

UCHWAŁA NR 82/ 2007
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z 10 października 2007 roku

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Burmistrza Miasta i Gminy Chocianów
do wystąpienia pokontrolnego z dnia 4 września 2007 r. Regionalnej Izby
Obrachunkowej we Wrocławiu

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

§ 1.

Oddalić w całości zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Chocianów zgłoszone do wniosku nr 15 zawartego w wystąpieniu pokontrolnym z 4 września 2007 roku.

§ 2.

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

UZASADNIENIE

Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu w wystąpieniu pokontrolnym z 4 września 2007 roku (znak: WK.60/201/K- 25/07), skierowanym do Burmistrza Miasta i Gminy Chocianów działając na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy z 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych wskazała na nieprawidłowości i uchybienia szczegółowo opisane w protokole kontroli z kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta i Gminy Chocianów.

Burmistrz Miasta i Gminy Chocianów pismem z 14 września 2007 roku wniósł zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego, zawartego w punkcie 15 wystąpienia pokontrolnego.

Regionalna Izba Obrachunkowa w przedmiotowym wystąpieniu pokontrolnym zaleciła w pkt 15, co następuje:

“Unieważnianie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 powołanej ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

Burmistrz Miasta i Gminy Chocianów zarzucił im naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez to, że *“Kontrolujący przywołując przepisy o unieważnieniu zamówienia pominął ściśle z nim związany przepis dotyczący otwarcia ofert – art. 86 ust. 3 o następującym brzmieniu: “3. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.”*

W uzasadnieniu swoich twierdzeń powołał się na – jak stwierdził - *“dotyczący powyższego zagadnienia”* komentarz zamieszczony na str. 214 – 215 w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych autorstwa J. Baehr, T Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski *“Prawo zamówień publicznych – komentarz.”* pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Warszawa 2004 r. o treści:

“5. Zupełnym novum jest nałożenie na zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 3). Jest to rozwiązanie o istotnych skutkach natury prawnej, na co wskazuje wykładnia funkcjonalna tego przepisu. Podkreślając zwiększenie jawności oraz uniemożliwienie zamawiającemu arbitralnego unieważniania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawodawca wskazał, że zamawiający nie będą mogli “nadużywać możliwości unieważniania postępowania uzasadniając, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą mogą przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.”

Nadto Burmistrz stwierdził: *“Chociaż posłużono się tu zwrotem {kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć}, a w art. 93 ust. 1 pkt 4 występuje zwrot {kwota, którą zamawiający może przeznaczyć} należy przyjąć, że chodzi o tę samą kwotę, która jest kwotą wiążącą zamawiającego i której zamawiającemu nie wolno zmienić. Jednak wobec tego, że w toku postępowania może się okazać, że zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia wyższą kwotę od podanej przed otwarciem ofert, kwotę podaną należy uznać za kwotę minimalną, a nie maksymalną.*

W przypadku postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego {Boisko wielofunkcyjne przy ul. Środkowej w Chocianowie} zamawiający przed otwarciem ofert oświadczył, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 241.000 zł (zapewnienie środków finansowych we wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 25.04.2006r.).

Jednakże tuż po otwarciu ofert okazało się, iż zamawiający jest w stanie przeznaczyć kwotę wyższą od ogłoszonej. Wobec powyższego zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej (jednocześnie najtańszej) za kwotę 258.270,68 zł. Działanie powyższe jest zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz ustawą o finansach publicznych. Przyjęcie powyższego zalecenia może skutkować w przyszłości brakiem możliwości rozstrzygnięcia przetargu ze względu na np. radykalny wzrost cen, co miało miejsce w 2007 roku.”

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu dokonując oceny wniesionych zastrzeżeń przez Burmistrza Miasta i Gminy Chocianów i przedstawionych na ich poparcie argumentów stwierdza, że z twierdzeniami przedstawionymi przez zgłaszającego zastrzeżenia Kolegium zgodzić się nie może, z następujących powodów:

Bezsporne jest, iż zgodnie z treścią art. 86 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ratio legis tego przepisu polega na wprowadzeniu ustawowego zabezpieczenia przed przypadkami nieuzasadnionego unieważniania postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., a więc z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. W doktrynie – m.in. w Komentarzu powołanym przez Burmistrza - przyjmuje się, że kwota podana przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert jest kwotą wiążącą, której Zamawiającemu nie wolno zmienić. Dopuszcza się jedynie możliwość ewentualnego zwiększenia tej kwoty jeżeli istnieją możliwości w tym zakresie po stronie Zamawiającego (Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Wydawnictwo UZP, Warszawa 2004, s. 215).

