

Uchwała Nr 24/1370/2016
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu
z dnia 14 grudnia 2016 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 2016 r. poz. 561) Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu

postanawia

po rozpatrzeniu wniesionych przez Burmistrza Gminy Miłosław pismem z dnia 08.11.2016 r. (wpływ do Izby dnia 14.11.2016 r.), zastrzeżeń do „wystąpienia pokontrolnego” Regionalnej Izby Obrachunkowej w Poznaniu z dnia 21 października 2016 r. znak sprawy WK-0912/4/2016

oddalić wniesione zastrzeżenia

UZASADNIENIE

Na podstawie wyników problemowej kontroli gospodarki finansowej Miasta i Gminy Miłosław pismem z dnia 21 października 2016 r. Nr WK-0912/4/2016 Regionalna Izba Obrachunkowa w Poznaniu skierowała do Burmistrza Gminy Miłosław wystąpienie pokontrolne, w którym przedstawione zostały nieprawidłowości stwierdzone podczas kontroli oraz sformułowany został 1 wniosek pokontrolny. Wystąpienie pokontrolne zostało sporządzone na podstawie wyników problemowej kontroli gospodarki finansowej, zakończonej podpisaniem protokołu kontroli w dniu 26 sierpnia 2016 r. Ze zwrotnego potwierdzenia odbioru wystąpienia pokontrolnego wynika, że zostało ono doręczone Burmistrzowi w dniu 26 października 2016 r. Termin na wniesienie zastrzeżeń, o którym mowa w art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych - upływał w dniu 09 listopada 2016r., a przesyłka została nadana w Miłosławiu w dniu 02.11.2016r. (co potwierdza data na załączonej kopercie). Na podstawie powyższego Kolegium Izby stwierdza, że stosownie do przepisów art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych zastrzeżenia zostały wniesione w terminie 14 dni od dnia otrzymania wystąpienia pokontrolnego

Burmistrz jako kierownik jednostki kontrolowanej został powiadomiony o przysługującym mu na podstawie art. 9 ust. 1a ustawy prawie odmowy podpisania protokołu kontroli i złożenia w ciągu 3 dni od daty jego otrzymania pisemnych wyjaśnień, co do przyczyny tej odmowy i nie skorzystał z tego uprawnienia.

Opis nieprawidłowości (ustaleń) zawarty został w pkt 4) (strona 3) wystąpienia pokontrolnego w brzmieniu:

„W przetargu z dnia 04.11.2014 r. na „Odbiór, transport oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” przyjęto w SIWZ jako jedyne kryterium oceny cenę, co było niezgodne z przepisami art. 91 ust. 2 i 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Dla przetargów organizowanych po 19 października 2014 r., ze względu na wprowadzone zmiany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. zmiana ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 poz. 1232), istotnym z punktu widzenia specyfiki przetargów na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest prawidłowe określenie kryteriów oceny ofert. Zgodnie z art. 91 ust. 2 i ust. 2a p.z.p.: „kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne

kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. (...) Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia." Powszechna dostępność usługi oznacza oferowanie takiej usługi przez wiele podmiotów na rynku, co w praktyce łączy się z powszechnością danej usługi. Z kolei ustalone standardy jakościowe to zarówno standardy wynikające z przyjętych dla danej usługi norm określonych przepisami prawa jak i praktyki obowiązującej w danej branży. W praktyce odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, nie jest oferowany na rynku przez wielu powszechnych przedsiębiorców, a jedynie przez wyspecjalizowane podmioty, które dodatkowo muszą spełniać szereg określonych warunków w zakresie pozwoleń, wpisów w rejestrach czy też szczegółowych warunków jakie powinien spełniać sprzęt, którym wykonują daną usługę. Ze względu na te okoliczności trudno uznać usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych za powszechnie dostępną. Z uwagi na fakt, iż przedmiot zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych nie jest powszechnie dostępny ani nie ma ustalonych standardów jakościowych, zamawiający, poza ceną, każdorazowo zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p., ma obowiązek wskazać dodatkowe kryterium oceny ofert, odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

W kolejnych organizowanych przetargach Zamawiający wskazywał jako kryterium oceny ofert cenę z wagą 98 % oraz termin płatności z wagą 2 %."

