

Uchwała nr 62/2023
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z dnia 29 września 2023 r.

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Burmistrza Miasta Kowary do wniosków
zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a i art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1325), po rozpatrzeniu zastrzeżeń Burmistrza Miasta Kowary z dnia 30 sierpnia 2023 r. do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 11 sierpnia 2023 r., Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu:

- 1) uwzględniła zastrzeżenie sformułowane w części III w pkt 4, tj. do wniosku pokontrolnego nr 8 lit. a,
- 2) oddała zastrzeżenia sformułowane w części III w pkt 1, 2 i 3,
- 3) oddała zarzuty sformułowane w części I i II.

Uzasadnienie

W wystąpieniu pokontrolnym z dnia 11 sierpnia 2023 r. znak WK.WR.40.17.2023.112 skierowanym do Burmistrza Miasta Kowary, zwanego dalej Burmistrzem, 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 2023 r. poz. 1325), zwanej dalej „u.r.i.o.”, wskazała nieprawidłowości i uchybienia stwierdzone w trakcie przeprowadzonej w okresie od 14 marca do 7 czerwca 2023 r. kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Gminy Kowary.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. do Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu wpłynęło pismo Burmistrza Miasta Kowary z dnia 30 sierpnia 2023 r. znak WOK.1710.1.2023 zatytułowane „Zgłoszenie zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego WK.WR.40.17.2023.112 z dnia 11 sierpnia 2023 r.” (zwane też dalej Pismem), w którym sformułowano zarzuty:

- I. „W zakresie wniosku o wyłączenie kontrolera”,
- II. „W zakresie przekroczenia przez kontrolującego zakresu upoważnienia do przeprowadzania kontroli”,
- III. „W zakresie zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego” odnoszące się do:
 - 1) ustalenia, że kierownik jednostki kontrolowanej nie wykonał zalecenia NIK dotyczącego realizacji umowy z dnia 19 października 2017 r. na realizację zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego oraz dobudowa nowych punktów oświetleniowych na terenie Gminy Miejskiej Kowary wraz z zapewnieniem finansowania” (pkt 1),
 - 2) wskazania w wystąpieniu, że w Gminie nie realizowano postanowień § 10 i § 11 umowy dzierżawy z dnia 19 września 2019 r. nr 1/G/2019 (pkt 2),
 - 3) wskazania w wystąpieniu naruszenia art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. z 2023 r. poz. 973) przy dokonywaniu wyceny zbywanych udziałów w spółce (pkt 3),
 - 4) wskazania w wystąpieniu naruszenia art. 30 ust. 1, a w konsekwencji art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) przy zawieraniu umów nr 22/2022, 112/2022 i 157/2022 (pkt 4).

Kolegium Izby rozpatrując powyższe stwierdziło, co następuje:

Ustawa o regionalnych izbach obrachunkowych stanowi, że na podstawie wyników kontroli izba kieruje do kontrolowanej jednostki wystąpienie pokontrolne, wskazując źródła i przyczyny nieprawidłowości, ich rozmiary, osoby odpowiedzialne oraz wnioski zmierzające do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności (art. 9 ust. 2 u.r.i.o.). Kontrolowana jednostka jest obowiązana w terminie 30 dni od dnia doręczenia wystąpienia zawiadomić izbę o wykonaniu wniosków lub o przyczynach ich niewykonania.

Do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżenia do kolegium izby (art. 9 ust. 3 u.r.i.o.). Zastrzeżenie składa właściwy organ jednostki kontrolowanej w terminie 14 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego za pośrednictwem prezesa izby. Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie (art. 9 ust. 4 u.r.i.o.).

Powołane regulacje określają definicję wniosków pokontrolnych, wskazują zakres przedmiotowy zastrzeżeń które mogą zostać złożone w związku ze skierowaniem do jednostki wystąpienia pokontrolnego, a także podstawy ich formułowania. W świetle ww. regulacji wnioski pokontrolne (zmierzające do usunięcia nieprawidłowości oraz usprawnienia badanej działalności) są jednym z elementów wystąpienia pokontrolnego kierowanego przez Izbę do kontrolowanej jednostki. W związku z przekazaniem wystąpienia jednostce przysługuje prawo złożenia zastrzeżeń odnoszących się do wniosków pokontrolnych. Podstawą sformułowania zastrzeżeń może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie.

Ad I

W części I Pisma Burmistrz podniosła kwestie dotyczące „wyłączenia kontrolera” zarzucając, że jej wniosek z dnia 13 czerwca 2023 r. o wyłączenie od czynności kontrolnych inspektora kontroli, do dnia doręczenia wystąpienia pokontrolnego z dnia 11 sierpnia 2023 r. nie został w ogóle rozpoznany, wnioskujący nie został powiadomiony o wszczęciu postępowania w tym zakresie, jak również nie uczestniczył w jego toku. W części tej zawarto obszernie — oparte na analizie literatury przedmiotu, aktów prawnych oraz standardów kontroli — rozważania dotyczące zakresu czynności inspektora kontroli po ujawnieniu okoliczności uzasadniających wyłączenie, formy rozstrzygnięcia o wyłączeniu inspektora oraz organie rozstrzygającym o wyłączeniu.

Powyższy zarzut nie odnosi się do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym, nie może zostać zatem uznany za zastrzeżenie w rozumieniu art. 9 ust. 3 u.r.i.o. i jako taki podlega oddaleniu.

Niezależnie od powyższego Kolegium zauważa, że:

Zgodnie z art. 7a ust. 3 u.r.i.o. inspektor do spraw kontroli gospodarki finansowej, podlega wyłączeniu od czynności kontrolnych, jeżeli on lub członkowie jego rodziny pozostają w takich stosunkach prawnych z jednostką kontrolowaną lub osobistych z jej pracownikami, które nasuwają wątpliwości co do bezstronności inspektora. Wyłączenie następuje z urzędu, na wniosek inspektora lub na wniosek zgłoszony przez kierownika jednostki kontrolowanej odpowiednio uzasadniony.