Unieważnienie postępowania jest czynnością, której może dokonać zamawiający wyłącznie w sytuacji wystąpienia co najmniej jednej przesłanki wymienionej w ust. 1 pkt 1 art. 93 p.z.p

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu wskazuje jednakże, iż podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r. sygn. II CZP 78/04. Sąd Najwyższy w rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Warszawie podjął uchwałę:

“W wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Sąd okręgowy, w razie stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej tym przepisem, uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia.” W uzasadnieniu uchwały Sąd jednoznacznie i bezwarunkowo stwierdził: *“Artykuł 93 ust. 1 Pr. z.p. określa w sposób wyczerpujący sytuacje, w których zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Obowiązek taki spoczywa na nim m.in. wtedy, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ust. 1 pkt 4).”*

Odnośnie twierdzenia Burmistrza, iż *“Przyjęcie powyższego zalecenia może skutkować w przyszłości brakiem możliwości rozstrzygnięcia przetargu ze względu na np. radykalny wzrost cen, co miało miejsce w 2007 roku.”* wskazuje się, co następuje:

Ustalenie wartości zamówienia jest kluczową czynnością dla przesądzenia konieczności stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, jak również dla prawidłowego wyboru procedury uproszczonej, pełnej lub zastrzonej.

Ustęp 1 art. 34 p.z.p. ustanawia zasadę uznania za podstawę ustalenia wartości zamówienia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (VAT). Kolejne przepisy wskazują natomiast sposób obliczenia tego wynagrodzenia oraz uszczegółwiają podaną zasadę postępowania w niektórych sytuacjach. Zamawiający dokonuje ustalenia wartości zamówienia na podstawie dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, a więc biorąc pod uwagę wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – w tym w szczególności na jej cenę oraz czas trwania umowy (wykonywania zamówienia). Zamawiający dla dokonania szacunku wynagrodzenia wykonawcy może zastosować różne metody, o ile sposobu tego nie determinują przepisy, jak ma to miejsce w przypadku zamówień na roboty budowlane, którym poświęcony został art. 33 p.z.p. W każdym przypadku zamawiający winien dochować należytej staranności dla szacowania zamówienia. Pojęcie należytej staranności znane jest prawu cywilnemu w związku z przepisem art. 355 k.c., gdzie należyta staranność dłużnika została zdefiniowana jako staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Definicja ta oraz dorobek orzecznictwa i doktryny powinny znaleźć odpowiednie zastosowanie przy określaniu należytej staranności zamawiającego, biorąc pod uwagę rolę zamawiającego w procesie udzielania zamówienia, wykonywaną przez niego działalność i rodzaj udzielanego zamówienia. W ocenie dochowania należytej staranności należy więc wziąć pod uwagę prawidłowość wyboru przez zamawiającego odpowiedniej dla danego zamówienia metody obliczania wartości zamówienia, jak również jego doświadczenie oraz powinność i możliwość przewidywania następstw oszacowania wartości zamówienia. W przypadku robót budowlanych dochowaniem należytej staranności będzie ustalenie wartości zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego (tak np. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 11 kwietnia 2002 r., sygn. DF/GKO/Odw-199/290/2001) lub planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w planie funkcjonalno-użytkowym. W przypadku dostaw i usług nie określono jednolitego sposobu postępowania - zamawiający ma więc prawo oszacować wartość zamówienia zgodnie z wybranym przez siebie sposobem, właściwym dla danego rodzaju zamówień. W przypadku gdy dokonane ustalenie wartości zamówienia w praktyce, po złożeniu ofert cenowych, okaże się nieodpowiadające uzyskanym cenom, nie można zamawiającemu postawić zarzutu ustalenia nieprawidłowo wartości, o ile potrafi on wykazać zachowanie należytej staranności przy dokonywaniu tej czynności.

Uchwała jest ostateczna i nie przysługuje na nią skarga.



Przewodniczący Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu

/-/ dr Bogdan Cybulski