Na podstawie nieprawidłowości (ustaleń) zawartych w pkt 4) (strona 3) wystąpienia pokontrolnego sformułowany został jako jedyny wniosek pokontrolny Nr 1 w brzmieniu:

1. Zapewnić przestrzeganie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), a w szczególności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określać kryteria oceny ofert, zgodnie z przepisami art. 91 ustawy (które obowiązują od 28 lipca 2016 r.). Zgodnie z tymi przepisami kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji (art. 91 ust. 2 ustawy).

Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się

do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 (art. 91 ust. 2a ustawy).

Zamawiający może ustalić stałą cenę lub koszt, jeżeli przepisy powszechnie obowiązujące lub właściwy organ określiły stałą cenę lub koszt. W takim przypadku ofertę wybiera się w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż cena (art. 91 ust. 2b ustawy).

Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2c ustawy).

Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców (art. 91 ust. 2d ustawy).

Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 ustawy).

Wnosząc zastrzeżenie w piśmie z dnia 08.11.2016 r. (wpływ do Izby dnia 14.11.2016r.) do wniosku pokontrolnego Nr 1, który został sformułowany na podstawie nieprawidłowości opisanej w pkt 4) (strona 3) Burmistrz Gminy Miłosław podał, że:

„W wystąpieniu pokontrolnym Regionalna Izba Obrachunkowa określiła, że w przetargu z dnia 4 listopada 2014 roku na „Odbiór, transport oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” przyjęto w SIWZ jako jedyne kryterium cenę, co było niezgodne z przepisami Pzp. Zdaniem Gminy Miłosław wystąpienie pokontrolne opiera się na błędnym założeniu, że usługi objęte zamówieniem nie są powszechnie dostępne i nie mają ustalonych standardów jakości. Z samego faktu, że są to usługi specjalistyczne wykonywane przez podmioty, które muszą posiadać wiele pozwoleń wynika, że usługi te mają określone ustalone standardy jakości. Faktycznie standardy te wynikają wprost z przepisów ustaw jak i uchwał Rady danej jednostki samorządu terytorialnego.

„Ustawa Pzp nie określa, co należy rozumieć przez dostawy lub usługi „powszechnie dostępne”, więc kierując się wykładnią językową pod pojęciem tym należałoby rozumieć „dostępność dla wszystkich zainteresowanych”, przy czym chodzi tu o dostępność dla wszystkich zainteresowanych takiego samego lub podobnego świadczenia, a zatem brak indywidualizowania przedmiotu świadczenia na potrzeby poszczególnych zamawiających. Natomiast pod pojęciem „ustalone standardy jakościowe” należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, oferowanym w powszechnej ofercie standardom, nie zaś specyficznym wymaganiom zamawiającego, na skutek dostosowania standardu dostawy czy usługi do jego indywidualnych potrzeb, a zatem o jakości nie wymagającej indywidualnego ustalenia.

Niezależnie od poczynionych ustaleń RIO powyższe rozważania jednak nie mają znaczenia wobec istniejącego obecnie stanu prawnego. W świetle znowelizowanego przepisu art. 91 prawodawca wyjątkowo dopuszcza stosowanie przez zamawiających ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Zdaniem Gminy Miłosław w czasie ogłaszania przetargu (4 listopada 2014 roku), Zamawiający miał pełne prawo zastosować cenę, jako jedyne kryterium oceny ofert, gdyż przedmiot zamówienia, czyli usługa wywożenia odpadów była powszechnie dostępna dla wszystkich zainteresowanych, a standardy jakościowe były ustalone przepisami z zakresu ustaw

regulujących gospodarkę odpadami oraz przepisami z zakresu uchwał Rady Miejskiej w Miłosławiu, które szczegółowo określały sposób odbierania odpadów, częstotliwość, sposób i zakres wyposażenia w urządzenia do zbierania odpadów. Standard jakości wykonywanej usługi został szczegółowo opisany w SIWZ.”

Kolegium Izby rozpatrując wniesione zastrzeżenie ustaliło i zważyło co następuje.

