Regionalna Izba Obrachunkowa
w Katowicach
Nr kontroli: WK-612/7/3/16

PROTOKÓŁ

kontroli doraźnej gospodarki finansowej w **Międzygminnym Związku Komunikacyjnym z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju,** przeprowadzonej w dniach od 14 września do 19 października 2016 r. przez Inspektorów Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach, działających na podstawie upoważnień Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach:

— Nr WK-612/7/2/16 z dnia 30 sierpnia 2016 r.
— Nr WK-612/7/2-1/16 z dnia 29 września 2016 r.
— Nr WK-612/7/2-2/16 z dnia 10 października 2016 r.

Kontrolę przeprowadzili:

— Radosław Pruszowski – st. inspektor WKGF – koordynator kontroli
— Joanna Rutkowska – mł. inspektor WKGF

Jednostka kontrolowana:
Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu- Zdroju
ul. Przemysłowa 1
44-335 Jastrzębie- Zdrój

Zakres i tematyka kontroli:

I. Ustalenia ogólno – organizacyjne
II. Realizacja zamówień publicznych na usługi przewozowe
III. Rozliczenie wydatków z tytułu usług komunikacyjnych
IV. Pozostałe wydatki

Okres objęty kontrolą:

od 1 stycznia 2014 r. do 19 października 2016 r.

I. USTALENIA OGÓLNO-ORGANIZACYJNE

1. Kierownictwo jednostki

Funkcję Przewodniczącego Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju pełni p. Daniel Wawrzyczek [Przedstawiciel Miasta Żory], wybrany w dniu 25 czerwca 2015 r. Uchwałą Nr 13/VII/2015 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju. W okresie od 28 stycznia 2015 r. do dnia 25 czerwca 2015 r. Przewodniczącym Zarządu MZK był p. Ryszard Rakoczy, wybrany Uchwałą Nr 4/VII/2015 z dnia 28.01.2015 r., a Uchwałą Nr 11/VII/2015 z dnia 25.06.2015 r. przyjęto jego rezygnację. Poprzednio funkcję Przewodniczącego Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju pełnił p. Krzysztof Baradziej, wybrany w dniu 15 kwietnia 2011 r. Uchwałą Nr 4/VI/2011 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju.

Funkcję Zastępcy Przewodniczącego Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego pełni p. Wiesław Janiszewski (Przedstawiciel Miasta Czerwionka – Leszczyny), wybrany w dniu 25 czerwca 2015 r. Uchwałą Nr 15/VII/2015 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju. Poprzednio funkcję Zastępcy Przewodniczącego Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego pełnił p. Janusz Koper, wybrany w dniu 15 kwietnia 2011 r. Uchwałą Nr 5/VI/2011 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju.

Członkami Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w dniu 28 stycznia 2015 r. Uchwałą Nr 6/VII/2015 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju zostali wybrani p. Wiesław Janiszewski, p. Marcin Połomski oraz Benedykt Lanuszny. W dniu 25 czerwca 2015 r. Uchwałą Nr 14/VII/2015 przyjęto rezygnację p. Wiesława Janiszewskiego z funkcji Członka Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego. Uchwałą Nr 16/VII/2015 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju w dniu 25 czerwca 2015 r. powołano na Członka Zarządu p. Zbigniewa Podleśnego. W dniu 1 czerwca 2016 r. Uchwałą Nr 7/VII/2016 przyjęto rezygnację p. Benedykta Lanusznego z funkcji Członka Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego. Uchwałą Nr 8/VII/2016 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju powołano na Członka Zarządu p. Janusza Buda.

W poprzedniej kadencji Członkami Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego byli: p. Wiesław Janiszewski, Dariusz Szymczak oraz Benedykt Lanuszny,

wybrani w dniu 15 kwietnia 2011 r. Uchwałą Nr 6/VI/2011 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju. W dniu 15 października 2012 r. Uchwałą Nr 10/VI/2012 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju odwołano z funkcji Członka Zarządu p. Dariusza Szymczaka. Uchwałą Nr 11/VI/2012 Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju z dnia 15 października 2012 r. powołano na funkcję Członka Zarządu p. Henryka Hajduk.

Funkcję Dyrektora Biura Międzygminnego Związku Komunikacyjnego do chwili obecnej pełni p. Benedykt Lanuszny na podstawie Uchwały Nr 35/III/00 Zgromadzenia MZK w Jastrzębiu – Zdroju z dnia 11 kwietnia 2000 r.

Funkcję Głównego Księgowego Związku pełni p. Grażyna Pocheć od dnia 1 listopada 2014 r. (pismo MZK/D/3147/2014 z dnia 27 października 2014 r.). Poprzednio p. Grażyna Pocheć pełniła funkcję Skarbnika - Główny Księgowy Związku, powołana na to stanowisko Uchwałą Nr 11/VII/2003 Zgromadzenia MZK z dnia 29 sierpnia 2003 r., odwołana Uchwałą Nr 18/VI/2014 Zgromadzenia MZK z dnia 15 października 2014 r. ze stanowiska Skarbnika Związku z dniem 31 października 2014 r.

Zastępcą Głównego Księgowego jest p. Małgorzata Karasek od dnia 1 września 2015 r. (pismo Dyrektora MZK z dnia 25.08.2015 r.). Wcześniej zajmowała stanowisko Inspektora w Referacie Finansowo – Księgowym.

W toku kontroli stwierdzono, że nie powierzono na piśmie Głównemu Księgowemu Związku obowiązku i odpowiedzialności w zakresie prowadzenia rachunkowości, wykonywania dyspozycji środkami pieniężnymi, dokonywania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym, dokonywania wstępnej kontroli kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących operacji gospodarczych i finansowych, o których mowa art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.). W myśl powyższych przepisów Głównym księgowym jednostki sektora finansów publicznych, zwanym dalej "głównym księgowym", jest pracownik, któremu kierownik jednostki powierza obowiązki i odpowiedzialność w zakresie:

1) prowadzenia rachunkowości jednostki;
2) wykonywania dyspozycji środkami pieniężnymi;
3) dokonywania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym;
4) dokonywania wstępnej kontroli kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących operacji gospodarczych i finansowych.

Zgodnie natomiast z treścią art. 4 ust. 5 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2013 r. poz. 330 z późn. zm.) kierownik jednostki ponosi odpowiedzialność za wykonywanie obowiązków w zakresie rachunkowości określonych ustawą, w tym z tytułu nadzoru, również w przypadku, gdy określone obowiązki w zakresie rachunkowości - z wyłączeniem odpowiedzialności za przeprowadzenie inwentaryzacji w formie spisu z natury - zostaną powierzone innej osobie za jej zgodą. Przyjęcie odpowiedzialności przez inną osobę powinno być stwierdzone w formie pisemnej.

Zgodnie z pisemnymi wyjaśnieniami, złożonymi w toku czynności kontrolnych przez p. Benedykta Lanusznego – Dyrektora Biura MZK: *„[...] wyżej wymieniony zakres obowiązków powierzony został Głównej Księgowej w formie pisemnej w zakresie czynności Pani Grażyny Pocheć, w którym ujęte są elementy wynikające z art. 54 ustawy o finansach publicznych. Faktem jest jednak, że w dokumentacji Związku nie ma odrębnego powierzenia o którym mowa w piśmie z dnia 11.10. br. tych obowiązków Pani Grażynie Pocheć. W związku z tym, niezwłocznie po otrzymaniu zastrzeżenia Regionalnej Izby Obrachunkowej w tej kwestii, takie pisemne upoważnienie zostało sporządzonej dołączone do akt personalnych Pani Grażyny Pocheć. Wyrażam w tym zakresie czynny żal. Nasze uchybienie wynikało jedna z przeświadczenia, że wystarczającym jest ujęcie przedmiotowej kwestii w zakresie obowiązków".*

Zgodnie ze stanem faktycznym, Dyrektor Biura MZK powierzył w dniu 13 października 2016 r. na piśmie Pani Grażynie Pocheć – Głównej Księgowej MZK obowiązki i odpowiedzialność wynikające z art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (Dz. U. z 2013r. poz. 885 z późn. zm.). Powierzenie obowiązków i odpowiedzialności wynikające z ww. przepisów należało do kierownika jednostki.

W myśl § 20 statutu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju, do przewodniczącego zarządu stosuje się odpowiednie przepisy dotyczące wójta lub burmistrza.

Pytania wraz z wyjaśnieniami stanowią **załącznik nr 1** do niniejszego protokołu.

Wykaz akt kontroli AK 612/7/16/I.1. stanowi **załącznik nr 2** do protokołu kontroli.

2. Zakres działalności Związku

Statut Międzygminnemu Związkowi Komunikacyjnemu z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju w dniu 4 kwietnia 1991 r. został nadany Uchwałą NR XIII/151/91 Rady Miasta Jastrzębie – Zdrój z dnia 26 marca 1991 r. (opublikowany w Dzienniku Urzędowym Województwa Katowickiego w dniu 29 czerwca 1991 r. Nr 7. poz. 115) oraz Obwieszczeniem Wojewody Śląskiego z dnia 5 lutego 2010 roku w sprawie ogłoszenia

zmiany statutu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju *(Dz. U. Woj. Śl. Nr 19 poz. 318).*

Zgodnie z uchwałą Zgromadzenia nr 17/VII/2007 oraz rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w dniu 15 stycznia 2010 r. wpisano do Rejestru związków międzygminnych zmianę statutu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju polegającej na zmianie statutowej Członków Związku. Zgodnie z Obwieszczeniem Wojewody Śląskiego Członkami Związku są gminy: Czerwionka-Leszczyny, Jastrzębie – Zdrój, Marklowice, Mszana, Pawłowice, Pszów, Radlin, Rydułtowy, Suszec, Świerklany, Wodzisław Śląski, Żory.

W dniu 6 listopada 2015 r. Obwieszczeniem Wojewody Śląskiego (poz. 5567) ogłoszono zmianę statutu MZK w Jastrzębiu – Zdroju, wynikającą z uchwał:

— Nr 26/VI/2014 z dnia 10 grudnia 2014 r. Zgromadzenia Związku w sprawie przyjęcia zmiany § 2 Statutu MZK w związku z wystąpieniem ze Związku gminy Wodzisław Śląski,

— Nr 27/VI/2014 z dnia 10 grudnia 2014 r. Zgromadzenia Związku w sprawie przyjęcia zmiany § 2 Statutu MZK w związku z wystąpieniem ze Związku gminy Świerklany.