Ustawa o regionalnych izbach obrachunkowych nie określa procedury dotyczącej wyłączenia inspektora od czynności kontrolnych, w tym w szczególności formy w jakiej powinno ono nastąpić, czy też sposobu informowania o rozpatrzeniu wniosku. Nie odsyła też w tym zakresie do innych regulacji, nie ustanawia również prawa wnioskującego o wyłączenie inspektora kontroli od udziału w takim postępowaniu.

Z dokumentacji kontroli wynika, że wniosek Burmistrza o wyłączenie „inspektora do spraw kontroli gospodarki finansowej od czynności kontrolnych” został złożony w dniu 13 czerwca 2023 r., tj. po zakończeniu czynności kontrolnych prowadzonych bezpośrednio w Gminie Kowary — w dniu następującym po dacie, na którą wyznaczono podpisanie protokołu kontroli gospodarki finansowej Gminy Kowary. W związku ze złożeniem ww. wniosku Prezes Izby pismem z dnia 20 czerwca 2023 r. — odwołując się do rozmowy telefonicznej przeprowadzonej z inspektorem kontroli w dniu 14 czerwca 2023 r. — wyłączyła inspektora objętego złożonym wnioskiem od związanych z kontrolą gospodarki finansowej Gminy Kowary czynności dotyczących przygotowania projektu wystąpienia pokontrolnego do Gminy Kowary.

Ze względu na termin złożenia ww. wniosku inspektor kontroli mógł w czasie jego złożenia zostać wyłączony jedynie od czynności objętych kolejnym etapem postępowania kontrolnego. Odnotowania wymaga przy tym, że decyzja o wyłączeniu inspektora od czynności kontrolnych nie czyni dokonanych przez niego czynności nieważnymi.

W literaturze przedmiotu zauważa się, że prawodawca w art. 7a ust. 3 u.r.i.o. nie określił terminu dla złożenia przez kierownika jednostki kontrolowanej wniosku o wyłączenie inspektora kontroli. Podkreśla się w niej jednocześnie, że wątpliwości budzić może zasadność wniosku zgłaszanego w ostatniej fazie czynności kontrolnych, np. po zapoznaniu się kierownika z ustaleniami zawartymi w protokole kontroli. Wskazuje się w związku z tym, że ewentualne obiekcje mogą wówczas stanowić podstawę odmowy podpisania protokołu kontroli, z uwagi np. na nierzetelne ustalenie stanu faktycznego (na co należy wskazać w uzasadnieniu

przyczyn takiej odmowy). Instytucja wyłączenia nie ma bowiem na celu wyeliminowania inspektora z określonej kontroli, lecz zapewnienie jej należytego (obiektywnego) wyniku (zob. M. Stec, A. Babczuk, P. Ciszewski, B. Cybulski, L. Etel, W. Miemiec, Z. Mykowska, M. Paczocha, S. Płażek, D. Renczyński, J.M. Salachna, S. Srocki, R. Trykozko, W. Witalec, Z.K. Wójcik, W. Wróbel, Regionalne izby obrachunkowe. Charakterystyka ustrojowa i komentarz do ustawy, Warszawa 2010, art. 7a).

Wyjaśnienie przyczyn odmowy podpisania protokołu kontroli gospodarki finansowej Gminy Kowary wpłynęło do Izby w dniu 15 czerwca 2023 r. i jako takie podlegało rozpatrzeniu na etapie formułowaniu wystąpienia pokontrolnego kierowanego do Gminy Kowary, z którego to etapu wyłączony został inspektor objęty wnioskiem Burmistrza z dnia 13 czerwca 2023 roku.

Kolegium zauważa jednocześnie, że wbrew twierdzeniom zawartym w rozpatrywanym Piśmie Burmistrza z dnia 30 sierpnia 2023 r. „procedowanie w zakresie kontroli i przesłanie wystąpienia pokontrolnego z dnia 11 sierpnia 2023 r.” nie przebiegało bez rozpatrzenia wniosku o wyłączenie inspektora kontroli od czynności kontrolnych, co wynika wprost z treści pisma Izby, na które Burmistrz powołuje się w swych zastrzeżeniach. Pismo Izby informowało bowiem, że wskazania zawarte we wniosku o wyłączenie inspektora kontroli od czynności kontrolnych (pismo z dnia 13 czerwca 2023 r.) oraz w piśmie zawierającym wyjaśnienie przyczyn odmowy podpisania protokołu kontroli (pismo z dnia 15 czerwca 2023 r.) zostały wzięte pod uwagę przy formułowaniu wystąpienia pokontrolnego.

Ad II

W części II Pisma wskazano na „przekroczenie przez inspektora kontroli zakresu upoważnienia do jej przeprowadzania” w związku z objęciem kontrolą „w pierwszej kolejności” umowy z 2019 roku. Podniesiono m.in., że we wstępie do protokołu kontroli wskazano, że jej zakresem „objęto gospodarkę finansową gminy Kowary za okres od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2022 r.”. W punkcie tym zawarto jednocześnie obszerne — oparte na analizie literatury przedmiotu, aktów prawnych — rozważania dotyczące pojęcia zakresu kontroli oraz wymagań, jakie powinno spełniać upoważnienie do jej przeprowadzania.

Powyzszy zarzut nie odnosi się do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym, nie może zostać zatem uznany za zastrzeżenie w rozumieniu art. 9 ust. 3 u.r.i.o. i jako taki podlega oddaleniu.

Niezależnie od powyższego Kolegium Izby zauważa, że inspektor kontroli upoważniony był do przeprowadzenia kompleksowej kontroli gospodarki finansowej Gminy Kowary. Zakres upoważnienia do przeprowadzania kontroli nie może być kształtowany przez treść protokołu kontroli — dokumentuje on bowiem jedynie czynności dokonywane w trakcie kontroli. Wobec tak sformułowanego zarzutu w sprawie dodatkowego podkreślenia wymaga, że w protokole kontroli gospodarki finansowej Gminy Kowary zaraz za powołanym w uzasadnieniu zarzutu cytacie wskazującym na to, że kontrolą „objęto gospodarkę finansową gminy Kowary za okres od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2022 r.” w dalszej części tego samego zdania zawarto sformułowanie o następującej treści: „z uwzględnieniem danych z poprzednich okresów sprawozdawczych i bieżącej działalności jednostki samorządu terytorialnego”.

