



## **Uchwała Nr 284/XIX/2023**

### **Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach**

**z dnia 10 sierpnia 2023 r.**

**w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Prezydenta Miasta Sosnowca do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 14 lipca 2023 r.**

Na podstawie art. 25b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1325) **Kolegium** Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach **u c h w a l a**, co następuje:

#### **§ 1**

**Oddala się** zastrzeżenia wniesione przez Prezydenta Miasta Sosnowca pismem (bez numeru) z dnia 27 lipca 2023 r. do wniosków nr 1, nr 5 i nr 6 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach Znak: WK-610/8/4/23 z dnia 14 lipca 2023 r.

#### **§ 2**

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

### **Uzasadnienie**

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach na posiedzeniu w dniu 10 sierpnia 2023 r. dokonało rozpatrzenia zastrzeżeń zgłoszonych przez Prezydenta Miasta Sosnowca pismem (bez numeru) z dnia 27 lipca 2023 r. w zakresie ustaleń zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach Znak: WK-610/8/4/23 z dnia 14 lipca 2023 r.

Zastrzeżenia zostały wniesione pismem z dnia 27 lipca 2023 r., które wpłynęło do Izby w dniu 27 lipca 2023 r., z zachowaniem terminu określonego w art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1325).

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach zważyło, co następuje:

Wystąpienie pokontrolne, jakie zostało skierowane do Prezydenta Miasta Sosnowca zostało sformułowane w związku z kontrolą kompleksową gospodarki finansowej Miasta Sosnowca za okres od 1 stycznia 2019 r. do 12 maja 2023 r. Kontrola została przeprowadzona w dniach od 1 marca do 12 maja 2023 r. Ustalenia kontroli zawarto w protokole kontroli podpisanym przez uprawnionych przedstawicieli jednostki samorządu terytorialnego w dniu 18 maja 2023 r. W wystąpieniu pokontrolnym zawarto 17 wniosków, wnoszący zastrzeżenia Prezydent Miasta Sosnowca zakwestionował 3 wnioski: nr 1, nr 5 i nr 6.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach zważyło, co następuje.

W myśl regulacji zawartej w art. 9 ust. 3 zd. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżenia do kolegium izby. Zgodnie z art. 9 ust. 4 tej ustawy zastrzeżenie składa właściwy organ jednostki kontrolowanej w terminie 14 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego za pośrednictwem prezesa izby, a podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Wnoszone zastrzeżenia rozpatrują kolegia regionalnych izb obrachunkowych, na podstawie art. 25b ust. 1, 3 i 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych. Uchwały kolegium w sprawach odwoławczych zapadają zwykłą większością głosów na posiedzeniu niejawnym, a rozpatrzenie zastrzeżeń powinno nastąpić w terminie 30 dni od dnia ich wniesienia. Na podstawie art. 25b ust. 2 zd. 1 tej ustawy - kolegium może zastrzeżenia oddalić lub uwzględnić.

W myśl regulacji zawartej w art. 9 ust. 4 zd. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych - podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Ustawodawca wyraźnie zawęził podstawę zgłoszenia zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego poprzez użycie słowa „*tylko*” do zarzutu naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Zatem przesłanką wniesienia zastrzeżeń przez kontrolowaną jednostkę może być wyłącznie zarzut błędnej wykładni prawa lub jego niewłaściwego zastosowania. W konsekwencji powyższego, podstawą do zgłoszenia zastrzeżenia do wniosku nie mogą być podnoszone innego rodzaju przesłanki, takie jak: błędna interpretacja przepisów innych niż zawarte we wniosku, zmiana czy uzupełnianie okoliczności stanu faktycznego, polemika z dokonаныmi ustaleniami w toku kontroli w zakresie stanu faktycznego, jak i podnoszone argumenty o czynnościach wykonanych po przeprowadzeniu kontroli, czy podpisaniu protokołu. Zadaniem kolegiów regionalnych izb obrachunkowych jest rozpoznanie wyraźnie sformułowanych zarzutów w zakresie błędnej wykładni przepisów prawa zawartych we wnioskach pokontrolnych lub jego niewłaściwego zastosowania. Przypadek błędnej wykładni prawa polega na mylnym rozumieniu treści lub znaczenia przepisu prawnego, zaś niewłaściwe zastosowanie normy prawnej polegać może na wadliwym wyborze normy prawnej lub błędnym identyfikowaniu ustalonego stanu faktycznego z określonym przepisem prawa i tym samym nieadekwatnym określeniu skutków prawnych wynikających z tego przepisu. Reasumując, zastrzeżenia muszą wskazywać naruszenie prawa

poprzez błędną wykładnię lub niewłaściwe jego zastosowanie we wnioskach pokontrolnych, które stanowią istotę wystąpienia pokontrolnego.

**Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach, mając powyższe na uwadze, rozpatrując szczegółowo wniesione zastrzeżenia stwierdziło, co następuje:**

1. W zakresie zastrzeżeń wniesionych do wniosku nr 1 o treści:

*„Wzmocnić nadzór nad pracownikami Urzędu Miejskiego w Sosnowcu, w tym w szczególności nad członkami komisji przetargowej, w zakresie rzetelnego badania i oceny ofert, w szczególności pod kątem zgodności treści ofert z warunkami zamówienia, stosownie do przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) oraz podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj.: zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, o których mowa w przepisie art. 16 tej ustawy, 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 2023 r. poz. 1270).*

Sformułowany wniosek był konsekwencją nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli przeprowadzonego w latach 2022 – 2023 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością zastosowania negocjacji, na roboty budowlane w zadaniu inwestycyjnym pn.: „Budowa infrastruktury sportowej przy Szkole Podstawowej nr 35 w Sosnowcu”, w którym wyłoniono Wykonawcę z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) oraz podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, o których mowa w art. 16 tej ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo MAXIMUS ZBH sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich oraz wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia, wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiot zaoferowanego świadczenia, wynikający z oferty ww. Wykonawcy, nie odpowiadał opisowi przedmiotu zamówienia w SWZ, odnoszącego się do realizacji w formule „buduj”: „Budowy wiaty nad istniejącym boiskiem wielofunkcyjnym wraz z instalacją elektryczną”. Wykonawca objął swoim zobowiązaniem ofertowym: konstrukcję stalową zadaszenia – zamiast żelbetowej konstrukcji, która była wymagana przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, na podstawie wyjaśnień treści SWZ. W konsekwencji powyższego, Wykonawca realizując umowę o zamówienie publiczne z dnia 21 marca 2022 r. Nr ZP.WIM.272.10.1.1.2022 opracował projekt zamienny oraz uzyskał zamiennie pozwolenie na budowę z uwzględnieniem konstrukcji stalowej zadaszenia, zamiast wymaganej przez Zamawiającego żelbetowej konstrukcji. Przy czym, Wykonawca zastosował w zamiennej dokumentacji projektowej oraz zamiennym pozwoleniu na budowę pozostałe zmiany wprowadzone przez Zamawiającego w wyniku wyjaśnień treści SWZ, tj. uwzględniono zmiany dachu łukowego na dwuspadowy z poszyciem płytami warstwowymi oraz zmiany elewacji.

Z treści wystąpienia pokontrolnego wynika, że przedmiotem zamówienia objęto:

- a) „Budowę budynku sanitarno-technicznego oraz budowę budynku kotłowni wraz z pomieszczeniami technicznymi”, jako część zadania inwestycyjnego pn. „Budowa infrastruktury sportowej przy SP nr 35 w Sosnowcu” w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w tym:
  - opracowanie kompleksowej dokumentacji projektowej w podziale na branże;
  - wykonanie robót budowlanych polegających m.in. na: budowie budynku sanitarno-technicznego wraz z niezbędnymi instalacjami, budowie budynku kotłowni wraz z pomieszczeniami technicznymi i instalacjami;
- b) Budowę wiaty nad istniejącym boiskiem wielofunkcyjnym wraz z instalacją elektryczną” w formule „buduj”, w której projekt jest dostarczany przez Zamawiającego, który odpowiada za to, że Wykonawca będzie dysponować kompletną i zgodną z przepisami prawa dokumentacją projektową.