Na chwilę obecną Międzygminny Związek Komunikacyjny z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju zrzesza 10 gmin: Czerwionka-Leszczyny, Jastrzębie-Zdrój, Marklowice, Mszana, Pawłowice, Pszów, Radlin, Rydułtowy, Suszec, Żory. Zmianę statutu Związku wpisano w dniu 26 października 2015 r. do Rejestru związków międzygminnych.

Związek posiada osobowość prawną i wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność.

Zgodnie ze statutem, związek realizuje zadania w zakresie: organizacja i realizacja komunikacji zbiorowej, określanie potrzeb przewozowych, opracowywanie rozkładów jazdy i ich publikacja, zawieranie umów z przewoźnikami, integracja systemu transportu pasażerskiego, prowadzenie gospodarki finansowej, ustalanie systemu taryfowego, dystrybucja biletów, prowadzenie rozliczeń z gminami i przewoźnikami, prowadzenie działalności kontrolnej, prowadzenie realizacji zadań przewozowych, kontrola biletów, kontrola funkcjonowania jednostek organizacyjnych związku, utrzymanie i rozwój infrastruktury technicznej związku, utrzymanie dworców i przystanków, utrzymanie i rozwój innego mienia związku nie powierzonego przedsiębiorstwom komunikacyjnym, planowanie i prowadzenie działalności inwestycyjnej.

Od 1993 roku PKM funkcjonuje jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której udziały są w posiadaniu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju.

PKM Spółka z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju nie jest organizatorem komunikacji miejskiej na obsługiwanym terenie, ale wyłącznie przewoźnikiem. Funkcję organizatora pełni Międzygminny Związek Komunikacyjny (MZK), który odpowiada między innymi za ceny i dystrybucję biletów, lokalizację przystanków, ustalenie tras kursowania autobusów i rozkłady jazdy.

3. Struktura organizacyjna

Organizację i zasady funkcjonowania Biura MZK określa Regulamin Organizacyjny Biura *Międzygminnego Związku Komunikacyjnego* w Jastrzębiu – Zdroju, stanowiący Załącznik do Uchwały Zgromadzenia Międzygminnego Związku Komunikacyjnego Nr 19/VI/2014 z dnia 15 października 2014 r. Zgodnie z ww. Regulaminem w Biurze tworzy się:

- Działy - w zakresie działu kompleksowo realizowane są zbliżone rodzajowo grupy zadań tworzone przez Referaty, tj.:

— Dział Finansowo – Księgowy, w skład którego wchodzi Referat Księgowo – Budżetowy oraz Referat Biura Obsługi Klienta,

— Dział Kontroli i Nadzoru Ruchu, w skład którego wchodzi Referat Windykacji oraz Referat Kontroli Biletowej i Przewoźników,

— Dział Planowania i Organizacji Komunikacji.

- Samodzielne stanowiska - powstające w sytuacjach, gdy nie zachodzi potrzeba powoływania nowego Działu lub Referatu, tj.:

— Stanowisko Administracyjne,

— Stanowisko Kadrowo – Organizacyjne,

— Stanowisko ds. Systemów Transportowych.

Działami kierują kierownicy, przy czym Działem Finansowo – Księgowym Główny Księgowy. Biurem kieruje Dyrektor, który wykonuje uprawnienia zwierzchnika służbowego wobec pracowników Biura. Organizację prac kancelaryjnych w Biurze określa Instrukcja kancelaryjna obowiązująca dla organów gmin i związków międzygminnych.

II. REALIZACJA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA USŁUGI PN.: „ŚWIADCZENIE USŁUG PRZEWOZOWYCH W SYSTEMIE KOMUNIKACJI MIEJSKEJ NA LINIACH WCHODZĄCYCH W SKŁAD SIECI KOMUNIKACJI OBEJMUJĄCEJ OBSZAR MIASTA JASTRZĘBIE- ZDRÓJ I GMIN OŚCIENNYCH"

Celem niniejszej kontroli było sprawdzenie prawidłowości następujących czynności Zamawiającego – Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, zwanego dalej „MZK" w celu wyłonienia wykonawcy dla realizacji niniejszego zamówienia na usługi, w tym:

1. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w 2013 r. w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.), zwanej dalej: „uPzp" lub „ustawą Pzp"
2. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w latach: 2013-2014 w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.), zwanej dalej: „uPzp" lub „ustawą Pzp"
3. bezpośrednie zawarcie umowy Nr 4/POK/3/2014 z dnia 28 marca 2014 r. na okres 1 roku – bez stosowania przepisów „uPzp", ze względu na wyłączenie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U.2011.5.13 ze zm.)
4. przygotowanie oraz przeprowadzenia postępowania, przeprowadzonego w 2014 r. w trybie przetargu nieograniczonego, w tym: wyłonienie wykonawcy: „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy oraz dotychczasowe rozliczenie z wykonawcą z tytułu świadczenia usług.

Ad. 1 PIERWSZY PRZETARG NIEOGRANICZONY - UNIEWAŻNIONY W DNIU 8.11.2013 r. ZE WZGLĘDU NA BRAK MOŻLIWOŚCI FINANSOWYCH ZAMAWIAJĄCEGO [art. 93 ust. 1 pkt 4 „uPzp"]

Postępowanie Nr MZK/POK/3/2013

Na podstawie uchwały Nr 33/IX/2013 Zarządu MZK w Jastrzębiu Zdroju z dnia 6 września 2013 r. uchwalono:

— rozpocząć procedurę w trybie przetargu nieograniczonego na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie – Zdrój i gmin ościennych"*

— przyjąć SIWZ dla ww . postępowania oraz

— powołać komisję przetargową w pięcioosobowym składzie.

Zgodnie z regulaminem pracy komisji przetargowej, stanowiącym załącznik nr 3 do uchwały Zarządu MZK Nr 33/IX/2013 z dnia 6.09.2013 r.: *„Komisja przetargowa powołana została do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert [...]"*.

Zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych, o którym mowa w przepisie art. 13 „uPzp". Wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 012-015418 w dniu 17 stycznia 2013 r.

Ponadto kwota wartości tego zamówienia (wartość szacunkowa zamówienia) przesądziła o obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co Zamawiający uczynił w dniu 27.09.2013 r. pod nr 2013/S 188-324535.

Zgodnie z protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wartość opisywanego zamówienia została ustalona „w dniu 9.08.2013 r." na kwotę **245.395.680,00 zł netto** [co stanowi równowartość kwoty **61.049.776,10 euro** gdyż średni kurs złotego w stosunku do euro - stanowiący podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych, zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. Dz.U.2011.282.1650 – wynosi 4,0196 zł].

W tym, wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 40.899.280 zł, co stanowi równowartość 10.174.962,68 euro.

Jedynym kryterium oceny ofert ustalono cenę usługi przewozowej – 100%. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego żądał wniesienia wadium w wysokości 2.200.000,00 zł. Natomiast jako termin wykonania zamówienia [świadczenia usług przewozowych] określono na: 10 lat, licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych.

Okres związania ofertą wyznaczono na 90 dni. Termin złożenia ofert wyznaczono na dzień 4 listopada 2013 r. do godz. 11:00. Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych i częściowych.

W protokole postępowania, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie opisywanego zadania inwestycyjnego zamierza przeznaczyć kwotę **203.700.000,00 zł brutto**.

Z treści protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wynika, że do upływu terminu składania ofert złożono 2 następujące oferty:

1. Konsorcjum firm: Usługi Transportowe Pawelec Krzysztof Pacanów, Biechów- [LIDER] oraz PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec z ceną ofertową 215.905.888,80 zł brutto;
2. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [LIDER], P.P.U.H „Kłosok" Andrzej Kłosok Żory, „MIKRUS" Firma Przewozowa s.c. Żory z ceną ofertową 239.527.173,60 zł brutto.

Na mocy uchwały Nr 42/XI/2013 Zarządu MZK w Jastrzębiu – Zdroju z dnia 8.11.2013 r. uchwalono unieważnić opisywane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 „uPzp". Wykonanie uchwały powierzono Dyrektorowi Biura Związku.

O unieważnieniu opisywanego postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zawiadomił obydwóch wykonawców, którzy złożyli oferty [pisma nr MZK/D/2632/2013 oraz MZK/D/2631/2013 z dnia 8.11.2013 r. faxem oraz w formie pisemnej w następujący sposób: *„Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uchwały Zarządu Związku Nr 42/XI/2013 z dnia 8 listopada 2013 r. przetarg nieograniczony na świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych został unieważniony".*

Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 3 „uPzp" Zamawiający zawiadamiając wykonawców o czynności unieważnienia postępowania obowiązany jest przekazać wykonawcom uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności.

Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem jasne sformułowanie zarówno podstawy faktycznej i prawnej, na której dokonano unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko Zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek, okoliczności wskazanych przez Zamawiającego, a także skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

Kontrolujący wystąpili do p. Grażyna Pocheć – Skarbnika [obecnie Głównej Księgowej] MZK w Jastrzębiu- Zdroju [której Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w ustawie] z następującym zapytaniem:

— *„Dlaczego Zamawiający w zawiadomieniach wykonawców o unieważnieniu ww. przetargu nieograniczonego [pisma nr MZK/D/2632/2013 oraz MZK/D/2631/2013 z dnia 8.11.2013] zaniechał podania uzasadnienia faktycznego*

unieważnienia tego przetargu, który jest wymagany zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.), zwanej dalej: „uPzp". ?

W odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu- Zdroju wyjaśniła w toku czynności kontrolnych co następuje: *„Zamawiający faktycznie pismem z dnia 8.11.2013 r. unieważnił przetarg nieograniczony na świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP stanowiący, że: Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Pismo to nie zawierało szerszego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji. Pragnę jednak zauważyć, iż ww. przesłanka unieważnienia postępowania była dla oferentów na tyle czytelna, iż nie wymagała szczegółowego uzasadnienia. Oferenci będąc obecni na otwarciu ofert otrzymali informację zarówno o kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak i o cenach poszczególnych ofert. Zatem wszyscy potencjalni wykonawcy mieli pełną wiedzę o okolicznościach faktycznych uzasadniających unieważnienie przetargu. Z tego też powodu żaden z wykonawców nie zwracał się o przesłanie szczegółowego pisemnego uzasadnienia unieważnienia co tylko potwierdza, iż nikt nie miał wątpliwości odnośnie zasadności decyzji Zamawiającego w tym zakresie tzn. niemożnością sfinansowania zamówienia po cenach wynikających ze złożonych ofert".*

W odniesieniu do cytowanych powyżej wyjaśnień kontrolujący podnoszą, że przepis art. 93 ust. 3 „uPzp" zobowiązujący zamawiającego do zawiadomienia wykonawców o czynności unieważnienia postępowania, nie określając co prawda zakresu informacji, jakie zamawiający powinien zamieścić w zawiadomieniu.

Jednakże samo powołanie jednostki redakcyjnej art. 93 ust. 1 pkt 4 „uPzp" [brak jest nawet powołania brzmienia tego przepisu] jest tutaj niewystarczające, gdyż istotne jest czy przesłanki unieważnienia zaszły w okolicznościach *faktycznych* konkretnej sprawy [np. Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r. KIO 1283/15].

Realizacja wskazanych w art. 7 ust. 1 „uPzp" zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga bowiem transparentności działań zamawiającego.

Wymienione zasady nakazują tak interpretować wymóg pisemności, że informacje zamawiającego o czynnościach dokonanych w postępowaniu, które przesyła on wykonawcom, powinny być nie tylko sporządzone w wymaganej formie, ale również muszą zawierać treść niezbędną dla oceny danej czynności przez wykonawców.

Ponadto stwierdzić należy, że nie można podzielić poglądu zaprezentowanego w cytowanych powyżej wyjaśnieniach, że uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie znanych sobie okoliczności postępowania mogli samodzielnie ustalać, czy czynność zamawiającego, o której zostali poinformowani, jest prawidłowa, czy nie.

Doręczane wykonawcom uzasadnienie jest o tyle istotne, że umożliwia im chociażby podjęcie decyzji co do tego czy będą korzystać ze środków ochrony prawnej. Ponadto argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu umożliwia wykonawcom sformułowanie odpowiednich zarzutów, które po upływie terminu na wniesienie odwołania nie mogą być modyfikowane, co wynika z art. 192 ust. 7 „uPzp".

Tym samym, Zamawiający dokonując unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez podania uzasadnienia faktycznego dopuścił się naruszenia przepisu art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.).

Wykonawcy którzy ubiegali się o niniejsze zamówienie nie skorzystali z prawa do wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego, polegającą na unieważnieniu opisywanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu Zdroju, której Kierownik jednostki [Zarząd] na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył na piśmie z dnia 10 października 2013 r. wszelkie czynności zastrzeżone dla Kierownika Zamawiającego, z wyłączeniem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W wyniku czynności kontrolnych ustalono ponadto, że na podstawie pism zaadresowanych do wykonawców: Nr MZK/POK/1074/13 oraz Nr MZK/POK/1075/13 z dnia 12.11.2013 r. Zamawiający zwrócił obydwu wykonawcom wadium wniesione w formie gwarancji wadialnych [tj. bankowej oraz ubezpieczeniowej].

Artykuł 46 ust. 1 „uPzp" nakłada bowiem na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. Obowiązek ten obciąża Zamawiającego niezależnie od formy wniesionego wadium, jak też od tego, jakich czynności technicznych będzie musiał dokonać zamawiający w celu jego wykonania.

Przy czym, niezwłocznie - to nie oznacza natychmiastowo, ale w takim terminie w jakim dokonanie tej czynności było obiektywnie możliwe w normalnym toku prac komisji przetargowej i Kierownika zamawiającego. Pojęcie "niezwłocznie" oznacza termin realny mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu [np. Wyrok z dnia 21 lutego 2012 r. sygn. akt KIO308/1].

Mając na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione w dniu 8 listopada 2013 r. [piątek] natomiast zwrot wykonawcom wadium nastąpił w dniu 12 listopada 2013 r. [wtorek] należy uznać, że obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium został przez Zamawiającego dochowany. Otóż obiektywnie możliwe zwrócenie wadium mogło tutaj nastąpić dopiero w dniu 12 listopada 2013 r. gdyż w dniach 9-10 listopada 2013 r. przypadał weekend natomiast w dzień 11 listopada jest dniem ustawowo wolnym od pracy, ze względu na Narodowe Święto Niepodległości.

Ad. 2

DRUGI PRZETARG NIEOGRANICZONY - UNIEWAŻNIONY W DNIU 19.02.2014 r. ZE WZGLĘDU NA BRAK MOŻLIWOŚCI FINANSOWYCH ZAMAWIAJĄCEGO [art. 93 ust. 1 pkt 4 „uPzp"]

Postępowanie Nr MZK/POK/5/2013

Na podstawie uchwały Nr 43/XI/2013 Zarządu MZK w Jastrzębiu Zdroju z dnia 8 listopada 2013 r. uchwalono:

— rozpocząć procedurę w trybie przetargu nieograniczonego na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie – Zdrój i gmin ościennych"*

— przyjąć SIWZ dla ww . postępowania oraz

— powołać komisję przetargową w sześcioosobowym składzie.

Zgodnie z regulaminem pracy komisji przetargowej, stanowiącym załącznik nr 3 do uchwały Zarządu MZK Nr 33/IX/2013 z dnia 6.09.2013 r.: *„Komisja przetargowa powołana została do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert [...]"*.

Zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych, o którym mowa w przepisie art. 13 „uPzp". Wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 012-015418 w dniu 17 stycznia 2013 r.

Ponadto kwota wartości tego zamówienia (wartość szacunkowa zamówienia) przesądziła o obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu na usługi w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co Zamawiający uczynił w dniu 13.11.2013 r. pod nr 2013/S 220-383373.

Zgodnie z protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wartość opisywanego zamówienia została ustalona „w dniu 9.08.2013 r." na kwotę **245.395.680,00 zł netto** [co stanowi równowartość kwoty **61.049.776,10 euro** gdyż średni kurs złotego w stosunku do euro - stanowiący podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych, zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. Dz.U.2011.282.1650 – wynosi 4,0196 zł].

W tym, wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 40.899.280 zł, co stanowi równowartość 10.174.962,68 euro.

Stwierdzenia tutaj wymaga, że Zamawiający dokonał czynności ustalenia wartości niniejszego zamówienia na podstawie dokumentu pn. „Szacowany koszt utrzymania komunikacji w okresie 10 lat" z datą „9.08.2013 r.", który został podpisany przez p. Benedykta Lanuszny – Członka Zarządu - Dyrektora Biura MZK.

Zgodnie natomiast z przepisem art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm., a obecnie Dz.U.2015.2164 ze zm.) zwanej dalej: „uPzp" lub „ustawą Pzp": *„Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane".*

Natomiast definicja „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" zawarta w art. 2 pkt 7a „uPzp" uznaje za *moment* jego *wszczęcia* chwilę uzewnętrznienia woli zamawiającego o zamówieniu, co z reguły będzie następować z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu [zob. art. 40 ust. 1 „uPzp"].

W opisywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenie o zamówieniu na usługi zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 12 listopada 2013 r. natomiast jego publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpiła dzień później, tj. w dniu 13 listopada 2013 r. [pod nr 2013/S 220-383373].

Tym samym, od tego *„momentu”*, tj. 13 listopada 2013 r. mamy tutaj do czynienia z czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego [por. art. 17 ust. 1 i 2 „uPzp”].

Należy zatem przyjąć, że Zamawiający dokonując ustalenia wartości opisywanego zamówienia w dniu 9 sierpnia 2013 r. nie dochował 3 miesięcznego terminu, o którym mowa w art. 35 ust. 1 uPzp.

Kontrolujący wystąpili do p. Grażyna Pocheć – Skarbnika [obecnie Głównej Księgowej] MZK w Jastrzębiu- Zdroju [której Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp” powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w ustawie] z następującym zapytaniem:

— *„Dlaczego Zamawiający dokonując ustalenia wartości opisywanego zamówienia w dniu 9 sierpnia 2013 r. nie dochował 3 miesięcznego terminu, o którym mowa w art. 35 ust. 1 "uPzp" ?*

W odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu- Zdroju wyjaśniła w toku czynności kontrolnych co następuje: *„ Wskazany zarzut dotyczy naruszenia przez Zamawiającego normy art. 35 ust. 1 PZP stanowiącej, iż: Ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Zamawiający uznał jednak, że samo przekroczenie ww. terminu nie oznacza automatycznie naruszenia reguł szacowania wartości przedmiotu zamówienia oraz nie skutkuje bezwzględną koniecznością dokonana ponownego szacowania. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji dokonania przez Zamawiającego aktualizacji wcześniej oszacowanej kwoty na okres zgody z powyższą normą. Co więcej zdaniem Zamawiającego aktualizacja ta jest zasadna w przypadku wystąpienia sytuacji, o której mowa w art. 35 ust. 2 PZP, co nie miało miejsca w przedmiotowym przetargu („Dlatego w przypadku ustalenia wartości zamówienia w okresie wychodzącym poza terminy podane w przepisie art. 35 ust. 1 wartość tę należy przed wszczęciem postępowania zaktualizować". red. J. Pieróg w: Prawo Zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13 rok 2015 C.H. Beck). Ponadto: „Jednakże nie oznacza to absolutnej konieczności dokonania takiego ponownego oszacowania, jeżeli nie występuje równocześnie przesłanka z art. 35 ust. 2. Z art. 35 ust. 1 nie wynika bowiem ani konsekwencja niedochowania terminów, ani też konieczność stosowania wówczas reguły, że przekroczenie terminu oznacza obowiązek uznania, że doszło do zmiany okoliczności mających wpływ na*

wartość zamówienia publicznego. Nie budzi wątpliwości to, że celem omawianego przepisu jest zobowiązanie zamawiających do ustalania wartości zamówienia publicznego w czasie jak najbardziej zbliżonym do czasu przeprowadzania postępowania, tak by wartość zamówienia odpowiadała jak najbardziej wartości rynkowej dostaw, usług czy robót budowlanych. Nie prowadzi to jednak do domniemania, że przekroczenie tych terminów oznacza, że wartość zamówienia nie będzie odpowiadała wartości rynkowej" (sędzia NSA dr S. Babiarz w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz LexisNexis 2013 wyd. III).