Ad III pkt 1

Podstawą sformułowania zastrzeżenia ujętego w części III pkt 1 Pisma był zarzut „naruszenia art. 9 ust. 2 i 3 ustawy o RIO przez jego niewłaściwe zastosowanie poprzez ustalenie, iż kierownik jednostki kontrolowanej nie wykonał zalecenia NIK, gdy tymczasem niniejsze zalecenia stały się bezprzedmiotowe w kontekście prawomocnych orzeczeń UCS Jelenia Góra oraz Komisji Orzekającej”.

Powyzszy zarzut nie odnosi się wprost do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym, lecz do treści wystąpienia pokontrolnego, tj. zawartego w nim opisu działań podejmowanych przez Gminę Kowary w celu ustalenia i dochodzenia kary umownej w związku z niedotrzymaniem przez wykonawcę terminu wykonania zadania. Stwierdzenia zawarte w tym opisie skutkowały sformułowaniem wniosku pokontrolnego nr 6 lit. a, wskazującego na konieczność przestrzegania przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270, z późn. zm.), w szczególności w zakresie ustalania przysługujących Gminie należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania zgodnie z art. 42 ust. 5 ustawy. Pismem z dnia 15 września 2023 r. (znak WOK.1710.1.2023) zatytułowanym „Odpowiedź na wnioski pokontrolne z wystąpienia pokontrolnego WK.WR.40.17.2023.112 z dnia 11 sierpnia 2023 r.” Burmistrz poinformowała, że w związku z ww. wnioskiem pokontrolnym

„zobowiązano pracowników do bezwzględnego ustalania przypadających gminie należności pieniężnych, w przypadku braku zapłaty — monitorowania terminów podejmowanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania, współpracy z radcą prawnym Urzędu Miejskiego w celu skierowania sprawy do egzekucji komorniczej lub prowadzenia spraw sądowych”.

Jeżeli podstawą tak sformułowanego zarzutu jest sam opis zawarty w wystąpieniu pokontrolnym, to nie może on zostać uznany za zastrzeżenie w rozumieniu art. 9 ust. 3 u.r.i.o. i jako taki podlega on oddaleniu.

Niezależnie od powyższego Kolegium zauważa, że postanowienia art. 9 ust. 2 i 3 u.r.i.o., których naruszenie zarzucono w Piśmie odnoszą się do zakresu wystąpienia pokontrolnego, terminu jego przekazania kontrolowanej jednostce, a ponadto obowiązków i uprawnień jednostki kontrolowanej wynikających ze skierowania do niej wystąpienia pokontrolnego. W świetle powołanych regulacji wystąpienie pokontrolne odnosi się do wyników kontroli. Kontrola gospodarki finansowej Gminy Kowary obejmowała — stanowiące jednocześnie przedmiot ustaleń dokonanych przez Najwyższą Izbę Kontroli w toku kontroli przeprowadzonej w Gminie Kowary w 2021 r. — działania podejmowane przez Gminę w związku z dochodzeniem należności z tytułu kary umownej. Stwierdzenie, że wyniki postępowań prowadzonych przez inne organy w związku z kontrolą przeprowadzoną przez NIK „wydają się dewaluować zalecenia NIK w tym zakresie”, nie ma żadnego znaczenia dla dokonanej przez Izbę oceny sposobu realizowania w Gminie obowiązków wynikających z art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych przy dochodzeniu należności z tytułu kar umownych, również w kontekście zaleceń wydanych w tym zakresie przez NIK. Przy formułowaniu wystąpienia pokontrolnego w tej części nie mogło zatem dojść do niewłaściwego zastosowania art. 9 ust. 2 i 3 u.r.i.o.

Kolegium zauważa jednocześnie, że argument odwołujący się do wyników postępowań prowadzonych przez inne organy na skutek kontroli przeprowadzonej przez NIK nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia, również ze względu na brak wskazania przedmiotowego zakresu tych postępowań.

Ad III pkt 2

W części III pkt 2 Pisma Burmistrz wskazała, że nie zgadza się z zawartymi w wystąpieniu pokontrolnym stwierdzeniami dotyczącymi nierealizowania postanowień umowy dzierżawy nr 1/G/2019 z dnia 19 września 2019 r., tj.:

- § 10 tej umowy — dokumentacja techniczna, w oparciu o którą prowadzono prace budowlane na dzierżawionym terenie była bowiem wielokrotnie przedstawiana na spotkaniach organizowanych w Urzędzie, Wydierżawiający mógł w całości się z nią zapoznać, Gmina jest również w posiadaniu „Projektu zagospodarowania terenu” sporządzonego przez Projektanta,
- § 11 ust. 3 tej umowy — Dzierżawca przedstawił bowiem oświadczenia, w których potwierdził wydatkowanie kwoty, co w całości wypełniało dyspozycję normy prawnej zawartej w powołanym postanowieniu umowy.

Wobec podniesionych zarzutów wskazania wymaga, że w wystąpieniu pokontrolnym skierowanym do Gminy zawarto następujący opis:

„W treści § 10 umowy nr 1/G/2019 Dzierżawca zobowiązał się do przedstawienia Wydierżawiającemu przed uzyskaniem zgód od właściwego organu administracyjno-budowlanego, dokumentacji technicznej w oparciu o którą prowadzone będą ewentualne prace budowlane na przedmiocie dzierżawy. Zgodnie z wyjaśnieniem Burmistrz Miasta Kowary dzierżawca wywiązał się wobec wydierżawiającego ze zobowiązania zawartego w § 10 umowy, przedkładając wydierżawiającemu w lutym 2020 r. do uzgodnienia koncepcję architektoniczno-budowlaną przedsięwzięcia, która jednakże w myśl art. 30 ust. 2a ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2023 r. poz. 682) nie stanowi dokumentacji technicznej, jaką należało przed rozpoczęciem inwestycji przedstawić właściwemu organowi administracyjno-budowlanemu. Przedstawienie przez dzierżawcę wyłącznie koncepcji architektoniczno-budowlanej wydierżawiającemu oznacza brak realizacji postanowień § 10 umowy nr 1/G/2019. W treści § 11 umowy Dzierżawca zobowiązał się do przedstawienia Wydierżawiającemu sprawozdań z realizacji etapów inwestycji zgodnie z harmonogramem rzeczowo finansowym. W treści § 11 pkt 3 umowy zawarto następujący zapis: »Wydatkowane kwoty na każdym etapie inwestycji winny być potwierdzone przedłożoną Wydierżawiającemu kopią faktury wystawionej na Dzierżawcę lub dokumentem potwierdzającym wydatkowaną kwotę«. Stwierdzono, że Dzierżawca w ramach realizacji ww. zapisu umowy przedłożył Wydierżawiającemu oświadczenia o wysokości poniesionych wydatków. Brak przedstawienia

Wydzierżawiającemu przez Dzierżawcę wystawionych na niego dokumentów księgowych pozwalających na weryfikację faktycznych wysokości i terminów poniesienia wydatków na realizację inwestycji oznacza brak realizacji postanowień § 11 pkt 3 umowy nr 1/G/2019”.

Powyższe skutkowało sformułowaniem w wystąpieniu pokontrolnym następującego wniosku:

„12. Poinformowanie Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu o terminach i sposobie realizacji postanowień umowy nr 1/G/2019 z dnia 19 września 2019 r. dotyczących przedstawiania dokumentacji technicznej oraz kopii faktur lub dokumentów potwierdzających wydatkowane kwoty, stosownie do zapisów §§ 10 i 11 tej umowy”.

W ocenie Kolegium w świetle dokonanych ustaleń i treści postanowień umowy dzierżawy ww. zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego interpretację lub niewłaściwe zastosowanie. W przypadku zastrzeżenia dotyczącego sposobu realizacji obowiązków wynikających z § 10 umowy powyższy wymóg nie został spełniony. Zastrzeżenie to zostało bowiem oparte na twierdzeniach dotyczących sfery faktów — podniesiono w nim bowiem, że dokumentacja techniczna, o której mowa w powołanym postanowieniu umowy, była wielokrotnie okazywana na spotkaniach organizowanych w Urzędzie. Na powyższe nie wskazywano w toku kontroli, jak również w uzasadnieniu odmowy podpisania protokołu kontroli. Składane w ww. zakresie w toku kontroli wyjaśnienia zostały powołane w treści wystąpienia pokontrolnego, wskazana w tych wyjaśnieniach koncepcja architektoniczno-budowlana przedsięwzięcia w myśl art. 30 ust. 2a ustawy Prawo budowlane nie stanowi dokumentacji technicznej, jaką należało przed rozpoczęciem inwestycji przedstawić właściwemu organowi administracyjno-budowlanemu.

W § 11 ust. 3 umowy ustalono, że „Wydatkowane kwoty w każdym etapie inwestycji winny być potwierdzone przedłożoną Wydierżawiającemu w wyżej wskazanych terminach kopią faktury wystawionej na Dzierżawcę lub dokumentem potwierdzającym wydatkowaną kwotę”. W świetle powołanej regulacji nie sposób uznać, że wystarczające dla wypełnienia wynikających z niej obowiązków było złożenie wyłącznie oświadczenia, w których potwierdzono wydatkowane kwoty. Oświadczenie to deklaracja, w której osoba je składająca potwierdza określone fakty. Umowa wymagała, aby kwota wydatków potwierdzona była przez dokument, a nie przez osobę składającą oświadczenie. Dokument zawierający oświadczenie potwierdza jedynie treść deklaracji złożonej przez składającego oświadczenie.

Ad III pkt 3

W części III Pisma Burmistrz zarzuciła „wystąpieniu pokontrolnemu naruszenie art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez ustalenie, że w przedmiotowej sprawie i występujących okolicznościach faktycznych niezbędne było przeprowadzenie wyceny przy użyciu co najmniej dwóch metod”. W uzasadnieniu powyższego zarzutu opisano procedurę wyłonienia rzeczoznawcy, który wyceny tej miał dokonać, sposób weryfikacji jego kwalifikacji, wskazano przyczyny, dla których nie kwestionowano dokonanej wyceny — m.in. nieprecyzyjność w zakresie odesłania do ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz fakt, że opinię sporządził profesjonalista, podniesiono kwestię odpowiedzialności rzeczoznawcy za prawidłowość sporządzonego operatu.

Wobec podniesionego zarzutu wskazania wymaga, że w wystąpieniu pokontrolnym skierowanym do Gminy zawarto następujący opis:

„W dniu 29 grudnia 2020 r. Burmistrz Miasta Kowary dokonała zbycia pakietu udziałów (51%) spółki EKO-Kowary sp. z o.o. utworzonej 10 lutego 2017 roku. Miasto Kowary posiadało 102 udziały (51%) o wartości 10.200 zł. Zasady zbycia udziałów w spółkach samorządowych (komunalnych) określono w treści art. 12 ust. 2 i ust. 3 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679).

W zakresie procedury zbycia udziałów w spółkach komunalnych przepis art. 12 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej odwołuje się do przepisów art. 11–16 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. z 2023 r. poz. 973). W dniu 30 listopada 2020 r. rzeczoznawca majątkowy, na zlecenie Urzędu Miejskiego w Kowarach, sporządził opinię o wartości udziałów spółki EKO-Kowary sp. z o.o. Opinia została sporządzona wg stanu na 30 listopada 2020 r. przy zastosowaniu wyłącznie metody skorygowanych aktywów netto. Wartość udziałów należących do Miasta Kowary oszacowano na kwotę 1,00 złoty. Sporządzenie ww. opinii (wyceny wartości udziałów) przy zastosowaniu

wyłącznie jednej metody było niezgodne z treścią art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym. Przywołany przepis nakłada na Burmistrza składającego do Rady wniosek o wyrażenie zgody na zbycie udziałów w spółce obowiązek dołączenia wyceny sporządzonej przy użyciu co najmniej dwóch metod wyceny”.