Zamawiający opisał zakres Prac i Robót w formule „buduj” za pomocą dokumentacji projektowej, w tym projektu zamiennego oraz pozwolenia na budowę. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w części dotyczącej formuły „buduj” (załącznik nr 2.1. do SWZ): „Obiekt budowlany został zaprojektowany w postaci zadaszenia nad istniejącym boiskiem wielofunkcyjnym przy szkole podstawowej nr 35. Zadaszenie zostanie rozpięte nad całą płytą istniejącego boiska na wysokości 10 – 12 m. Zadaszenie boiska zaprojektowano jako konstrukcja stalowa z dachem łukowym o promieniu gięcia 68,67m”.

Jeden z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o niniejsze zamówienie, zwrócił się do Zamawiającego w dniu 14.01.2022 r. o wyjaśnienie treści SWZ, wnioskując jednocześnie o zmianę opisu przedmiotu zamówienia w części realizowanej w formule „buduj”, czyli wykonania obiektu zadaszenia nad istniejącym boiskiem wielofunkcyjnym, poprzez dopuszczenie:

- konstrukcji hali, jako żelbetowej, zamiast zaprojektowanej konstrukcji stalowej,
- zmiany zaprojektowanego dachu z łukowego na dwuspadowy z poszyciem płytami warstwowymi,
- zmiany zaprojektowanej elewacji z membrany, wypełnionej powietrzem – na płyty warstwowe.

W odpowiedzi Zamawiający pismem nr WZP.271.1.1.2022SW z dnia 19.01.2022 r. poinformował, że „dopuszczył zmiany w zakresie materiałów i sposobu wykonania konstrukcji, dachu oraz elewacji. Wprowadzone zmiany należy zaprojektować i wybudować w taki sposób, żeby budynki spełniały swoją funkcję oraz były zgodne z obowiązującymi warunkami techniczno-budowlanymi oraz należy uzyskać zamienne pozwolenie na budowę”. W wyniku wyjaśnienia treści SWZ, Zamawiający przedłużył także pierwotny termin składania ofert o 6 dni. Zmiany treści SWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia) zostały zatem zakwalifikowane przez Zamawiającego jako istotne dla sporządzenia oferty lub takie, które wymagają od Wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert. O tym, że ww. zmiany opisu przedmiotu zamówienia mają

charakter tzw. zmian istotnych, świadczy także to, że Zamawiający dokonując wyjaśnienia treści SWZ, zobowiązał przyszłego Wykonawcę do opracowania projektu zamiennego wraz z uzyskaniem zamiennego pozwolenia na budowę, które są wymagane w przepisach prawa budowlanego wyłącznie w takich przypadkach, gdy zaszło istotne odstępianie od projektu oraz warunków określonych w pozwoleniu na budowę.

W złożonym piśmie w sprawie zastrzeżeń, Prezydent Miasta Sosnowca wskazał, że nie zgadza się z przedstawionym wnioskiem pokontrolnym nr 1, w tym oceną, zgodnie z którą postępowanie na „Budowę infrastruktury sportowej przy Szkole Podstawowej nr 35 w Sosnowcu - tryb podstawowy z możliwością przeprowadzenia negocjacji” obarczone było nieusuwalną wadą, co w konsekwencji powinno prowadzić do jego unieważnienia. Zastrzeżenia oparł na błędnej wykładni: art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 92 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a za stanowiskiem tym przytoczył następujące argumenty:

Kontrolowany (Miasto Sosnowiec) na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy p.z.p. na stronie internetowej prowadzonego postępowania udostępnił w dniu 14 stycznia 2022 r. treść zapytania (wniosku o wyjaśnienie treści SWZ) wniesionego przez Wykonawcę „EFEKT” sp. z o.o. Zamawiający udzielił wyjaśnień w dniu 19 stycznia 2022 r. w następującym brzmieniu: *„Zamawiający informuje, że dopuszcza zmiany w zakresie materiałów i sposobu wykonania konstrukcji, dachu oraz elewacji. Wprowadzone zmiany należy zaprojektować i wybudować tak, aby budynki spełniały swoją funkcję oraz były zgodne z obowiązującymi warunkami techniczno-budowlanymi oraz należy uzyskać zamienne pozwolenie na budowę”*. W ocenie Składającego zastrzeżenia, przedmiotowe wyjaśnienie (odpowiedź na wniosek wykonawcy) stanowi zmianę treści SWZ i kreuje nową jej treść od momentu jej upublicznienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zdaniem Prezydenta Miasta dla skuteczności zmiany treści SWZ nie ma znaczenia, czy Zamawiający dokona takiej zmiany poprzez zastosowanie art. 286 ustawy p.z.p., czy też w treści samej odpowiedzi na pytanie Wykonawcy, poprzez wyrażenie zgody na przedstawioną propozycję. Poprzez użycie w odpowiedzi na pytanie Wykonawcy zwrotu „dopuszcza” Zamawiający potwierdził możliwość zastosowania rozwiązań konstrukcyjnych zaproponowanych przez Wykonawcę obok pierwotnie wymaganych w treści SWZ. Nie wykluczył również możliwości zaproponowanej przez Wykonawcę, tj. zmiany w zakresie materiałów i sposobu wykonania konstrukcji dachu oraz elewacji, byleby tylko zaprojektowany i wybudowany budynek spełniał swoją funkcję oraz był zgodny z obowiązującymi warunkami techniczno-budowlanymi. Zmiana była zatem dopuszczeniem dwóch rozwiązań, a nie zamianą jednego rozwiązania na drugie.

W kwestii przedłużenia terminu składania ofert Składający zastrzeżenia wyjaśnił, że chcąc w pełni zrealizować zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy p.z.p.), Zamawiający dał wykonawcom dodatkowy czas na podjęcie decyzji ewentualny wybór innego sposobu wykonania konstrukcji hali, dachu czy elewacji w stosunku do pierwotnie wskazanego w dokumentach zamówienia, wskazanego treścią odpowiedzi na pytanie do treści SWZ.

W kwestii zgodności zaoferowanego sposobu wykonania zamówienia z treścią SWZ, w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego wraz ze wszelkimi jego modyfikacjami, wprowadzonymi w wyniku wyjaśnienia treści SWZ, Prezydent Miasta Sosnowca wyjaśnił, że w przeprowadzonym postępowaniu Zamawiający wprost wskazał iż nie dopuszcza możliwości złożenia oferty wariantowej, o której mowa w art. 92 ustawy p.z.p., tzn. oferty przewidującej odmienny sposób wykonania zamówienia niż określony w SWZ. Zaoferowany sposób wykonania zamówienia był jednakowy (każde z obu dopuszczonych rozwiązań były równoważne) oraz zgodny z treścią SWZ, w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia, wraz ze wszelkimi jego modyfikacjami, wprowadzonymi w wyniku wyjaśnienia treści SWZ. Zamawiający równo traktował wykonawców i to od ich decyzji zależało, które z rozwiązań wybiorą. Dla Zamawiającego, wynagrodzenie ryczałtowe było gwarancją tego, że wskazana w formularzu ofertowym cena była ostateczna.

W związku z powyższym, Składający zastrzeżenia wskazał, że wniosek nr 1 zawarty w wystąpieniu pokontrolnym jest nietrafny, zaś rozważania dotyczące oferty wariantowej są bezprzedmiotowe. Oferty dają się obiektywnie porównać na podstawie dokumentów zamówienia, w szczególności programu funkcjonalno-użytkowego, udzielonej odpowiedzi na zadane pytanie do treści SWZ, rodzaju wynagrodzenia i przyjętych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, Zamawiający nie był zobligowany do:

- unieważnienia określonej czynności i jej ponowienie w sposób prawidłowy – w przypadku uprzedniego niezgodnego z przepisami działania i / lub

- dokonania wymaganej czynności – w przypadku zaniechania czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy,

albo unieważnienia postępowania obciążonego wadą, której nie można usunąć w sposób zgodny z przepisami.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej zważyło, co następuje:

Podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wybór najkorzystniejszej oferty. Najkorzystniejsza oferta, to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Wybór oferty najkorzystniejszej powinien być dokonany zgodnie z najważniejszymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji i zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu, o których mowa w art. 16 ustawy. Aby powyższe zasady były zachowane, wymagane jest takie ustalenie przez Zamawiających zasad obliczania przez Wykonawców ceny ofertowej, żeby oferty były porównywalne, tj. aby ich ceny obliczane były według tych samych reguł. Zamawiający jest jako jedyny, odpowiedzialny za przygotowanie SWZ oraz wszystkich innych dokumentów wchodzących w jej skład. Sam sposób opisanie przedmiotu zamówienia jest kwestią kluczową dla postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego – jest nie tylko uprawnieniem, ale i obowiązkiem Zamawiającego. Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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.