Zamawiający udzielając zamówienia brał także pod uwagę wyniki podobnych przetargów u sąsiadujących organizatorów komunikacji, a te w zasadzie nie zmieniały się. Była to więc dla Zamawiającego dodatkowa wskazówka, że w przedmiotowej materii nie wystąpiły przesłanki powodujące jakąś większą zmianę sytuacji rynkowej. Zamawiający śledził też ceny paliw będące zasadniczym elementem zmiany ceny wozokilometra (i w rezultacie wysokości ofert), a te nie uległy wówczas większej zmianie. Kończąc ten wątek podkreślenia wymaga, iż postępowanie przetargowe zostało ostatecznie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP co przesądza, iż Zamawiający w sposób należyty dbał o finanse jednostki.

Odnosząc się do cytowanych powyżej wyjaśnień kontrolujący podnoszą, że miarodajność szacunku zamawiającego uzależniona jest od jego staranności [art. 32 ust. 1 „uPzp" in fine] i terminu, w jakim dokonano ustaleń wartości zamówienia [zgodnie z art. 35 ust. 1 „uPzp" - ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania w przypadku usługi].

Przy czym, ustalenie wartości opisywanego zamówienia w sposób niezgodny z art. 35 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.2013.907 ze zm.) nie skutkowało zastosowaniem przez Zamawiającego w tym przypadku przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości.

Stwierdzono, że czynność ustalenia wartości zamówienia została wykonana przez Przewodniczącego komisji przetargowej.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu Zdroju, której Kierownik jednostki [Zarząd] na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył na piśmie z dnia 10 października 2013 r. wszelkie czynności zastrzeżone dla Kierownika Zamawiającego, z wyłączeniem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jedynym kryterium oceny ofert ustalono cenę usługi przewozowej – 100%. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego żądał wniesienia wadium w wysokości 2.200.000,00 zł. Natomiast jako termin wykonania zamówienia [świadczenia

usług przewozowych] określono na: 10 lat, licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych.

Okres związania ofertą wyznaczono na 90 dni [czyli do dnia 22 marca 2014 r. włącznie]. Termin złożenia ofert wyznaczono na dzień 23 grudnia 2013 r. do godz. 11:00. Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych i częściowych.

W protokole postępowania, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie opisywanego zadania inwestycyjnego zamierza przeznaczyć kwotę **203.700.000,00 zł brutto**.

Z treści protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wynika, że do upływu terminu składania ofert złożono 3 następujące oferty:

1. Europa EKSPRES CITY sp. z o.o. z Warszawy z ceną ofertową 210.194.092,80 zł brutto;
2. Konsorcjum Firm: Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów, Biechów [lider]; PPUH „Kłosok" Żory; A21 sp. z o.o. z Rybnika; PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec z ceną ofertową 208.290.160,80 zł brutto;
3. Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] oraz Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory z ceną ofertową 197.816.202,00 zł brutto.

Na mocy uchwały Nr 55/XII/2013 Zarządu MZK w Jastrzębiu – Zdroju z dnia 30.12. 2013 r. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę nr 3 złożoną przez: Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] oraz Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory z ceną ofertową 197.816.202,00 zł brutto.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane wszystkim wykonawcom, niżej wymienionym:

1. Europa EKSPRES CITY sp. z o.o. z Warszawy;
2. Konsorcjum Firm: Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów, Biechów [lider]; PPUH „Kłosok" Żory; A21 sp. z o.o. z Rybnika; PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec;
3. Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] oraz Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory

którzy złożyli oferty w niniejszym przetargu nieograniczonym, zgodnie z wyborem Zamawiającego, tj. faksem oraz nadane pisemnie drogą pocztową w dniu 30 grudnia 2013 r.

Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 1 „uPzp" Zamawiający zobowiązany jest zwrócić wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako

najkorzystniejsza [tj. Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] oraz Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory] z zastrzeżeniem ust. 4a.

W wyniku kontroli ustalono, że Zamawiający w ogóle nie dokonał zwrotu wadium wykonawcy: EUROPA Ekspres City sp. z o.o. z Warszawy, które zostało wniesione przy ofercie nr 1 w formie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej Nr 280000079518 z dnia 19.12.2013 r. na sumę gwarancyjną 2.200.000,00 na okres od dnia: 23.12.2013 do 25.03. 2014 r. Wg stanu na dzień kontroli, tj. 5 października 2016 r. oryginał gwarancji ubezpieczeniowej – o której mowa powyżej – znajduje się w ofercie nr 1.

Termin "niezwłocznie", którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1, należy interpretować w ten sposób, że po spełnieniu ustawowych przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie, Zamawiający zwraca wadium bez zbędnej zwłoki, po ustaniu powodów do jego przetrzymywania, co w opisywanym przypadku miało miejsce już w dniu 30 grudnia 2013 r.

Natomiast zwrot wadium wniesionego w pieniądzu przez Konsorcjum Firm: Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów, Biechów [lider]; PPUH „Kłosok" Żory; A21 sp. z o.o. z Rybnika; PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec nastąpił w sposób prawidłowy, tj. w dniu 31 grudnia 2013 r. [przelew na kwotę 2.200.000,00 zł w dniu 31 grudnia 2013 r, oraz odsetki w kwocie 72,33 zł w dniu 2 stycznia 2014 r.].

Kontrolujący wystąpili do p. Grażyna Pocheć – Skarbnika [obecnie Głównej Księgowej] MZK w Jastrzębiu- Zdroju [której Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w ustawie] z następującym zapytaniem:

— *„Mając na uwadze art. 46 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 „uPzp" proszę wyjaśnić dlaczego Zamawiający w ogóle nie dokonał zwrotu wadium wykonawcy: „EUROPA Ekspres City" sp. z o.o. z Warszawy, które zostało wniesione przy ofercie nr 1 w formie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej Nr 280000079518 z dnia 19.12.2013 r. na sumę gwarancyjną 2.200.000,00 na okres od dnia: 23.12.2013 do 25.03.2014 r. ?*

Wg stanu na dzień kontroli, tj. 5 października 2016 r. oryginał gwarancji ubezpieczeniowej – o której mowa powyżej – znajduje się bowiem w ofercie nr 1".

W odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu- Zdroju wyjaśniła w toku czynności kontrolnych co następuje: *„W odpowiedzi na zarzut braku zwrotu wadium wniesionego przez uczestników postępowań [wnoszonego w postaci gwarancji ubezpieczeniowych lub bankowych],*

Zamawiający potwierdza, iż na skutek przeoczenia dokumenty te nie zostały fizycznie zwrócone.

Zamawiający jednak w tym miejscu wskazuje na specyficzny charakter wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej oraz na fakt, że instytucje udzielające tych gwarancji w ogóle nie żądają zwrotu dokumentów związanych z udzieleniem gwarancji uznając, że z chwilą rozstrzygnięcia przetargu (czy też jego unieważnienia) gwarancje takie tracą ważność. Zamawiający stoi na stanowisku, że gwarancja jest wydawana na podstawie oceny zdolności finansowej wykonawcy i za wydanie jej wnosi opłatę, która nie podlega zwrotowi nawet gdy wykonawca zwróci gwarancję przed upływem terminu jej ważności. Natomiast bank nie żąda zwrotu gwarancji ponieważ wygasa ona wraz z upływem terminu na jaki była wystawiona. Istotny jest też fakt, że Wykonawcy w żadnej mierze nie ponoszą negatywnych konsekwencji braku zwrotu dokumentu o udzieleniu gwarancji. Stąd brak jakiegokolwiek żądania Wykonawców w tej kwestii. Należy także zauważyć, iż zaniechanie zwrotu ww. dokumentów nie stanowi naruszenia mogącego skutkować odpowiedzialnością finansową zamawiającego w stosunku do Wykonawców. W takiej sytuacji brak jest bowiem możliwości naliczania odsetek z tytułu zwłoki. Tak więc Zamawiający przyjął, że po terminie związania ofertą gwarancje te wygasły. Jak to już powiedziano żaden z Wykonawców nie zwracał się o zwrot przekazanych dokumentów. Niemniej jednak Związek zobowiązuje się do niezwłocznego zwrotu ww. dokumentów. Z inną sytuacją miałby do czynienia Zamawiający gdyby wadium było wniesione w gotówce, gdzie Zamawiający zawsze zwracał wadium w przewidzianym terminie. Takiej sytuacji jednak w przedmiotowej sytuacji nie było".

Odnosząc się do cytowanych powyżej wyjaśnień kontrolujący podnoszą, że Zamawiający tym samym naruszył przepisy art. 46 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz.U.2013.907 ze zm.) gdyż niezależenie od formy, w jakiej wadium zostało wniesione [gwarancja ubezpieczeniowa, bankowa czy forma pieniężna] to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zwrotu wadiów wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Obowiązek ten obciąża Zamawiającego niezależnie od formy wniesionego wadium, jak też od tego, jakich czynności technicznych będzie musiał dokonać zamawiający w celu jego wykonania. Dla przykładu, fakt trwałego połączenia gwarancji z pozostałymi dokumentami złożonymi przez wykonawcę nie zwalnia Zamawiającego z powinności zwrotu wadium.

Zamawiający powinien w uzgodnieniu z wykonawcą podjąć działania zmierzające do zachowania integralności i kompletności oferty po dokonanym zwrocie wadium [np. Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 267/15].