Powyższe skutkowało sformułowaniem w wystąpieniu pokontrolnym następującego wniosku:

„10. Dokonywanie zbycia udziałów w spółkach samorządowych (komunalnych) na podstawie opinii (wyceny wartości udziałów) sporządzonej przy zastosowaniu co najmniej dwóch metod wyceny, mając na uwadze art. 12 ust. 2 pkt 2 ww. ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym”.

Z art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym wynika, że do wniosku o zgodę na zbycie udziałów w spółce należy dołączyć wycenę sporządzoną przy użyciu co najmniej dwóch metod wyceny. Podniesiona w zastrzeżeniach argumentacja w zakresie, w jakim odnosi się do ww. regulacji, wskazuje jedynie na nieprecyzyjność zawartego w ustawie o gospodarce komunalnej odesłania do obowiązku jej stosowania. W uzasadnieniu ww. zarzutu nie wykazano, że przy formułowaniu wystąpienia pokontrolnego dokonano błędnej wykładni tej regulacji lub że w opisanym stanie faktycznym nie znajdowała ona zastosowania.

Kolegium zauważa jednocześnie, że w przeważającej części podniesione w rozpatrywanym zastrzeżeniu argumenty zmierzają do wykazania staranności w doborze rzeczoznawcy majątkowego, który miał sporządzić opinię o wartości udziałów spółki oraz odpowiedzialności tego rzeczoznawcy za prawidłowe dokonanie wyceny. Wskazać zatem należy, że stosownie do art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym organ wykonawczy zobowiązany był przedłożyć wycenę udziałów spółki sporządzoną według co najmniej dwóch metod. Wycena sporządzana jest co prawda przez profesjonalistę, osobę legitymującą się stosownymi uprawnieniami, nie zmienia to jednak faktu, że opinia w tym zakresie stanowi jednocześnie przedmiot zlecenia, którego wykonanie w ściśle określonym celu, w kontekście konieczności wypełnienia przez zlecającego obowiązku wynikającego z art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym (przedłożenia wyceny sporządzonej według co najmniej dwóch metod), powinno stanowić przedmiot dokonywanej przez zlecającego pod tym kątem oceny.

Wobec braku podstaw do uznania, że przy formułowaniu wystąpienia dokonano błędnej wykładni art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o zasadach zarządzania mieniem państwowym oraz że niewłaściwie go zastosowano, zastrzeżenie powyższe należy uznać za bezzasadne.

Ad III pkt 4

W części III pkt 4 Pisma Burmistrz nie zgodziła się z opisanymi nieprawidłowościami i uchybieniami przy zawieraniu umów nr 22/2022, 112/2022 i 157/2022 oraz zawartą w wystąpieniu pokontrolnym argumentacją jakoby swoim działaniem naruszyła art. 30 ust. 1 z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”, powołując się przy tym na komentarz Urzędu Zamówień Publicznych: „Art. 30 ust. 1 i 2 Pzp wyznaczają reguły ustalania wartości zamówienia udzielanego w częściach lub z dopuszczeniem składania ofert częściowych. Stanowi ona, że zamawiający, ustalając wartość zamówienia, zobowiązany jest uwzględnić łączny przedmiot takiego zamówienia także w sytuacji, gdy przedmiot ten jest podzielony na kilka planowanych postępowań. Jeżeli zatem zamówienie będzie udzielane w ramach kilku postępowań, to do przeprowadzenia każdego z tych postępowań należy stosować procedury Pzp, takie same jakie stosowano by dla całości zamówienia (czyli gdyby zamawiający postanowił wszystkie postępowania scalić do jednego i udzielić zamówienia w jednym postępowaniu). Innymi słowy, do udzielania każdej z części zamówienia zamawiający stosuje takie same procedury Pzp, jakie zastosowałby gdyby udzielał całego zamówienia w ramach jednego postępowania (...). Reguła ta stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 5 ust. 8 i 9 dyrektywy klasycznej. Dyrektywa klasyczna, a w ślad za nią Pzp, wprowadza przy tym wytyczne pozwalające przesądzić, które planowane postępowania składają się na jedno zamówienie. Punktem wyjścia do oceny, czy dane zamówienie w rozumieniu art. 28–30 Pzp „odpowiada” tylko jednemu postępowaniu (i stanowi autonomiczne, samodzielne zamówienie), czy też jest czymś więcej i jest udzielane w ramach kilku postępowań, jest ustalenie, czy takie zamówienie było (lub powinno zostać) przewidziane. Powyższa reguła dotyczy zamówień niezależnie od ich rodzaju (dostaw, usług lub robót budowlanych). [...] Jak wynika z treści art. 28 Pzp, zamawiający zobowiązany jest do ustalenia wartości przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Prawidłowe zdefiniowanie zamówienia wymaga rozpoznania zakresu potencjalnych zakupów, planowanych zamówień wieloletnich, dofinansowania zewnętrznego (np. ze środków UE) i wynikających z niego

zakupów itp. Zdefiniowanie zamówienia stanowi pierwszą przesłankę, pod kątem której weryfikuje się, czy kilka postępowań powinno być traktowanych jako jedno zamówienie. Inaczej mówiąc, jeżeli zamawiający posiada lub powinien posiadać wiedzę o określonych postępowaniach i ich zakresie przedmiotowym, to takie postępowania składać się mogą na jedno zamówienie. Regułą ustalania wartości zamówienia z uwzględnieniem wszystkich jego części (stanowiących odrębne postępowania) objęte są te części, które zostały lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego, z zastrzeżeniem, że aby mówić o konieczności łącznego ustalenia wartości zamówienia, konieczne jest także wystąpienie innych przesłanek. Agregacji nie podlegają natomiast te postępowania, które pojawiają się następczo i nie były możliwe do przewidzenia (zaplanowania), pomimo dochowania należytej staranności. Wypełnienie przesłanki czasowej oznacza tyle, że zamawiający ma świadomość jaki jest ogólny zakres zamówienia (niezależnie od tego, z ilu elementów się ono składa) i w jakiej perspektywie czasowej będzie ono udzielone. Objęcie planem lub możliwość przewidzenia danego zamówienia (na które składają się odrębne postępowania lub umowy) jest przesłanką istotną dla wszystkich rodzajów zamówień (dostaw, usług i robót budowlanych), ale nie jedyną”.

