

Uchwała nr 89/2018
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z dnia 27 czerwca 2018 r.

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Prezydenta Miasta Legnicy do wniosków
zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z dnia 10 maja 2018 r.

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a oraz art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 561), Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu

oddala

zastrzeżenia Prezydenta Miasta Legnicy do wniosków nr 6 lit. a i nr 7 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 10 maja 2018 roku.

Uzasadnienie

W wystąpieniu pokontrolnym z dnia 10 maja 2018 r. znak WK.WR.40.4.2018.214, skierowanym do Prezydenta Miasta Legnicy Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu, działając na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 561), wskazała na nieprawidłowości i uchybienia stwierdzone w trakcie przeprowadzonej w okresie od 16 stycznia do 26 marca 2018 r. kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Miasta Legnica. Stwierdzono m.in.:

- rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy z dnia 24 stycznia 1996 r. o prowadzenie rachunków bankowych Miasta Legnica, w związku z podpisaniem 10 lutego 2012 r. warunków realizacji zlecenia dotyczącego uruchomienia usługi bankowej w zakresie obsługi płatności masowych Pekao Collect dla Gminy Legnica, co skutkowało powstaniem obowiązku ponoszenia kosztów wdrożenia usługi oraz miesięcznej opłaty stałej i stało w sprzeczności z przepisami art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych,

- dokonanie wyboru wykonawcy dwóch zamówień publicznych pn. „Zakup koszy na odpadki typu BARON” — 50 szt. (umowa nr IK.54.2017.V z dnia 10 maja 2017 r. na kwotę 267.525 zł) oraz pn. „Zakup koszy na odpadki typu PAGODA” — 19 szt. (umowa nr IK.66.2017.V z dnia 24 lipca 2017 r. na kwotę 121.524 zł), w trybie zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”, pomimo niewystąpienia przesłanek wskazanych w powołanym przepisie.

Szczegółowe ustalenia kontroli w powyższym zakresie zawiera protokół podpisany przez Prezydenta Miasta Legnicy i Skarbnika Miasta oraz inspektorów kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu.

Pismem z dnia 1 czerwca 2018 r. (wpłynęło do Izby 4 czerwca 2018 r.) Prezydent Miasta Legnicy wniósł zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 6 lit. a i nr 7 zawartych w wystąpieniu pokontrolnym. Prezydent postawił Izbie zarzut naruszenia prawa poprzez błędną wykładnię przepisów odpowiednio art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778) oraz art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp. Regionalna Izba Obrachunkowa w przedmiotowych wnioskach zaleciła, co następuje:

1) wniosek nr 6 lit. a: przestrzeganie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077), w szczególności w zakresie: a) dokonywania wyboru banku do obsługi budżetu zgodnie z art. 264 ust. 1 ustawy;

2) wniosek nr 7: przestrzeganie przepisów w zakresie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.), w szczególności w zakresie:

a) przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy,

b) stosowania trybu wyboru wykonawcy zamówienia publicznego przy zachowaniu zasad określonych w art. 10 ustawy.

Podstawę sformułowania wniosku nr 6 lit. a stanowiło ustalenie kontrolujących, że bankową obsługę budżetu Gminy Legnica wykonuje Bank Pekao S.A. na podstawie umowy nr 06003557 o prowadzenie rachunków bankowych z 24 stycznia 1996 r., zawartej pomiędzy Gminą Legnica (Posiadacz) a Bankiem Pekao S.A. Agencją w Legnicy na czas nieoznaczony, której zakres przedmiotowy został rozszerzony 10 lutego 2012 r. poprzez podpisanie przez jej strony Warunków realizacji zlecenia dotyczącego uruchomienia usługi bankowej w zakresie obsługi płatności masowych Pekao Collect dla Gminy Legnica, co skutkowało powstaniem obowiązku poniesienia kosztów wdrożenia usługi oraz ponoszenia miesięcznej opłaty stałej.

Według stanu prawnego na dzień 24 stycznia 1996 r. (data zawarcia umowy o prowadzenie rachunków bankowych) obowiązywały przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, zobowiązujące jednostki samorządu terytorialnego do stosowania przepisów ustawy przy udzielaniu zamówień na usługi, dostawy i roboty budowlane. W dniu 9 listopada 1997 r. weszła w życie ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778), której art. 4 stanowił, że umowy w sprawach zamówień publicznych zawarte przed dniem wejścia w życie ustawy pozostają w mocy z tym, że rozszerzenie ich zakresu przedmiotowego lub zmiana stron umowy nie są możliwe.