Zgodnie z regulaminem pracy komisji przetargowej [stanowiącym załącznik nr 3 do uchwały Zarządu MZK Nr 33/IX/2013 z dnia 6.09.2013 r.] m.in. *„koordynowanie spraw związanych z wadium"* należało do obowiązków Sekretarza Komisji Przetargowej.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu Zdroju, której Kierownik jednostki [Zarząd] na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył na piśmie z dnia 10 października 2013 r. wszelkie czynności zastrzeżone dla Kierownika Zamawiającego, z wyłączeniem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W wyniku odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej przez Konsorcjum Firm: Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów, Biechów [lider]; PPUH „Kłosok" Żory; A21 sp. z o.o. z Rybnika; PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec czynność Zamawiającego, polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 3 została skutecznie zaskarżona.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 24 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 32/14 Krajowa Izba Odwoławczej uwzględniła powyższe odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty nr 3 złożonej przez Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] oraz Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory ze względu na rażąco niską cenę [art. 89 ust. 1 pkt 4 „uPzp"].

Zamawiający wykonując wyrok KIO zapadły w sprawie KIO 32/14 odrzucił ofertę nr 3, a następnie powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 4 „uPzp" unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia uznając, że oferta nr 2 z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ponieważ nie może on zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Na mocy uchwały Nr 6/II/2014 Zarządu MZK w Jastrzębiu – Zdroju z dnia 18.02. 2014 r. uchwalono unieważnić opisywane postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 „uPzp".

O czynności unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zawiadomił wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty [pisma z dnia 19.02.2014 r. nr MZK/POK/160/14; MZK/POK/161/14 oraz MZK/POK/162/14] podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zwrot wadium wniesionego przez Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] oraz Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory w formie gwarancji bankowej Nr G/22/3013 z dnia 20.12.2013 r. na sumę gwarancyjną 2.200.000,00 zł nastąpił niezwłocznie po unieważnieniu niniejszego przetargu nieograniczonego, tj. w dniu 18 lutego 2014 r.

Na czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu opisywanego przetargu nieograniczonego odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniosło Konsorcjum Firm: Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów, Biechów [lider]; PPUH „Kłosok" Żory; A21 sp. z o.o. z Rybnika; PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec.

Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2014 r. sygn. akt KIO 392/14 oddaliła ww. odwołanie wskazując w uzasadnieniu m.in., że : *„[...] przepisy nie umożliwiają wykonawcy na etapie w jakim obecnie znajduje się postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej, niż pierwotnie zaplanowana [...]".*

Ad. 3

BEZPOŚREDNIE ZAWARCIE UMOWY NA OKRES 1 ROKU BEZ STOSOWANIA PRZEPISÓW USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Stan rzeczy ustalony w wyniku kontroli jest taki, że Międzygminny Związek Komunikacyjny z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju [dalej: Organizator publiczny] zawarł z Przedsiębiorstwem Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju [dalej: Operator publiczny] umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego Nr 4/POK/3/2014 z dnia 28 marca 2014 r. na okres od dnia 1 maja 2014 r. do 30 kwietnia 2015 r.

Przedmiotem ww. umowy określono wykonywanie odpłatnie przewozów pasażerskich komunikacji autobusowej na liniach nr: E-3, 101, 102, 103, 103A, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132 i 218 na terenie miasta Jastrzębie Zdrój oraz gmin ościennych.

Zgodnie z § 7 ww. umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego: *„Za jednostkę ustalenia wielkości przewozowych oraz rozliczeń przyjmuje się jednostkę obliczeniową „wozokilometr" – jest to kilometr rzeczywisty wykonywany zgodnie z rozkładem jazdy.*

Podstawą rozliczeń finansowych jest dokumentacja wykonawcza zgodnie z załącznikami 4 A, B, C.

Cenę za 1 wozokilometr na czas trwania umowy strony ustaliły na:

- *typ taboru „A" o pojemności powyżej 115 osób – 6,15 zł netto plus podatek VAT*
- *typ taboru „B" o pojemności powyżej 80 osób – 5,18 zł netto plus podatek VAT*
- *typ taboru „C" o pojemności od 35 osób – 5,18 zł netto plus podatek VAT*

Rozliczenie świadczonych usług następować będzie w okresach miesięcznych".

W wyniku kontroli ustalono, że ceny jednostkowe wozokilometra, o których mowa powyżej zostały wynegocjowane przez strony ww. umowy na poziomie stawek [rażąco niskich – zob. Wyrok KIO w tej sprawie z dnia 24 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 32/14] zaoferowanych przez PKM sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju w uprzednio unieważnionym drugim przetargu nieograniczonym, o którym szerzej mowa powyżej.

Wynagrodzenie Operatora publicznego z tytułu świadczenia usług na podstawie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego Nr 4/POK/3/2014 z dnia 28 marca 2014 r. wyniosło ogółem: **18.572.002,07 zł netto / 20.057.762,24 zł brutto.**

Zamawiający zawierając umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego Nr 4/POK/3/2014 z dnia 28 marca 2014 r. nie zastosował przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.) zwanej dalej „uPzp" lub „ustawą Pzp", powołując się na tzw. bezpośrednie zawarcie umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz.U.2011.5.13 ze zm., a obecnie t.j. Dz.U.2015.09.22), zwanej dalej: „uptz".

Kwestią najistotniejszą jest zatem ocena, czy w opisywanym przypadku zostały spełnione wszystkie ustawowe przesłanki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 „uptz" do zastosowania przez Zamawiającego [MZK] instytucji tzw. bezpośredniego zawarcia umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, co nastąpiło na podstawie umowy Nr 4/POK/3/2014 z dnia 28 marca 2014 r.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 4 „uptz" stanowi, że: *„Organizator może bezpośrednio zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego,* w przypadku gdy wystąpi zakłócenie w świadczeniu usług w zakresie publicznego *transportu zbiorowego lub bezpośrednie ryzyko powstania takiej sytuacji zarówno z przyczyn zależnych, jak i niezależnych od operatora, o ile nie można zachować terminów określonych dla innych*

trybów zawarcia umowy o świadczenie publicznego transportu zbiorowego, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2".

W świetle przepisu art. 22 ust. 1 pkt 4 „uptz" Organizator publiczny może bezpośrednio zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w przypadku gdy:

— wystąpi zakłócenie w świadczeniu usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego lub bezpośrednie ryzyko powstania takiej sytuacji, o ile:

- nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zawarcia umowy o świadczenie publicznego transportu zbiorowego, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 „uptz".

Zgodnie natomiast z art. 19 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 1 „uptz", organizator dokonuje wyboru operatora albo poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie ustawy z 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) lub ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2015 poz. 113 z późn. zm.), albo w trybie art. 22 ust. 1 u.p.t.z., co polega na bezpośrednim zawarciu umowy o świadczenie usług.

Przy czym, zgodnie z art. 22 ust. 8 „uptz": *„Umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawierana w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, może być zawarta na okres 12 miesięcy i w uzasadnionych przypadkach może ulec przedłużeniu, z tym że łączny okres obowiązywania przedłużonej umowy nie może przekroczyć 2 lat".*

Stan rzeczy ustalony w wyniku kontroli jest taki, że Organizator publiczny miał 47 dni na przygotowanie i przeprowadzenie podstawowego trybu udzielenia zamówienia publicznego [czyli przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego] na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła bowiem prawidłowość unieważnienia przez Organizatora publicznego drugiego przetargu nieograniczonego w dniu **14 marca 2014 r.** [zob. Wyrok sygn. akt KIO 392/14] natomiast dotychczasowa umowa o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego Nr 48/POK/02/2010 z 21 kwietnia 2014 zawarta pomiędzy Organizatorem publicznym [MZK], a Operatorem publicznym [PKM sp. z o.o.] wygasła poprzez spełnienie świadczenia w dniu **30 kwietnia 2014 r.**

Kontrolujący wystąpili do p. Benedykta Lanuszny – Członka Zarządu Dyrektora Biura MZK w Jastrzębiu- Zdroju [której Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2

„uPzp" powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w ustawie] z następującym zapytaniem:

— *„Proszę wyjaśnić dlaczego Zamawiający nie dokonał tutaj wyboru operatora w wyniku przeprowadzenia podstawowego trybu udzielenia zamówienia publicznego, tj. przetargu ograniczonego, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2013.907 ze zm.) skoro:*

- *Zamawiający na przeprowadzenie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego [po dwóch unieważnionych przetargach nieograniczonych] dysponował okresem 47 dni*

[licząc od 15 marca 2014 r., tj od dnia następnego po ogłoszeniu wyroku KIO z dnia 14 marca 2014 r. sygn. akt KIO 392/14 do dnia 30 kwietnia 2014 r., w którym wygasała dotychczasowa umowa Nr 48/POK/02/2010 z dnia 21 kwietnia 2010 r.]

- *Zamawiający organizując w opisywanej sytuacji przetarg ograniczony byłby natomiast uprawniony ze względu na „pilną potrzebę udzielenia zamówienia" do skrócenia terminów:*
  - *składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym do 10 dni [art. 49 ust. 3 pkt 1 „uPzp"] oraz*
  - *składania ofert do 10 dni [art. 52 ust. 4 „uPzp"]*

— *Termin standstill [okres zawieszający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego] w przypadku zamówień których wartość jest równa lub przekracza próg unijny nie może być krótszy niż 10 dni, licząc od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty".*

W odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie p. Benedykt Lanuszny – Członek Zarządu Dyrektor Biura MZK w Jastrzębiu- Zdroju wyjaśnił w toku czynności kontrolnych co następuje: *„Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy o transporcie zbiorowym, Organizator może bezpośrednio zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego* transportu zbiorowego, *m.in. w przypadku gdy wystąpi zakłócenie w świadczeniu usług w zakresie publicznego* transportu zbiorowego *lub bezpośrednie ryzyko powstania takiej sytuacji zarówno z przyczyn zależnych, jak i niezależnych od operatora, o ile nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zawarcia umowy o świadczenie publicznego* transportu zbiorowego, *o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2. W takich sytuacjach Zamawiający zawsze zmuszony jest do szacowania ryzyka związanego*

z niemożnością dotrzymania terminów ustawowych zastrzeżonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym przypadku dla postępowania realizowanego w trybie przetargu ograniczonego.

Z jednej strony istnieje bowiem ryzyko niedochowania zasad konkurencyjności [chociaż w przedmiotowej sytuacji w minimalnym zakresie], z drugiej strony jednak Zamawiający musi brać pod uwagę groźbę nie wywiązania się z nałożonych na jednostki samorządu terytorialnego zadań o charakterze publicznym, zadania realizowania komunikacji lokalnej na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój, czyli miasta bardzo mocno uzależnionego od funkcjonowania tej komunikacji, z dużą ilością wymaganego taboru autobusowego i to taboru o określonej jakości.