Analiza materiałów zebranych w trakcie kontroli wskazuje, iż zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2.1. do SWZ „*Obiekt budowlany został zaprojektowany w postaci zadaszenia nad istniejącym boiskiem wielofunkcyjnym przy Szkole Podstawowej nr 35. Zadaszenie zostanie rozpięte nad całą płytą istniejącego boiska na wysokości 10 – 12 m. Zadaszenie boiska zaprojektowano jako konstrukcja stalowa z dachem łukowym o promieniu gięcia 68,67 m. (...) Elewacja na wysokości 4 m wwyż zostanie wykonana z dwuwarstwowych membran teflonowych z przestrzenią wypełnioną powietrzem wtlaczanym pod małym ciśnieniem przez wentylatory*”. Jeden z Wykonawców zainteresowany ubieganiem się o to zamówienie, zwrócił się do Zamawiającego o zmianę Opisu Przedmiotu Zamówienia, poprzez dopuszczenie konstrukcji hali jako żelbetowej, zamiast zaprojektowanej konstrukcji stalowej oraz zmiany zaprojektowanej elewacji z membrany, wypełnionej powietrzem – na płyty warstwowe. W odpowiedzi Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że „dopuszcza” zmiany w zakresie materiałów i sposobu wykonania konstrukcji, dachu oraz elewacji, wskazując jednocześnie, że „*wprowadzone zmiany należy zaprojektować i wybudować w taki sposób, żeby budynki spełniały swoją funkcję oraz były zgodne z obowiązującymi warunkami techniczno-budowlanymi oraz wymagane jest uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę*”.

W ocenie Kolegium, dodanie przez Zamawiającego w SWZ nowych możliwości, albo zastąpienie w Opisie Przedmiotu Zamówienia, pierwotnych materiałów przewidzianych do realizacji zamówienia, lub rozwiązań dotyczących sposobu wykonania zamówienia – nowymi, materiałami lub rozwiązaniami, nie jest wyjaśnieniem SWZ, lecz jej zmianą, która jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak i Wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie dopuścił możliwości złożenia oferty wariantowej w tym postępowaniu. W rozdziale I pkt 9.1. SWZ wskazano, że „*Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia oferty wariantowej, o której mowa w art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych tzn. oferty przewidującej odmienny sposób wykonania zamówienia niż określony w niniejszej SWZ*”.

Zgodnie z brzmieniem art. 92 przywołanej ustawy „*Zamawiający może dopuścić albo wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia, złożenia oferty wariantowej. Oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia. Jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia:*

- 1) *minimalne wymagania dla oferty wariantowej, oraz wymagania dotyczące ich składania, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej;*

- 2) *kryteria oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej*”.

Skoro takiej możliwości Zamawiający „nie dopuścił”, wobec tego zaoferowany sposób wykonania zamówienia musiał być jednakowy oraz zgodny z treścią SWZ, w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego wraz ze wszelkimi jego modyfikacjami, wprowadzonymi w wyniku wyjaśnienia treści SWZ. Tymczasem Zamawiający w oparciu o szczegółową wycenę robót przedłożoną przez Wykonawcę – Przedsiębiorstwo MAXIMUS ZBH sp. z o.o., sp. k., po czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy, powziął wiadomość, że ten Wykonawca objął swoim zobowiązaniem ofertowym konstrukcję stalową zadaszania, zamiast żelbetowej konstrukcji, która była wymagana przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia na podstawie wyjaśnień treści SWZ.

W ocenie Kolegium nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, gdy w postępowaniu nie dopuszczono możliwości złożenia oferty wariantowej, natomiast złożone oferty nie dają się obiektywnie ze sobą porównać. Nieporównywalność ofert jest jednoznaczna z wadą postępowania, skutkującą koniecznością unieważnienia postępowania.