Zgodnie z przepisami art. 9 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2016, poz. 561) podstawą zgłoszenia zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Wnoszący zastrzeżenia podaje, iż „(...) Niezależnie od poczynionych ustaleń RIO powyższe rozważania jednak nie mają znaczenia wobec istniejącego stanu prawnego (...). Kolegium Izby nie podziela takiej oceny. Zgodnie bowiem z przepisami art. 9 ust. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych *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. Wystąpienie pokontrolne przekazuje się kontrolowanej jednostce nie później niż w terminie 60 dni od dnia podpisania protokołu kontroli.* A zatem w skierowanym do Burmistrza Gminy Miłosław wystąpieniu pokontrolnym tut. Izba wskazała źródła i przyczyny nieprawidłowości poprzez opisanie stanu faktycznego i podanie naruszonego przepisu prawa. Stan faktyczny został opisany na podstawie dokumentów przedstawionych w toku kontroli, natomiast naruszenie przepisów prawa zostało wskazane w oparciu o przepisy obowiązujące w czasie procedury udzielania przedmiotowego zamówienia. Natomiast wniosek pokontrolny został sformułowany w oparciu na nowe brzmienie przepisu art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązujące od dnia 28 lipca 2016 roku. Zatem według oceny Kolegium Izby treść wniesionych zastrzeżeń nie dotyczy sformułowanego wniosku pokontrolnego w nowym brzmieniu, obowiązującym od 28 lipca 2016 r. Wnoszący zastrzeżenia odnosi się natomiast do wskazanych przez organ kontroli ustaleń kontroli oraz naruszonego przepisu Prawa zamówień publicznych – art. 91 ust.2 i 2a ustawy w brzmieniu obowiązującym dla przetargów organizowanych po 19 października 2014 r., ze względu na wprowadzone zmiany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. zmiana ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 poz. 1232),

Według oceny Kolegium Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór, transport oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, wszczętym w dniu 04.11.2014 r. doszło do naruszenia przepisów

art. 91 ust. 2 i 2a w brzmieniu ustalonym przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232) zmieniającej ustawę z dniem 19 października 2014 r. - poprzez przyjęcie jako jedyne kryterium oceny ofert – ceny (z wagą 100%). Przed zmianą tych przepisów stosowanie jako jedyne kryterium ceny było możliwe. Z dniem 19 października 2014 roku należało stosować obok ceny inne kryteria oceny ofert. Z tym dniem Zamawiający mógł stosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert wyłącznie w przypadku przedmiotów zamówienia powszechnie dostępnych na rynku i o ustalonych standardach jakościowych (chyba, że dotyczyło to zamówień w trybie licytacji elektronicznej). W pozostałych przypadkach (z wyłączeniem trybu zapytania o cenę) obok kryterium cenowego przy wyborze najkorzystniejszej oferty – Zamawiający musiał wprowadzić inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Dokonanie poszczególnych kryteriów jak i przypisanie do nich odpowiedniej wagi dokonywane miało być stosownie do okoliczności udzielania danego zamówienia i przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia. Z ustaleń kontroli wynika, że w kolejnych organizowanych przetargach na „Odbiór, transport oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” Zamawiający wskazywał jako kryterium oceny ofert cenę - z wagą 98 % oraz termin płatności - z wagą 2 %, działał więc zgodnie z przepisami art. 91 ust. 2 i 2a w brzmieniu ustalonym przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego Kolegium Izby nie podziela oceny Wnoszącego zastrzeżenia, iż do udzielenia zamówienia na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych można było zastosować jako jedyne kryterium - cenę. Nie można bowiem uznać tej usługi za powszechnie dostępną. Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wymagało, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, jak również by można mu było przypisać „ustalone standardy jakościowe”. Zgodnie z przepisami art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., kryterium ceny mogło być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2. Powyższy przepis nie precyzuje pojęć „powszechnie dostępny” oraz „ustalone standardy jakościowe”, niemniej jednak tożsame sformułowania normatywne funkcjonują już w ustawie Prawo zamówień publicznych na gruncie przepisów art. 70, kształtującego przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę. Zgodnie z przepisami art. 70 ustawy Prawo zamówień publicznych można przyjąć, że pod pojęciem „powszechnej dostępności” przedmiotu zamówienia, o której mowa również w

art. 91 ust. 2a ustawy, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Uzasadniony jest zatem pogląd, iż pojęcie „powszechnej dostępności” nie odpowiada nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta.