*Dodatkowo należy podkreślić fakt komplikujący wybór przewoźnika, tj. że od roku 2014, zaczął na terenie MZK [także więc na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój] funkcjonować system elektroniczny realizowany w ramach projektu unijnego pod nazwą "Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi" w skład którego wchodziło między innymi ponad **300** sztuk kasowników, ponad **240** sztuk kamer monitoringu oraz ponad **60** sztuk komputerów pokładowych, w autobusach obsługujących sam rejon miasta Jastrzębie-Zdrój.*

Zarząd MZK uznał, że ustawodawca dając pewną swobodę Zamawiającemu, w określonej sytuacji [a taka sytuacja zdaniem Zarządu wystąpiła] przy zachowaniu reguł pełnej transparentności i zachowaniu należytej staranności, mógł udzielić zamówienia z pominięciem ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznał także, że niemożliwym jest w tak krótkim czasie wybrać skutecznie przewoźnika posiadającego w tak dużej ilości wymagany tabor autobusowy oraz odpowiedną ilość przeszkolonych kierowców wraz z odpowiednim personelem obsługi. Bardzo istotna była tutaj także konieczność zamontowania w autobusach elementów ww. systemu elektronicznego i zintegrowania tych urządzeń w ramach Systemu.

*Podsumowując zastosowanie procedury przetargu ograniczonego nie dawało gwarancji wyboru przewoźnika gwarantującego szybką realizację tak olbrzymiego zadania przewozowego bowiem zadanie należało rozpocząć prawie natychmiast i z obsługą wszystkich **33** linii. Zdaniem Zarządu MZK istniało realne zagrożenia braku obsługi pasażerów w całym rejonie miasta Jastrzębie-Zdrój liczącym ponad **90** tysięcy mieszkańców.*

Zlecając zadanie przedsiębiorstwu PKM wzięto pod uwagę następujące fakty:

- *zapewnienie dla miasta Jastrzębie-Zdrój **ciągłości** obsługi jego mieszkańców,*
- *natychmiastową realizację obsługi wszystkich linii,*

- *posiadanie pełnego zaplecza technicznego do realizacji tego zadania w postaci autobusów i załogi,*
- *doświadczenie realizacji komunikacji na terenie Miasta, co nie jest bez znaczenia w sytuacji prawie natychmiastowej realizacji linii komunikacji zbiorowej.*
- *każdy inny przewoźnik zmuszony byłby do zorganizowania się a co najważniejsze do zakupu ponad **60** sztuk dodatkowego taboru,*
- *bardzo duże komplikacje z wprowadzeniem elementów Systemu elektronicznego a co za tym idzie, możliwość niedochowania późniejszych terminów zakończenia i wdrożenia tego Systemu w całości.*

*Analizując koszty nowej umowy zastosowano dla tego przewoźnika (PKM) stawkę rozliczeniową z poprzedniej procedury przetargowej – tj. stawkę zakwestionowaną przez KIO jako **rażąco niską**. Pozwoliło to na zminimalizowanie kosztów. Reasumując należy jednoznacznie stwierdzić, iż istniało bardzo poważnie zagrożenie braku pełnej realizacji przez MZK zadań publicznych, gdyż niemożliwym było szybkie wyłonienie Wykonawcy spełniającego wszystkie w/w wymogi i to wymogi konieczne do zastosowania w bardzo szybkim czasie".*

W odniesieniu do cytowanych powyżej wyjaśnień kontrolujący podnoszą, że przypadek bezpośredniego zawarcia umowy, o jakim mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 „uptz", dotyczący sytuacji nadzwyczajnej, wystąpienia zakłócenia w świadczeniu usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego lub bezpośredniego ryzyka powstania takiej sytuacji zarówno z przyczyn zależnych, jak i niezależnych od operatora, o ile nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zawarcia umowy o świadczenie publicznego transportu zbiorowego, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 10 ust.1 „uPzp" podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

Niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy Pzp przy stosowaniu trybów przetargowych, które rozpoczynają się ogłoszeniem o zamówieniu musi być następstwem sytuacji, która w aspekcie czasowym nie jest możliwa do zrealizowania, co oznacza, że Zamawiający ma mniej czasu na udzielenie zamówienia niż czasu niezbędnego dla prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych ogłoszeniem i nie może zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.

W przypadku gdyby Organizator publiczny zorganizował w opisywanym przypadku przetarg nieograniczony o wartości zamówienia równej lub przekraczającej próg unijny

to termin składania ofert nie mógł być krótszy niż 40 lub 47 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej drogą elektroniczną [art. 43 ust. 2 pkt 1 „uPzp"].

Nie zachodziłaby tutaj natomiast możliwość skrócenia terminu składania ofert na podstawie art. 43 ust. 3 „uPzp", gdyż wstępne ogłoszenia informacyjne o planowanych wysłane przez Organizatora publicznego do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej nie spełniają wymogów, o których mowa w tym przepisie, tj.:

— ogłoszenie wstępne pod nr 2013/S 012-015418 z dnia 17 stycznia 2013 r.

— ogłoszenie wstępne pod nr 2014/S 090-156176 z dnia 10 maja 2014 r.

Mając na uwadze, że termin standstill [okres zawieszający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego] w przypadku zamówień których wartość jest równa lub przekracza próg unijny nie mógł być krótszy niż 10 dni, licząc od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty należy uznać, że Organizator publiczny rzeczywiście nie mógł zachować terminów określonych dla trybu przetargu nieograniczonego.

Odrębną kwestią jest natomiast rozważenie, czy ten okres 47 dni, o którym mowa powyżej byłby zbyt krótkim terminem na przygotowanie i przeprowadzenie innego podstawowego trybu udzielenia zamówienia publicznego, tj. przetargu ograniczonego.

Zgodnie z obowiązującym wówczas przepisem art. 49 ust. 2 „uPzp": jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza próg unijny to termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym nie może być krótszy niż 30 lub 37 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, drogą elektroniczną lub w inny sposób.

Jednakże ze względu na „pilną potrzebę udzielenia zamówienia" Zamawiający mógł wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, jednak nie krótszy niż 10 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, drogą elektroniczną [art. 49 ust. 3 „uPzp"].

Ponadto zgodnie z obowiązującym wówczas przepisem art. 52 ust. 2 „uPzp": jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza próg unijny, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

Przy czym, jeżeli jednak wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 oraz jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert, nie krótszy niż 10 dni [art. 52 ust. 4 „uPzp"].

Mając na względzie, orzecznictwo oraz doktrynę i kierunek interpretacji przepisów ustawy Pzp przez „pilną potrzebę udzielenia zamówienia" należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. "Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska" [G. Wicik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 362].

Skoro więc - jak wykazał Zamawiający – w opisywanym przypadku zachodziła potrzeba zapewnienia ciągłości działań w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie miasta Jastrzębie Zdrój oraz gmin ościennych to brak ich zapewnienia faktycznie spowodowałby zaistnienie nie tylko, że nieprzewidywalnych, ale i negatywnych dla tego właśnie interesu okoliczności.

W niniejszym stanie faktycznym okoliczność ta zatem istotnie wystąpiła. Tym bardziej, że zależność powstania przyczyny „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia" od Zamawiającego ma tutaj charakter zobiektywizowany [zasadne unieważnienie uprzednio prowadzonych dwóch kolejnych przetargów nieograniczonych, ze względu na brak możliwości finansowych Zamawiającego] i nie jest zawiniona przez samego Zamawiającego.

Natomiast termin standstill [okres zawieszający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego] w przypadku zamówień których wartość jest równa lub przekracza próg unijny nie może być krótszy niż 10 dni, licząc od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W ocenie kontrolujących, Zamawiający nie przedstawił zatem dowodów, aby wykazać faktycznej niemożności zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przy zastosowaniu podstawowego trybu udzielenia zamówienia, tj. przetargu ograniczonego, mając na uwadze „pilną potrzebę udzielenia zamówienia".

Wyartykułowana bowiem przez Zamawiającego motywacja odstąpienia w opisywanym przypadku od wyboru operatora w wyniku przeprowadzenia podstawowego trybu udzielenia zamówienia publicznego, tj. przetargu ograniczonego, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2013.907 ze zm.) nie przekonuje. To na Zamawiającym spoczywa natomiast ciężar udowodnienia, że faktycznie istnieją wyjątkowe okoliczności uzasadniające odstępstwo od udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Obiektywnie należy stwierdzić, że Zamawiający miał więcej czasu [47 dni] na udzielenie zamówienia niż czasu niezbędnego dla prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego [30 dni oraz czas niezbędny na weryfikację wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert] i mógł zachować terminy określone dla tej właśnie procedury przetargowej.

Tym samym, uznać należy, że zastosowanie przez Zamawiającego instytucji tzw. bezpośredniego zawarcia umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego Nr 4/POK/3/2014 z dnia 28 marca 2014 r. nastąpiło z naruszeniem przepisów:

— art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2011 r. Nr 5 poz. 13 ze zm.) oraz

— art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2013.907 ze zm.).

Ad. 4

POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO - ZWIEŃCZONE ZAWARCIEM UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NR 02/POK/01/2015 Z DNIA 3 MARCA 2015 r.

Postępowanie NR MZK/POK/01/2014

Na podstawie uchwały Nr 28/IX/2014 Zarządu MZK w Jastrzębiu Zdroju z dnia 19 września 2014 r. uchwalono:

— rozpocząć procedurę w trybie przetargu nieograniczonego na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie – Zdrój i gmin ościennych"*

— przyjąć SIWZ dla ww . postępowania oraz

— powołać komisję przetargową w sześcioosobowym składzie.

Zgodnie z regulaminem pracy komisji przetargowej, stanowiącym załącznik nr 2 do uchwały Zarządu MZK Nr 28/IX/2014 z dnia 19.09.2014 r.: *„Komisja przetargowa powołana została do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert [...]"*.

Zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych, o którym mowa w przepisie art. 13 „uPzp". Wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 090-156176 w dniu 10 maja 2014 r.