Zdaniem Kolegium pomiędzy treścią wniosku nr 1 a treścią nieprawidłowości opisaną w wystąpieniu pokontrolnym istnieje prawidłowy związek. Stąd też, zdaniem Kolegium Izby zastrzeżenia Prezydenta Miasta Sosnowca do wniosku pokontrolnego nr 1 należało oddalić.

Kolegium podkreśla, że w treści wniosku nr 1 do wystąpienia pokontrolnego, zostały sformułowane jedynie stwierdzenia zmierzające do podjęcia przez kontrolowanego własnych działań o charakterze organizacyjnym, kadrowym, merytorycznym itp., mających na celu usprawnienie funkcjonowania jednostki, w oparciu o aktualny stan prawny, tj. przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Sformułowany wniosek dot. konieczności wzmocnienia nadzoru nad pracownikami Urzędu Miejskiego w Sosnowcu, w tym w szczególności nad członkami komisji przetargowej, w zakresie rzetelnego badania i oceny ofert, w szczególności pod kątem zgodności treści ofert z warunkami zamówienia, ze swej istoty ma cechy zalecenia przyszłościowego i nie zawiera dyspozycji o charakterze dyrektywnym, nakazującym rozstrzygnięcie konkretnych, imiennie wskazanych stanów faktycznych.

## 2. W zakresie zastrzeżeń wniesionych do wniosku nr 5 i nr 6 o treści:

### Wniosek nr 5

*Wzmocnić nadzór nad pracownikami Wydziału Gospodarki Nieruchomościami w zakresie prawidłowego wprowadzania do systemu modułowego „Dzierżawy” opłat za korzystanie z mienia Skarbu Państwa bez tytułu prawnego, pozwalającego na dokonanie potrącenia dochodów na rzecz Miasta Sosnowca w prawidłowej wysokości, stosownie do art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2023 r. poz. 344 z późn. zm.), w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. z 2022 r.*



poz. 2267), 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 2023 r. poz. 1270).

Wniosek nr 6

*Podjąć działania zmierzające do zwrotu nieprawidłowo potrąconych dochodów Skarbu Państwa z tytułu wpływów osiągniętych z bezumownego korzystania z nieruchomości Skarbu Państwa, stosownie do art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. z 2022 r. poz. 2267) w związku z art. 23 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2023 r. poz. 344 z późn. zm.).*

Sformułowane wnioski były konsekwencją nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli dotyczącej dochodów z mienia Skarbu Państwa oraz mienia komunalnego. Jak wykazała kontrola, w latach 2019-2023 (do dnia kontroli) dokonywano potrąceń środków stanowiących dochód Miasta Sosnowca z tytułu wpływów osiągniętych za bezumowne (bez tytułu prawnego) korzystanie z nieruchomości Skarbu Państwa w wysokości wynoszącej 25 % (50% w okresie od 24 czerwca do 31 grudnia 2020 r.) wpływów zamiast 5 % wpływów. Powyższe było niezgodne z art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2018 r. poz. 2204 z późn. zm.), w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1530 z późn. zm.).

Na podstawie ww. przepisów od wpływów osiągniętych ze sprzedaży, opłat z tytułu trwałego zarządu, użytkowania, czynszu dzierżawnego i najmu – nieruchomości Skarbu Państwa, a także od wpływów osiągniętych z opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości Skarbu Państwa oddanych w użytkowanie wieczyste oraz odsetek za nieterminowe wnoszenie tych należności potrąca się 25% środków, które stanowią dochód powiatu, na obszarze którego położone są te nieruchomości, a źródłem dochodów własnych powiatu (w przypadku Sosnowca – miasta na prawach powiatu) jest 5,0% dochodów uzyskiwanych na rzecz budżetu państwa w związku z realizacją zadań z zakresu administracji rządowej. W myśl art. 23 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy o gospodarce nieruchomościami starostowie wykonują czynności związane z naliczaniem należności za nieruchomości udostępniane z zasobu oraz prowadzą windykację tych należności. Jak wykazała kontrola przeprowadzona przez inspektorów Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach Prezydent Miasta Sosnowca, wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej, zawarł w imieniu Skarbu Państwa cztery umowy dzierżawy nieruchomości gruntowych, w których ustalono termin korzystania z nieruchomości bez tytułu prawnego (okres przed zawarciem umów) oraz wysokość należności z tego tytułu. Powyższe dotyczyło umów:

