww. umową, tj.:

- sieci wodociągowej w ulicy Pocztowej, Szkolnej oraz Owocowej w miejscowości Sączów – Gmina Bobrowniki, o łącznej wartości umownej: 402.415,39 zł brutto (Aneks nr 2 z dnia 7.10.2020 r.) oraz

- sieci wodociągowej w ulicy Kościuszki w miejscowości Sączów - Gmina Bobrowniki, o łącznej wartości umownej: 695.000,00 zł brutto (Aneks nr 4 z dnia 15.03.2021 r.).

Ww. zmiany umowy, doprowadziły do zmiany świadczenia (charakteru umowy), a zatem w świetle przepisu art. 144 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 144 ust.1b ww. ustawy należy je rozpatrywać jako niedopuszczalne.

Przedmiotem zamówienia podstawowego objęto zamierzenie budowlane, związane z budową kanalizacji sanitarnej w północno-zachodniej części Gminy Bobrowniki w sołectwie Sączów – etap II - zlewnia ulic: Ogrodowej, Pocztowej, Słonecznej, Szkolnej, Chrobrego, Kościuszki, Owocowej, Sienkiewicza, Podgórznej.

Zamawiający w dokumentach zamówienia, tj. ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wraz ze zmianami, nie przewidział w żadnej z części niniejszego zamówienia, udzielenia zamówienia, polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy.

Na mocy ww. aneksów nr 2 i 4 Zamawiający zlecił dotychczasowemu Wykonawcy wybudowanie sieci wodociągowej, zlokalizowanej w ww. ulicach, w których zgodnie z umową o zamówienie podstawowe realizowana była przez sieć kanalizacji sanitarnej.

Zamawiający w uzasadnieniu zmiany ww. umowy wskazał, że sieć wodociągowa, zlokalizowana w ulicach: Pocztovej, Szkolnej, Owocowej oraz Kościuszki w miejscowości Sączów – Gmina Bobrowniki, powstała kilkadziesiąt lat temu (ponad 40 lat temu) i ze względu jej zły stan techniczny wymagane jest, nie tyle jej przebudowanie, co wybudowanie tego obiektu od podstaw.

Nie wskazano natomiast jakie obiektywne przyczyny nie pozwoliły Zamawiającemu - przy dochowaniu należytej staranności - objąć zakresem rzeczowym w Części nr 1 niniejszego zamówienia Robót i Prac, związanych także z „przebudową sieci wodociągowej”, zlokalizowanej w:

- ✓ poboczu, chodniku oraz jezdni ulic: Pocztovej, Szkolnej oraz Owocowej w Sączowie (Aneks nr 2) oraz
- ✓ w ulicy Kościuszki w Sączowie.

Ww. zmiany umowy doprowadziły do zmiany świadczenia (charakteru umowy), a zatem w świetle przepisu art. 144 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 144 ust.1b ustawy Prawo zamówień publicznych należy je rozpatrywać jako niedopuszczalne.

Ponadto sytuacja, w której Zamawiający dopiero po zawarciu umowy o zamówienie z danym Wykonawcą rozszerza zamówienie o realizację sieci wodociągowych, czyli nowych obiektów budowlanych, bez uprzedniego wskazania w dokumentach zamówienia informacji o możliwości udzielenie zamówienia, polegającego na powtórzeniu podobnych robót budowlanych, jest zaprzeczeniem zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 7 ust. 1 ww. ustawy.

Mimo bowiem niezobowiązującego charakteru zamieszczenia w dokumentacji zamówienia podstawowego - informacji o możliwości udzielenia zamówień o podobnym charakterze, należy wskazać, że sama możliwość pozyskania dodatkowego zlecenia mogłaby korzystnie wpłynąć na konkurencję w przeprowadzonym przetargu nieograniczonym.

Ww. aneksy z 7 października 2020 r. i 15 marca 2021 r. podpisała p. Małgorzata Bednarek – Wójt Gminy Bobrowniki.

Wniosek nr 1

Wzmocnić nadzór nad pracownikami Urzędu Gminy Bobrowniki oraz innymi osobami po stronie Instytucji Zamawiającej, w tym nad członkami komisji przetargowej, w zakresie:

- prawidłowego udzielania zamówień publicznych typu in-house w trybie z wolnej ręki, co w szczególności dotyczy: weryfikacji przesłanek ustawowych, umożliwiających zastosowania trybu z wolnej ręki oraz zapewnienia, żeby Wykonawca, któremu udzielono zamówienia typu in-house, osobiście wykonywał części zamówienia, które dotyczą głównego przedmiotu zamówienia;
- prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie kluczowych zasad w systemie prawa zamówień publicznych, takich jak: zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, co w szczególności dotyczy:
 - przeciwdziałania sytuacjom, w których czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonywałyby osoby, pozostające w takich relacjach z wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, które mogłyby mieć wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje;
 - ustalania z należyłą starannością wartości szacunkowej zamówienia;

- określenia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej z poszanowaniem zasady proporcjonalności a także zasady uczciwej konkurencji oraz w sposób pozwalający dokonać oceny zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
 - stosowania jakościowych kryteriów oceny ofert, dotyczących organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia kluczowego personelu wyłącznie w przypadkach, kiedy rzeczywiście może to mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia oraz w sposób zapewniający udział kluczowego personelu wykonawcy, ocenianego w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w realizacji zamówienia;
 - rzetelnego badania i oceny ofert, w szczególności weryfikowania z należytą starannością czy oferta, która została najwyższej oceniona, nie podlega odrzuceniu ze względu na nieprawidłowe wniesienie wadium;
 - każdorazowego zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeń o zmianie ogłoszenia, w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu;
 - dokonywania istotnych zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie wówczas, gdy dochowane zostały ustawowe przesłanki zmiany umowy, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy,
- stosowanie do przepisów odpowiednio: 214 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 214 ust. 4, 5, 6 i 9; art. 56 ust. 1 i 2 pkt 4; art. 28; art. 112 ust. 1; art. 242 ust. 2 pkt 5; art. 226 ust. 1 pkt 14; art. 286 ust. 9; art. 455 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) oraz motywu (94) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.).

Stosownie do treści art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1668) 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 zawartych 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

Daniel Kołodziej Elektronicznie podpisany przez
Daniel Kołodziej
Data: 2022.12.30 12:41:18 +01'00'