Także pojęcie „ustalonych standardów jakościowych” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Z „ustalonymi standardami jakościowymi” zdaniem Kolegium Izby mamy zatem do czynienia tylko w przypadku takich dostaw lub usług, których standardy jakościowe nie są ustalane indywidualnie przez zamawiającego na jego konkretne potrzeby, ale zamawiający zaspokaja swoje potrzeby poprzez nabywanie towarów lub usług ogólnie dostępnych, powszechnie oferowanych, takich jakie są oferowane wszystkim zainteresowanym ich zakupem.

Wnoszący zastrzeżenia sam stwierdza, że „(...) Zdaniem Gminy Miłosław wystąpienie pokontrolne opiera się na błędnym założeniu, że usługi objęte zamówieniem nie są powszechnie dostępne i nie mają ustalonych standardów jakości. Z samego faktu, że są to usługi specjalistyczne wykonywane przez podmioty, które muszą posiadać wiele pozwoleń wynika, że usługi te mają określone standardy jakości. (...).” W świetle powyższego według oceny Kolegium Izby, twierdzenia zawarte w zastrzeżeniach są nieuzasadnione i wzajemnie wykluczają się. Z jednej strony bowiem Wnoszący zastrzeżenia wskazuje, iż są to usługi powszechnie dostępne a z drugiej strony podaje, że są to usługi specjalistyczne.

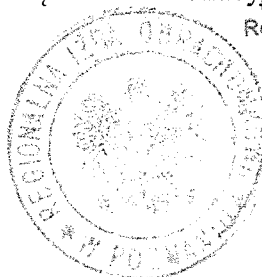
Trudno uznać zatem usługę polegającą na odbiorze odpadów komunalnych i ich zagospodarowaniu jako usługę powszechnie dostępną o określonych standardach jakości. Przedmiotu zamówienia określonego w przedmiotowym postępowaniu nie można było zaliczyć do kategorii usług o „ustalonych standardach jakościowych”. Sposób realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest bowiem uzależniony od różnych czynników, w tym od wielkości gminy, jej położenia, ilości i rodzaju odbieranych odpadów oraz szczególnych wymagań określonych przez zamawiającego. Ponadto, usługę odbioru odpadów komunalnych mogą świadczyć jedynie wykonawcy posiadający stosowne zezwolenia i wpisy do odpowiednich rejestrów.

Zatem według oceny Kolegium Izby zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie, a sformułowany na podstawie opisu nieprawidłowości wniosek pokontrolny Nr 1, zawierający nowe brzmienie art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zasadny i podstawa prawna użyta przy jego formułowaniu była prawidłowa.

Kolegium Izby zwraca uwagę, iż nowe brzmienie przepisu art. 91 ust. 2a ustawy – Prawo zamówień publicznych (obowiązujące od dnia 28 lipca 2016 roku na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. z 2016 r. poz.1020) wprowadza limit wagowy, jeśli chodzi o stosowanie kryterium ceny, oraz jednocześnie w przepisie tym zawarta jest alternatywa. Zamawiający może bowiem wybrać ofertę na podstawie ceny, o ile określi standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykaże, w jaki sposób uwzględnił koszty cyklu życia produktu. Zamawiający będą mieli więc wybór: albo dobrze opiszą przedmiot zamówienia, zwracając uwagę na jego jakość, albo też zastosują inne niż cena kryteria oceny ofert, co również ma pozwolić na osiągnięcie efektu lepszej jakości.

Uwzględniając powyższe postanowiono jak w sentencji.

Na niniejszą uchwałę nie przysługuje skarga do Sądu Administracyjnego.



Przewodnicząca Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Poznaniu

Grażyna Wróblewska
Grażyna Wróblewska