Zgodnie z protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wartość opisywanego zamówienia została ustalona „w dniu 22.08.2014 r." na kwotę **207.730.000,00 zł netto** [co stanowi równowartość kwoty **49.168.027,65 euro**, gdyż średni kurs złotego w stosunku do euro - stanowiący podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych, zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. Dz.U.2013.1692 – wynosi 4,2249 zł].

Jedynym kryterium oceny ofert ustalono cenę usługi przewozowej – 100%. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego żądał wniesienia wadium w wysokości 2.200.000,00 zł. Natomiast termin wykonania zamówienia [świadczenia usług przewozowych] określono na: 10 lat, licząc od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych. Zakładany termin rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych określony został na dzień 1 maja 2015 r.

Okres związania ofertą wyznaczono na 90 dni [czyli do dnia 22 marca 2014 r. włącznie]. Pierwotny termin składania ofert wyznaczono na dzień 19 listopada 2014 r. do godz. 12:00. Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych i częściowych.

Kwota wartości tego zamówienia [wartość szacunkowa zamówienia] przesądziła o obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu na usługi w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co Zamawiający uczynił w dniu 10.10.2014 r. pod nr 2014/S 195-345103.

Stwierdzono, że treść ww. ogłoszenia o zamówieniu 2014/S 195-345103 zawiera następujące warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

— sekcja III.2.2) Zdolność ekonomiczna i finansowa: *„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów: Wykonawcy którzy posiadają:*

- *środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1.500.000,00 zł przy założeniu, że środki finansowe i zdolność kredytowa mogą być sumowane do wskazanej wysokości, a zdolność kredytowa to możliwość uzyskania nowego kredytu we wskazanej wysokości, przy uwzględnieniu wcześniej zaciągniętych zobowiązań kredytowych*
- *polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej o sumie ubezpieczenia nie mniejszej od 1.500.000 PLN".*

— sekcja III.2.3) Kwalifikacje techniczne: *„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów: Licencję na wykonywanie transportu*

drogowego w zakresie przewozu osób, wydaną na podstawie ustawy z dnia 6.09.2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. z 2007 r. Nr 125 poz. 874 ze zm.) obejmująca obszar zamówienia".

Tym samym cytowane powyżej ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 195-345103 nie zawierało następujących warunków udziału w postępowaniu tzw. podmiotowych pozytywnych, które zostały postawione [określone] w treści specyfikacji istotnych warunków dla niniejszego przetargu nieograniczonego [rozdz. V]:

— pkt. 1 lit.b) Posiadanie wiedzy i doświadczenia – *„tj. Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lata przed upływem terminu składania ofert lub w tym okresie jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują co najmniej 1 usługę wykazującą spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia [tzn. usługę polegającą na świadczeniu usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na podstawie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym wydanych zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym lub innych równoznacznych dokumentów wydanych poza granicą Polski przez odpowiednie instytucje] w liczbie co najmniej 2.500.000 wozokilometrów rocznie*
UWAGA: Warunek ten będzie spełniony również jeżeli Wykonawca wykaże się realizacją kilku usług na podstawie kilku umów, jeżeli usługi te łącznie w okresie rocznym spełniają warunek ilościowy wynoszący 2.500.000 wozokilometrów

— pkt. 1 lit. c) Dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym, *„bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – tj. Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 szt. w tym co najmniej 4 szt. autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać – zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 7 do SIWZ".*

Natomiast z art. 38 ust. 4a, art. 12a ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 „uPzp" należy wyprowadzić normę nakazującą Zamawiającemu zgodność postanowień SIWZ z treścią opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu. Obowiązek Zamawiającego dotyczący zapewnienia zgodności treści SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem uznać za równe traktowanie wykonawców

sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na odmiennych zasadach, opierając się jedni na treści SIWZ, inni na treści ogłoszenia.

Zamawiający w celu ujednolicenia treści ogłoszenia o zamówieniu z treścią SIWZ dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu [opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 195-345103] poprzez przekazanie w dniu 23 października 2014 r. Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania [nr 2014/S 207-366835], które zawiera brakujące warunki udziału w postępowaniu w sekcji III.2 w następującym brzmieniu:

— posiadania wiedzy i doświadczenia - *„tj. Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lata przed upływem terminu składania ofert lub w tym okresie, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują co najmniej 1 usługę wykazującą spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia [tzn. usługę polegającą na świadczeniu usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na podstawie zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów osób w krajowym transporcie drogowym wydanych zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym lub innych równoznacznych dokumentów wydanych poza granicą Polski przez odpowiednie instytucje] w liczbie co najmniej 2.500.000* ***wozokilometrów*** ***<u>rocznie</u>***
UWAGA: Warunek ten będzie spełniony również jeżeli Wykonawca wykaże się realizacją kilku usług na podstawie kilku umów, jeżeli usługi te łącznie w okresie rocznym spełniają warunek ilościowy wynoszący 2.500.000 wozokilometrów

— dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym tj. *„bazą transportową, punktem dyspozytorskim oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – tj. Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi do wykonania zamówienia, tzn. taborem w liczbie co najmniej 61 szt. w tym co najmniej 4 szt. autobusów typu C, które są niezbędne ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową, po której będą się poruszać – zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 7 do SIWZ".*

Ogłoszenie dodatkowych informacji w powyższym brzmieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 207-366835 w dniu 28 października 2014 r.

Na podstawie kolejnego ogłoszenia dodatkowych informacji, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 221-390722 z dnia 15 listopada 2014 r. Zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 5 grudnia 2014 r. do godz.

11:00 [czyli o 43 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej].

Stan rzeczy ustalony w wyniku kontroli jest taki, że wykonawca: Krzysztof Pawelec, prowadzący działalność pod firmą Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec w Biechowie wniósł w dniu 20 października 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W wyniku rozpoznania na rozprawie w dniu 4 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2177/14 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób następujący:

1. modyfikację rozdz. V pkt 1b SIWZ poprzez rezygnację z określenia „rocznie" przy parametrze ilościowym usługi

Zgodnie ze stanem faktycznym, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wskazał, iż warunek udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia określony w rozdz. V pkt 1 lit. b uzna za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [lub w krótszym okresie jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy] wykonał usługę przewozową w liczbie co najmniej 2.500.000 wozokilometrów rocznie.

Jak uznała Krajowa Izba Odwoławcza: *„[...] Oznacza to, że wykonawcy, którzy wykonują działalność przez 3 lata lub dłużej muszą wykazać, że wykonali usługi przewozowe w liczbie co najmniej 7.500.000 wozokilometrów, wykonawcy, którzy wykonują działalność przez 2 lata – 5.000.000 wozokilometrów, a wykonawcy, którzy wykonują działalność przez okres 1 roku – 2.500.000 wozokilometrów.*

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż taki sformułowany warunek narusza zasadę równego traktowania wykonawców, preferując tych wykonawców, którzy wykonują działalność w okresie krótszym".

2. modyfikację § 2 ust. 4 projektu umowy oraz usuniecie z projektu umowy postanowienia zawartego w § 14 ust. 4 lit.a
3. modyfikację rozdz. VI pkt 2 lit. e SIWZ poprzez zobowiązanie, że wykonawca będzie dysponował bazą transportową bez względu na jej lokalizację

„W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak jest podstaw do wymagania od wykonawców biorących udział w postepowaniu dysponowania bazą transportową na terenie Jastrzębia Zdroju. Zamawiający nie wykazał dlaczego, w jego przekonaniu, tylko wykonawcy

mający bazę transportową na terenie Jastrzębia- Zdroju gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający nie będzie ponosił kosztów związanych z dojazdem pojazdu do miejsca rozpoczęcia świadczenia usługi, w związku z czym wymóg posiadania takiej bazy na terenie miasta ograniczy uczciwą konkurencję, względnie spowoduje konieczność poniesienia przez wykonawcę niewspółmiernie wysokich kosztów, związanych ze zorganizowaniem bazy transportowej na terenie Jastrzębia- Zdroju".

4. wprowadzenie w załączniku nr 7 pkt 1.1 długości minimalnych pojazdów oraz wskazanie, że weryfikacja tych rozmiarów będzie przeprowadzona w odniesieniu do homologacji.

W opisywanym przypadku, wykonanie przez Zamawiającego cytowanego powyżej Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. [sygn. akt KIO 2177/14] w pkt 2-4 wymagało zmiany treści samej SIWZ i niezwłocznego przekazania tej zmiany wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ oraz zamieszczenia tej zmiany na stronie internetowej Zamawiającego [art. 38 ust. 4 „uPzp"].

Natomiast nakazana przez Krajową Izbę Odwoławczą w pkt 1 wyroku - modyfikacja warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia [rozdz. V pkt 1b SIWZ] poprzez rezygnację z określenia „rocznie" przy parametrze ilościowym usługi musiała wiązać się z wykonaniem przez Zamawiającego stosownych procedur, określonych w art. 38 ust. 4a „uPzp" i to przed upływem terminu składania ofert.

Konwalidacja czynności dokonanych przez zamawiającego w postępowaniu polegająca na dokonywaniu zmiany znaczenia treści ogłoszenia o zamówieniu lub/i SIWZ nie może bowiem następować po terminie składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istotnym jest ustalenie kontrolujących, iż Zamawiający do upływu terminu składania ofert nie zmodyfikował treści ogłoszenia o zamówieniu, a co z tym się wiąże nie mógł on skutecznie poprawić treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wadliwego [utrudniającego uczciwą konkurencję] opisu warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia.

Potwierdzeniem powyższego jest brak tutaj czynności Zamawiającego, do których był on zobligowany przepisem art. 38 ust. 4a pkt 2 „uPzp". Przepis powyższy stanowi, że jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot

Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zmiana SIWZ prowadząca do zmiany ogłoszenia o zamówieniu każdorazowo ma miejsce w przypadku, gdy zamawiający dokonuje zmiany postanowienia SIWZ, który w tożsamej lub zbliżonej postaci występuje również w ogłoszeniu o zamówieniu. Dotyczy to właśnie w szczególności postanowień dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 „uPzp".