- nr 37/2019/SS z dnia 2 grudnia 2019 r. zawartej na okres od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2022 r., w której zobowiązano dzierżawcę o symbolu 001770 do zapłacenia czynszu dzierżawnego w kwocie 8.920,80 zł netto za okres od 1 września 2017 r. do 31 grudnia 2019 r.,

- nr 41/2019/AN z dnia 12 lipca 2019 r. zawartej na okres od 1 sierpnia 2019 r. do 31 lipca 2022 r., w której zobowiązano dzierżawcę o symbolu 034514 do wniesienia opłaty w kwocie 567,00 zł netto z tytułu korzystania z gruntu za okres od 1 sierpnia 2016 r. do 31 lipca 2019 r.,

- nr 39/2022/AN z dnia 7 września 2022 r. zawartej na okres od 1 września 2022 r. do 31 sierpnia 2025 r., w której zobowiązano dzierżawcę o symbolu 038164 do wniesienia opłaty w kwocie 2.115,58 zł netto z tytułu korzystania z gruntu za okres od 15 grudnia 2021 r. do 31 sierpnia 2022 r.,

- nr 40/2022/AN z dnia 7 września 2022 r. zawartej na okres od 1 września 2022 r. do 31 sierpnia 2025 r., w której zobowiązano dzierżawcę o symbolu 038164 do wniesienia opłaty w kwocie 881,89 zł netto z tytułu korzystania z gruntu za okres od 15 grudnia 2021 r. do 31 sierpnia 2022 r.

Od dochodów za korzystanie z nieruchomości bez tytułu prawnego przed zawarciem ww. umów Miasto Sosnowiec potrąciło wynagrodzenie w wysokości 25%, zamiast należnych 5% dochodów. Łączna kwota nienależnie pobranych dochodów wynikająca z takiego potrącenia wyniosła 2.497,15 zł netto.

W zastrzeżeniach wniesionych do wniosków pokontrolnych nr 5 i 6 Prezydent Miasta Sosnowca stwierdził, że we wnioskach tych kontrolujący w sposób nieprawidłowy określił skutki prawne wynikające z łącznego odczytywania przepisów o dochodach jednostek samorządu terytorialnego oraz o gospodarowaniu przez nie nieruchomościami. W ocenie Prezydenta *„Wadliwe jest stanowisko Kontrolującego uznające fakt potrącenia 25% uzyskanej kwoty netto wpływów z tytułu korzystania z nieruchomości Skarbu Państwa w okresie poprzedzającym zawarcie umowy najmu lub dzierżawy jako naruszenie art. 23 ust. 3 u.g.n. w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 u.d.j.s.t.”*. Następnie Wnoszący zastrzeżenia wskazał, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego jednym ze źródeł dochodów własnych powiatu jest 5% dochodów uzyskiwanych na rzecz budżetu państwa w związku z realizacją zadań z zakresu administracji rządowej oraz innych zadań zleconych ustawami, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Odrębnym przepisem jest art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami który stanowi, że od wpływów osiąganych ze sprzedaży, opłat z tytułu trwałego zarządu, użytkowania, czynszu dzierżawnego i najmu – nieruchomości Skarbu Państwa, o których mowa w ust. 1 tej ustawy, a także od wpływów osiąganych z opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości Skarbu Państwa oddanych w użytkowanie wieczyste, oraz odsetek za nieterminowe wnoszenie tych należności potrąca się 25% środków, które stanowią dochód powiatu, na obszarze którego położone są te nieruchomości. W dalszej części zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych nr 5 i 6 Prezydent Miasta Sosnowca stwierdził, że: *„Przysporzenie majątkowe, które j.s.t. uzyskuje w wyniku realizacji normy z art. 23 ust. 3 u.g.n., należy uznać zatem nie za ryczałtowe pokrycie kosztów związanych z zarządzaniem nieruchomościami Skarbu Państwa, lecz za ryczałtowe wynagrodzenie za podejmowanie trudności polegających na zarządzaniu tymi nieruchomościami za Skarb Państwa. W konsekwencji powyższego należy uznać to wynagrodzenie za swoistą rekompensatę finansową za podejmowanie szeregu złożonych czynności związanych z zarządaniem zasobem Skarbu Państwa. (...) Powyższe prowadzi zatem do wniosku, iż norma art. 23 ust. 3 u.g.n. obejmuje czynności powiatu*