Wnosząca zastrzeżenia wyjaśniła, że przedmiot umowy nr 22/2022 realizowany był sukcesywnie, w miarę potrzeb zamawiającego. Udzielając tego zamówienia nie przewidywano powtarzania podobnych robót budowlanych, ponieważ zamawiający „w budżecie na rok 2022 posiadał środki w określonej wysokości, w której szacował wartość zamówienia (250.000,00) oraz nie zamierzał udzielać temu dotychczasowemu wykonawcy zamówień podobnych, a tym samym zwiększać całkowitą wartość tego zamówienia”. Z tego samego względu zamawiający nie przewidywał również wznowienia tego zamówienia, o którym mowa w art. 31 ust. 2 oraz art. 35 ust. 1 Pzp. W chwili planowania budżetu na rok 2022 zamawiający nie mógł przewidzieć konieczności udzielenia innych robót związanych z naprawą dróg i chodników. Umowa nr 22/2022 na realizację zadania pn. „Wykonanie bieżącej konserwacji nawierzchni dróg, ulic, chodników, placów i parkingów na terenie miasta Kowary w roku 2022” zawarta w trybie podstawowym została w pełni zrealizowana, natomiast umowa nr 112/2022 zawarta w dniu 4 sierpnia 2022 r. stanowiła odrębne zadanie i dotyczyła „wykonania bieżących napraw dróg na terenie miasta Kowary”, a wykonawca został wyłoniony zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp w oparciu o regulamin udzielania zamówień. Konieczność wykonania tych robót wystąpiła w następstwie degradacji nawierzchni powstałej w okresie letnim związanej nadmiernym obciążeniem dróg ruchem turystycznym i w żaden sposób nie była związana z remontem cząstkowym nawierzchni po okresie zimowym. Możliwość realizacji zadania została wprowadzona do budżetu miasta uchwałą nr LVIII/355/22 Rady Miejskiej w Kowarach z dnia 19 lipca 2022 r. w sprawie zmiany uchwały budżetowej Miasta Kowary na 2022 rok. Umowa nr 157/2022 zawarta w dniu 9 listopada 2022 r. dotyczyła natomiast naprawy nawierzchni bitumicznej chodników przy ul. Leśnej w Kowarach. Konieczność wykonania tego zadania wynikała z wielu telefonicznych zgłoszeń mieszkańców osiedla przy ul. Leśnej dotyczących nierównej, zapadniętej, poprzerywanej licznymi awariami urządzeń podziemnych asfaltowej nawierzchni chodników. Zamówienie to zostało udzielone pod koniec roku 2022 w ramach bieżącego utrzymania infrastruktury drogowej i nie było związane z remontem cząstkowym dróg po okresie zimowym 2021/2022. Zamawiający planując budżet na rok 2022 nie mógł przewidzieć konieczności realizacji tego zadania.

W konkluzji wniesionych zastrzeżeń Burmistrz Miasta Kowary stwierdziła, że „mając powyższe na uwadze zamawiający nie naruszył art. 30 ust. 1, a w konsekwencji art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zamawiający nie planował udzielić zamówienia na roboty budowlane w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Przede wszystkim kolejno po sobie występujące postępowania nie były przewidziane, wobec czego nie mogły być traktowane jako jedno zamówienie. Zamawiający nie posiadał wiedzy o określonych postępowaniach i ich zakresie przedmiotowym, dlatego też postępowania nie mogły składać się na jedno zamówienie. Skoro zamawiający nie mógł przewidzieć udzielanie tych zamówień, to nie mógł łącznie ustalić ich wartości. Ponadto zamówienia pojawiały się następczo, wobec czego nie podlegały agregacji i nie były możliwe do przewidzenia (zaplanowania), pomimo dochowania należytej staranności”.

Kolegium Izby, rozpatrując wniesione zastrzeżenie, dokonało oceny zgromadzonych w wyniku kontroli dokumentów oraz wyjaśnień Burmistrza Miasta Kowary zawartych w piśmie z dnia 30 sierpnia 2023 r., i stwierdziło, co następuje:

Wniosek pokontrolny nr 8 lit. a: „Przestrzeganie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), w szczególności w zakresie ustalania wartości zamówień udzielanych w częściach — zgodnie z dyspozycją art. 30 ust. 1 ustawy” został sformułowany w oparciu o następujące ustalenia dokonane w trakcie kontroli gospodarki finansowej Gminy Miejskiej Kowary:

W styczniu 2022 r. w Urzędzie Miasta Kowary wszczęto procedurę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w zakresie robót budowlanych na „Wykonanie bieżącej konserwacji nawierzchni dróg, ulic, chodników, placów i parkingów na terenie miasta Kowary w roku 2022”. Postępowanie prowadzone w trybie podstawowym w rozumieniu art. 275 pkt 1 Pzp zakończyło się wyłonieniem wykonawcy i podpisaniem w dniu 1 marca 2022 r. umowy nr 22/2022 na realizację zadania. Okres realizacji umowy określono od dnia zawarcia umowy do 31 grudnia 2022 r., przy zachowaniu maksymalnej kwoty jaką zamawiający przeznaczy na realizację zadania w wysokości 250.000,00 zł. Zakres prac określony w umowie przewidywał uzupełnienie ubytków w nawierzchni asfaltowej z frezowaniem (szacowana ilość 1.900 m²) oraz przebrukowanie nawierzchni z kostki kamiennej/betonowej (szacowana ilość 200 m²), przy zastosowaniu cen jednostkowych (m²) ustalonych w postępowaniu. W wyniku realizacji umowy do 4 sierpnia 2022 r. wykonano uzupełnienie ubytków w nawierzchni asfaltowej o łącznej powierzchni 2.251,78 m² oraz dokonano przebrukowania nawierzchni o powierzchni 8 m² za łączną kwotę 249.135,81 zł.