Uruchomienie w 2012 r. obsługi płatności masowych w ramach umowy z 1996 r. stanowiło rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy bankowej obsługi budżetu Gminy Legnica, a tym samym naruszało normę określoną przepisami art. 4 ustawy o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. Obowiązek wykonywania bankowej obsługi budżetu Gminy przez bank wybrany na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych wynika z art. 264 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 i art. 2 pkt 13 Pzp.

Powstanie w 2012 r. potrzeby uruchomienia bankowej obsługi operacji masowych winno zatem skutkować podjęciem przez właściwe służby czynności wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych w celu wyłonienia banku do obsługi budżetu miasta Legnica zgodnie z obowiązującym stanem prawnym. Ważne w sprawie jest również to, że nowelizacją z dnia 29 sierpnia 1997 r. wprowadzony został zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony. Poczynając od 9 listopada 1997 r. przepisy art. 73 stanowiły, że umowy w sprawach zamówień publicznych nie mogą być zawierane na czas nieoznaczony. Zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata wymaga wcześniejszej zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W ocenie Kolegium zgromadzone w trakcie kontroli dokumenty oraz poczynione na ich podstawie ustalenia potwierdzają zasadność sformułowania wniosku nr 6 lit. a, wskazującego na konieczność przestrzegania wskazanych regulacji prawnych.

Zalecenie nr 7 sformułowane zostało w oparciu o ustalenia kontrolujących w związku z udzieleniem dwóch zamówień publicznych pn. „Zakup koszy na odpadki typu BARON” — 50 szt. oraz pn. „Zakup koszy na odpadki typu PAGODA” — 19 szt., wykonawcy wybranemu w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, pomimo że nie wystąpiły przesłanki wskazane w powołanym przepisie. Powołane przepisy stanowią, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów — jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Przy zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o powołany przepis Pzp konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych. Zamawiający powinien wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby jego potrzebom. W przeciwnym wypadku niemożliwe jest skorzystanie z tego trybu, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i preferencji na rzecz rozwiązań opatentowanych. Zamawiający powinien zatem udowodnić, że żaden inny wykonawca, poza podmiotem, który został zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostawy koszy na odpadki, zgodnych ze stawianymi przez niego wymogami, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę. Nie wystarczy, by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego. Zamawiający musi wykazać, że wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego przez innego wykonawcę jest niemożliwe ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych oraz że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia właśnie temu podmiotowi. Konieczne jest zatem spełnienie przesłanki istnienia praw wyłącznych oraz wykazanie, że tylko jeden podmiot jest zdolny do realizacji zamówienia.

Samo wykazanie przez zamawiającego, że zamierza nabyć rzecz, która jest objęta ochroną wynikającą z praw wyłącznych, nie jest wystarczające — konieczne jest wykazanie, że na rynku nie ma dostępnego ekwiwalentu (substytutu) takiej rzeczy. Jeżeli taki substytut danego produktu istnieje, to zamawiający nie może preferować produktów objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli obiektywnie inne produkty mogą zaspokoić w ten sam sposób jego potrzeby związane z realizacją zamówienia.

Dodatkowym warunkiem, jaki musi być spełniony dla zastosowania tego trybu, jest obiektywny brak możliwości zaspokojenia potrzeb zamawiającego w inny sposób, niż nabycie konkretnej rzeczy u jedyne go sprzedawcy na rynku.

Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych muszą mieć charakter zasadniczy, a mianowicie podjęcie prac przez innego wykonawcę ze względu na ochronę praw wyłącznych musi być rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Niemożliwość ta musi mieć przy tym charakter nieprzezwy czajalny.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp. W istocie to zamawiający zdecydował o konkretnym wzorze, a tym samym również o producencie zamawianych koszy na śmieci, których wzory przedstawił konserwatorowi zabytków do zatwierdzenia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że na rynku nie ma dostępnego ekwiwalentu (substytutu) koszy na śmieci, spełniających określone przez niego parametry, cechy użytkowe i estetyczne.

Reasumując powyższe, Kolegium Izby stwierdza, że zgromadzone w trakcie kontroli dokumenty oraz sformułowane na ich podstawie ustalenia potwierdzają zasadność wniosku nr 7, wskazującego na konieczność przestrzegania wskazanych regulacji prawnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu postanowiło jak w sentencji uchwały.

Uchwała jest ostateczna i nie przysługuje na nią skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Przewodnicząca Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu

Lucyna Hanus