*związane z zarządzaniem nieruchomości Skarbu Państwa, w stosunku do których podjęto czynności w sprawie uregulowania sposobu korzystania oraz określania wynagrodzenia za okres poprzedzający zawarcie umowy (np. dzierżawy). Takie rozumienie przepisów jest bowiem wynikiem zastosowania wykładni celowościowej...”.*

Kolegium Izby Obrachunkowej nie podzieliło poglądu przedstawionego w tym zakresie w piśmie Prezydenta Miasta i ocenia przedstawioną w nim interpretację jako nieprawidłową.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2018 r. poz.2204 z późn. zm.), w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1530 z późn. zm.) źródłem dochodów własnych powiatu jest 5% dochodów uzyskiwanych na rzecz budżetu państwa w związku z realizacją zadań z zakresu administracji rządowej. Natomiast 25% środków, które stanowią dochód powiatu potrąca się jedynie od wpływów osiąganych ze sprzedaży, opłat z tytułu trwałego zarządu, użytkowania, czynszu dzierżawnego i najmu – nieruchomości Skarbu Państwa, a także od wpływów osiąganych z opłat z tytułu użytkowania wieczystego nieruchomości Skarbu Państwa oddanych w użytkowanie wieczyste oraz od odsetek za nieterminowe wnoszenie tych należności – przepis art. 23 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Przepis ten nie obejmuje dochodów z tytułu bezumownego korzystania z nieruchomości Skarbu Państwa. Stąd – zdaniem Kolegium – dochód z tego tytułu winien stanowić 5% uzyskanych dochodów. Z tego powodu, zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego nr 5 należało oddalić.

W związku z powyższym rozstrzygnięciem merytorycznym dot. wniosku nr 5, uzasadniona również jest treść wniosku pokontrolnego nr 6, obligująca do podjęcia działań zmierzających do zwrotu nieprawidłowo potrąconych dochodów Skarbu Państwa z tytułu wpływów osiąganych z bezumownego korzystania z nieruchomości Skarbu Państwa. Stąd też Kolegium Izby postanowiło oddalić zastrzeżenia Zastępcy Prezydenta Miasta Sosnowca wniesione do wniosku pokontrolnego nr 6.

Kolegium Izby wskazuje ponadto, że wystąpienie pokontrolne kierowane przez regionalną izbę obrachunkową do kontrolowanej jednostki, jako zawierające jedynie ustalenia dotyczące określonego stanu faktycznego oraz wnioski zmierzające do wyeliminowania stwierdzonych nieprawidłowości, nie stanowi rozstrzygnięcia nadzorczego ani nie jest też aktem władczej ingerencji w działalność kontrolowanej działalności. Nie nosi takich cech także ewentualny pogląd kolegium izby, potwierdzający bądź niepotwierdzający trafności wniosków pokontrolnych w trybie uchwały oddalającej lub uwzględniającej zastrzeżenia do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym. W ustawie o regionalnych izbach obrachunkowych w sposób wyraźny rozróżnione zostały funkcje kontrolne i nadzorcze izb i dla każdego z tych zadań przewidziano odrębne formy i środki działania. Skierowanie do właściwej jednostki wystąpienia pokontrolnego jest elementem działania kontrolnego. Przy ustawowym ukształtowaniu relacji pomiędzy kontrolującym a kontrolowanym nie ma w niej elementu nadzoru, czyli prawnej możliwości bezpośredniego ingerowania w działalność

kontrolowanego przez podejmowanie działań o charakterze władczym (zob. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 stycznia 2017 r., II GSK 7/17).

Mając na uwadze dokonane ustalenia, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach, stosownie do art. 25b ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, uchwaliło jak w § 1 uchwały.

### **Przewodniczący Kolegium**

Daniel Kołodziej