W dniu 4 sierpnia 2022 r. Burmistrz Miasta Kowary zawarła z tym samym wykonawcą umowę nr 112/2022 na „Wykonanie bieżących napraw dróg na terenie miasta Kowary” o wartości 80.000 zł, której przedmiotem było uzupełnienie ubytków w nawierzchniach asfaltowych ulic Adama Mickiewicza oraz Podgórze o łącznej powierzchni 400 m². Umowę zawarto po przeprowadzeniu rozeznania cenowego zgodnie z regulaminem wewnętrznym w sprawie udzielania zamówień publicznych, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych kwoty 130.000 zł. Następnie w dniu 9 listopada 2022 r., również z tym samym wykonawcą, Burmistrz Miasta Kowary zawarła umowę nr 157/2022 na „Naprawę nawierzchni bitumicznej chodników przy ul. Leśnej w Kowarach” wartości 20.000 zł. Umowę zawarto na podstawie zaakceptowanej oferty wykonawcy złożonej na wniosek zamawiającego.

Umowy nr 22/2022, 112/2022 oraz 157/2022 zostały zawarte i zrealizowane w trakcie tego samego roku budżetowego, przez tego samego wykonawcę, a ich przedmiotem były roboty budowlane o takim samym charakterze, polegające na naprawie nawierzchni bitumicznych/asfaltowych ulic i chodników na terenie miasta Kowary. W ocenie kontrolującego zawarcie z wykonawcą umów nr 112/2022 oraz 157/2022 bez stosowania przepisów Pzp, na podstawie wewnętrznych procedur zamawiającego, stanowiło naruszenie art. 30 ust. 1, a w konsekwencji art. 17 ust. 2 Pzp.

Istotą złożonego przez Burmistrza Kowar zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego nr 8a był zarzut niewłaściwej interpretacji przez Izbę art. 30 ust. 1 Pzp w odniesieniu do ustalonego w trakcie kontroli stanu faktycznego. W szczególności, w ocenie Burmistrza, Izba dokonała nieprawidłowej interpretacji tego przepisu przy ocenie szacowania wartości zamówień realizowanych na podstawie umów nr 22/2022 z dnia 1 marca 2022 r., nr 112/2022 z dnia 4 sierpnia 2022 r. oraz nr 157/2022 z dnia 9 listopada 2022 roku.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu przyjęło, że kwestią zasadniczą przy rozpatrywaniu ww. zarzutu jest rozstrzygnięcie, czy dokonując szacowania wartości zamówień polegających na naprawie nawierzchni dróg, realizowanych na podstawie wskazanych powyżej umów, zamawiający dochował należytej staranności.

W świetle obowiązujących przepisów Pzp zamawiający, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jest zobowiązany dokonać ustalenia wartości jego przedmiotu zgodnie z zasadami określonymi w tej ustawie. Wartością zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług ustalone z należytą starannością (art. 28 ustawy). Zgodnie natomiast z art. 29 przedmiotowej ustawy „zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości” oraz „dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami”. Dlatego w celu stwierdzenia, czy zamawiający może nie stosować przepisów ustawy przy udzieleniu zamówienia, należy ustalić, czy zamawiający nie dzieli w sposób nieuzasadniony zamówienia na części i czy tym samym zaniża jego wartość. Oceny należy dokonać zawsze w świetle dokonywanych przez zamawiającego zamówień. Przepisy ustawy nie definiują wprost, co stanowi odrębny przedmiot zamówienia, dlatego wyjaśnienie tego zagadnienia wynika z doktryny i orzecznictwa. I tak, z jednym zamówieniem będziemy mieli do czynienia, gdy zamówienie: 1) obejmuje przedmioty (dostawy, usługi, roboty budowlane) o takim samym lub podobnym przeznaczeniu, 2) może być zrealizowane przez jednego wykonawcę, 3) może być realizowane w tym samym czasie, w określonej perspektywie czasowej, np. jednego roku budżetowego.

Reasumując, jeżeli poszczególne zamówienia stanowią to samo przedsięwzięcie (są ze sobą związane), należy zsumować wartość zamówień i zastosować przepisy ustawy o zamówieniach publicznych. Nie można ich potraktować jako odrębnych zamówień i z uwagi na wartość — nieprzekraczającą progu ustawy — udzielić bez stosowania przepisów ustawy.

Jak już wskazano powyżej, ustalenia wartości szacunkowej zamówienia należy dokonać z należytą starannością. Pojęcie „należytej staranności” zaczerpnięte zostało z prawa cywilnego. W Kodeksie cywilnym należyta staranność dłużnika została zdefiniowana jako staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Dodatkowo należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Takie rozumienie należytej staranności powinno znaleźć odpowiednie zastosowanie przy określaniu należytej staranności zamawiającego. Należyta staranność zamawiającego trzeba oceniać, biorąc pod uwagę jego wiodącą rolę w procesie udzielania zamówienia, rodzaj zamówienia, a także wykonywaną przez niego działalność. Ważne jest, że w ocenie dochowania należytej staranności przez zamawiającego należy wziąć pod uwagę prawidłowość wyboru przez zamawiającego odpowiedniej dla danego zamówienia metody obliczania wartości zamówienia. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 października 2016 r. sygn. akt I ACa 246/16 (LEX nr 2162996) podkreślono: „Staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania”.

Tak więc należyta staranność to pewna sumienność ustalona na optymalnym poziomie. Przeciwnością należytej staranności jest niedbalstwo, czyli działanie świadome i celowe albo bez wskazanych cech, a wynikające z niedochowania określonych reguł zachowania, które obiektywnie powinny być wzięte pod uwagę w konkretnych okolicznościach faktycznych i warunkach określonego działania. Aby określić, co stanowi ową optymalną staranność w stosunkach związanych z udzieleniem zamówienia, istotne jest przyjęcie właściwych wzorców czy mierników do jej weryfikacji. Te mierniki nie zostały przez ustawodawcę określone w przypadku dostaw i usług, zostały natomiast określone w przepisach Prawa zamówień publicznych dotyczących szacowania wartości robót budowlanych. Zgodnie z treścią art. 34 Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie: 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2023 r. poz. 682, z późn. zm.), zwanej dalej „Pbud.”, 2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Pbud.

Należy jednak zwrócić uwagę, że pojęcie robót budowlanych w ujęciu zamówień publicznych (art. 7 pkt 21 Pzp) jest definiowane nieco inaczej niż wynikałoby to z przepisów prawa budowlanego. Jak wskazuje się w komentarzach do ustawy, „Definicja robót budowlanych zawarta w Prawie zamówień publicznych jest definicją autonomiczną, obowiązującą tylko w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie powinna być przenoszona na grunt przepisów prawa budowlanego lub cywilnego regulującego wykonywanie umowy o roboty budowlane”. Oznacza to, że jeśli prace będące przedmiotem zamówienia nie są — jak w tym konkretnym przypadku — robotami budowlanymi w rozumieniu Pbud., przy ustalaniu wartości zastosowania nie znajdzie art. 34 ust. 1 Pzp. Przepis ten bowiem dotyczy robót budowlanych w rozumieniu Pbud. Przepisy Pzp nie określają szczególnej metody dla ustalenia wartości zamówienia dla takich robót. Wydaje się zatem, że obowiązkiem zamawiającego będzie jedynie ustalenie wartości zamówienia z należytą starannością, stosownie do art. 28 Pzp. W tym celu zamawiający powinien dysponować jak najszerszą wiedzą na temat szacowanego zamówienia., powinien zatem dysponować rzetelnym opisem przedmiotu zamówienia, aby właściwie (należycie) oszacować jego wartość. Opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowej sprawie powinien być natomiast dokonany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, stosownie do art. 103 ust. 1 Pzp. Przepis ten bowiem dotyczy wszystkich robót budowlanych, a nie tylko tych w rozumieniu Pbud. Na podstawie delegacji ustawowej Minister Rozwoju i Technologii określił zakres i formę tych dokumentów w rozporządzeniu z dnia 20 grudnia 2021 r. (poz. 2545).

Z dokumentów kontroli przeprowadzonej przez Izbę wynika, że zamawiający w tym przypadku nie dysponował dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, natomiast wartość zamówienia objętego umową nr 22/2022 z dnia 1 marca 2022 r. w trakcie „sporządzania planu wydatków na 2022 rok, mając na uwadze poprzednie lata oszacował na kwotę 250.000 zł,

jako niezbędną do realizacji przedmiotowego zadania”. Również we wniesionych zastrzeżeniach stwierdzono, iż „Zamawiający w budżecie na rok 2022 posiadał środki w określonej wysokości, w której szacował wartość zamówienia (250.000,00) oraz nie zamierzał wznowić zamówienia, a tym samym zwiększać całkowitą jego wartość”.

W tym miejscu Kolegium Izby zwraca uwagę, że przy szacowaniu wartości zamówienia istotne znaczenie ma faktyczna wycena rynkowa danego zamówienia, a nie ilość środków finansowych, które są w dyspozycji zamawiającego (w konkretnej pozycji jego budżetu czy planu finansowego). Środki finansowe będące w dyspozycji zamawiającego z pewnością są wyznacznikiem zakresu planowanych zakupów publicznych. Z perspektywy prawidłowej gospodarki finansowej zamawiającego faktycznie zamawiający nie powinien planować zakupów, które przekraczają jego możliwości finansowe. Jednakże z punktu widzenia należyłości szacunku danego zamówienia publicznego sama ilość środków finansowych przewidzianych w danej pozycji budżetu czy planu finansowego nie może świadczyć o prawidłowości oszacowania danego zamówienia.

Niezależnie od powyższego, Kolegium Izby zważyło, iż o naruszeniu zakazu dzielenia zamówienia na części (zawartego w art. 29 Pzp) może być mowa wyłącznie wtedy, gdy działający z należytą starannością zamawiający potrafi przewidzieć wszystkie tożsame lub podobne zamówienia, które mogą zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, i pomimo to nie szacuje ich wartości zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy. W myśl tego przepisu jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to możliwość przeprowadzenia przez zamawiającego kilku postępowań o udzielenie jednego zamówienia publicznego. O zamówieniu udzielanym w częściach można zatem mówić w takim przypadku wówczas, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie, lecz z określonych względów podejmuje decyzję o udzielaniu go sukcesywnie.

Zupełnie inna natomiast jest sytuacja, gdy zamawiający udzielając pierwszego z tożsamych zamówień, postępując z należytą starannością nie może przewidzieć konieczności udzielenia kolejnych zamówień. Wówczas kolejne zamówienia stanowią odrębne zamówienia, które są udzielane w oddzielnych postępowaniach, a do ich wartości nie dolicza się wartości udzielonych już wcześniej zamówień.

Biorąc powyższe pod uwagę Kolegium Izby uznało, że taka sytuacja miała miejsce w tym przypadku i podzieliło argumentację przedstawioną przez Burmistrza Miasta Kowary we wniesionych zastrzeżeniach. Bezsprzeczne jest, że całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy winno zostać ustalone z należytą starannością i powinno uwzględniać wszystkie jego elementy, w tym również ewentualne świadczenia dodatkowe. Aby jednak uwzględnić wszelkie elementy zamówienia, trzeba mieć o nich wiedzę i tym samym muszą być one przewidywalne. Kolegium Izby w pełni podziela w tym zakresie stanowisko UZP wyrażone w komentarzu do art. 30 Pzp, w którym wskazano: „Regułą ustalania wartości zamówienia z uwzględnieniem wszystkich jego części (stanowiących odrębne postępowania) objęte są te części, które zostały lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego, z zastrzeżeniem, że aby mówić o konieczności łącznego ustalenia wartości zamówienia, konieczne jest także wystąpienie innych przesłanek. Agregacji nie podlegają natomiast te postępowania, które pojawiają się następczo i nie były możliwe do przewidzenia (zaplanowania), pomimo dochowania należytej staranności”.

W tym stanie rzeczy zastrzeżenie wniesione przez Burmistrza Miasta Kowary w tym zakresie należało uwzględnić.

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