Kontrolujący wystąpili do p. Grażyna Pocheć – Skarbnika [obecnie Głównej Księgowej] MZK w Jastrzębiu- Zdroju [której Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w ustawie] z następującym zapytaniem:

— *„Proszę wyjaśnić dlaczego Zamawiający de facto nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2177/14 i nie dokonał modyfikacji wadliwego warunku udziału w postępowaniu dot. „wiedzy i doświadczenia" poprzez obligatoryjną zmianę ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ?*
W wyroku, o którym mowa powyżej Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu modyfikację rozdz. V pkt 1b SIWZ poprzez rezygnację z określenia „rocznie" przy parametrze ilościowym, czego Zamawiający jednak nie uczynił".

W odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu- Zdroju wyjaśniła w toku czynności kontrolnych co następuje: *„[...] zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2177/14 Zamawiającemu nakazano modyfikację rozdziału V punkt 1b SIWZ poprzez rezygnację z określenia „rocznie" przy parametrze ilościowym. Zamawiający wykonał wyżej wspomniany wyrok zmieniając treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pierwotne wymaganie zostało obniżone i w wyniku tej modyfikacji o udział w postępowaniu mogły ubiegać się podmioty, które zrealizowały usługi w wymaganej ilości 2.500.000 wozokilometrów w całym okresie 3 lat przed dniem składania ofert, a nie w każdym roku tego okresu. Informacja o zmianie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 25 listopada 2014 r., przy czym dokonana zmiana była jawna i dostępna do wiadomości dla wszelkich*

potencjalnych wykonawców chcących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego".

Cytowanych powyżej wyjaśnień nie można uwzględnić. W niniejszych okolicznościach stwierdzić bowiem należy, że skoro Zamawiający nie wykonał stosownych procedur określonych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, dotyczących czynności koniecznych do modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdz. V pkt 1b to należy uznać, że modyfikacja SIWZ nie nastąpiła [np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2011 r. sygn. akt KIO 445/11].

Zważyć bowiem należy, iż modyfikacja warunków udziału w postępowania stanowi element istotnie ważny w przedmiotowym postępowaniu i niedopuszczalnym jest jego modyfikacja w treści samej SIWZ, bez obowiązkowego zamieszczenia takich zmian w Biuletynie Zamówień Publicznych lub ich publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w zależności od wartości zamówienia.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu Zdroju, której Kierownik jednostki [Zarząd] na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył na piśmie z dnia 20 października 2014 r. wszelkie czynności zastrzeżone dla Kierownika Zamawiającego, z wyłączeniem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W protokole postępowania, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie opisywanego zadania inwestycyjnego zamierza przeznaczyć kwotę **200.000.000,00 zł brutto**.

Z treści protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wynika, że do upływu terminu składania ofert złożono 3 następujące oferty:

1. Konsorcjum firm: „Meteor" sp. z o.o. z Jaworzna [lider]; Nowak Transport Benedykt Nowak Świerklaniec; F.U.H. Rzemyk Tadeusz Zbrosławice; IREX-4" sp. z o.o. Świętochłowice oraz PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec z ceną ofertową 211.502.880,00 zł brutto;
2. „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy z ceną ofertową 199.545.120,00 zł brutto;
3. Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider]; Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory; Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów; P.P.U.H Kłosok z Żor oraz A21 sp. z o.o. z Żor z ceną ofertową 209.041.560 zł brutto.

Na mocy uchwały Nr 53/XII/2014 Zarządu MZK w Jastrzębiu – Zdroju z dnia 19.12. 2014 r. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę nr 2 złożoną przez: „WARBUS" sp. z o.o. z ceną ofertową 199.545.120,00 zł brutto.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane wszystkim wykonawcom, niżej wymienionym:

— Konsorcjum firm: „Meteor" sp. z o.o. z Jaworzna [lider]; Nowak Transport Benedykt Nowak Świerklaniec; F.U.H. Rzemyk Tadeusz Zbrosławice; IREX-4" sp. z o.o. Świętochłowice oraz PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec,

— „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy,

— Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider]; Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory; Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów; P.P.U.H Kłosok z Żor oraz A21 sp. z o.o. z Żor

którzy złożyli oferty w niniejszym przetargu nieograniczonym, zgodnie z wyborem Zamawiającego, tj. faksem oraz nadane pisemnie drogą pocztową w dniu 22 grudnia 2014 r.

Zgodnie z przepisem art. 46 ust. 1 „uPzp" Zamawiający zobowiązany jest zwrócić wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza [tj. „WARBUS" sp. z o.o.] z zastrzeżeniem ust. 4a.

W wyniku kontroli ustalono, że Zamawiający w ogóle nie dokonał zwrotu wadium wykonawcom:

— Konsorcjum firm: „Meteor" sp. z o.o. z Jaworzna [lider]; Nowak Transport Benedykt Nowak Świerklaniec; F.U.H. Rzemyk Tadeusz Zbrosławice; IREX-4" sp. z o.o. Świętochłowice oraz PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec, które zostało wniesione przy ofercie nr 1 w formie oryginałów gwarancji ubezpieczeniowych:

- Nr 280000098040 z dnia 28.11.2014 r. na sumę gwarancyjną 700.000,00 zł na okres od dnia: 5.12.2014 do 6.03.2015 r.
- Nr 280000095918 z dnia 1.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 700.000,00 zł na okres od 5.12.2014. do 6.03.2015 r.
- Nr 280000097981 z dnia 1.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 800.000,00 zł na okres od 5.12.2014 r. do 6.03.2015 r.

Wg stanu na dzień kontroli, tj. 18 października 2016 r. oryginały wszystkich ww. trzech gwarancji ubezpieczeniowej znajdują się przy ofercie nr 1.

— Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider]; Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory; Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów; P.P.U.H Kłosok z Żor oraz A21 sp. z o.o. z Żor, które zostało wniesione przy ofercie nr 3 w formie oryginału gwarancji bankowej Nr 28102025280000029601368273 z dnia

5.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 2.200.000,00 zł na okres od 5.12.2014 r. do 4.03.2015 r.

Wg stanu na dzień kontroli, tj. 18 października 2016 r. oryginał ww. gwarancji bankowej znajdują się przy ofercie nr 3.

Termin "niezwłocznie", którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1, należy interpretować w ten sposób, że po spełnieniu ustawowych przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie, Zamawiający zwraca wadium bez zbędnej zwłoki, po ustaniu powodów do jego przetrzymywania, co w opisywanym przypadku miało miejsce już w dniu 30 grudnia 2013 r.

Zamawiający tym samym naruszył przepisy art. 46 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz.U.2013.907 ze zm.) gdyż niezależenie od formy, w jakiej wadium zostało wniesione [gwarancja ubezpieczeniowa, bankowa czy forma pieniężna] to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zwrotu wadiów wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Obowiązek ten obciąża Zamawiającego niezależnie od formy wniesionego wadium, jak też od tego, jakich czynności technicznych będzie musiał dokonać zamawiający w celu jego wykonania. Fakt trwałego połączenia *gwarancji* z pozostałymi dokumentami złożonymi przez wykonawcę nie zwalnia Zamawiającego z powinności zwrotu wadium - Zamawiający powinien w uzgodnieniu z wykonawcą podjąć działania zmierzające do zachowania integralności i kompletności oferty po dokonanym zwrocie wadium [np. Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 267/15].

Zamawiający nie dokonał także zwrotu wadium wykonawcy na rzecz którego udzielono niniejszego zamówienia publicznego, tj.: „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy wniesionego przy ofercie nr 2 w formie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej Nr 908200862334/WA/GP/2014 z dnia 4.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 2.200.000,00 zł na okres od 5.12.2014 do 7.03.2015 r.

Wg stanu na dzień kontroli, tj. 18 października 2016 r. oryginał ww. gwarancji ubezpieczeniowej znajdują się przy ofercie nr 2.

Stwierdzono natomiast, że umowa w sprawie zamówienia publicznego Nr 02/POK/01/2015 zwieńczająca niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta z tymże wykonawcą: „WARBUS" sp z o.o. z Warszawy w dniu 3 marca 2015 r. Zamawiający w opisywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie żądał natomiast wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Tym samym, Zamawiający naruszył przepis art. 46 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz.U.2013.907 ze zm.), który stanowi, że: *„Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano".*

Kontrolujący wystąpili do p. Grażyna Pocheć – Skarbnika [obecnie Głównej Księgowej] MZK w Jastrzębiu- Zdroju [której Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w ustawie] z następującym zapytaniem:

1. *Mając na uwadze art. 46 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 „uPzp" proszę wyjaśnić dlaczego Zamawiający w ogóle nie dokonał zwrotu wadium wykonawcom:*

— *Konsorcjum firm: „Meteor" sp. z o.o. z Jaworzna [lider]; Nowak Transport Benedykt Nowak Świerklaniec; F.U.H. Rzemyk Tadeusz Zbrosławice; IREX-4" sp. z o.o. Świętochłowice oraz PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec, które zostało wniesione przy ofercie nr 1 w formie oryginałów gwarancji ubezpieczeniowych:*

- *Nr 280000098040 z dnia 28.11.2014 r. na sumę gwarancyjną 700.000,00 zł na okres od dnia: 5.12.2014 do 6.03.2015 r.*
- *Nr 280000095918 z dnia 1.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 700.000,00 zł na okres od 5.12.2014. do 6.03.2015 r.*
- *Nr 280000097981 z dnia 1.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 800.000,00 zł na okres od 5.12.2014 r. do 6.03.2015 r.*

Wg stanu na dzień kontroli, tj. 18 października 2016 r. oryginały wszystkich ww. trzech gwarancji ubezpieczeniowej znajdują się przy ofercie nr 1.

— *Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider]; Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory; Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów; P.P.U.H Kłosok z Żor oraz A21 sp. z o.o. z Żor, które zostało wniesione przy ofercie nr 3 w formie oryginału gwarancji bankowej Nr 28102025280000029601368273 z dnia 5.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 2.200.000,00 zł na okres od 5.12.2014 r. do 4.03.2015 r.*

2. *Mając na uwadze art. 46 ust. 1a „uPzp" proszę wyjaśnić dlaczego Zamawiający nie dokonał także zwrotu wadium wykonawcy, na rzecz którego udzielono niniejszego zamówienia publicznego, tj.: „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy wniesionego przy ofercie nr 2 w formie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej*

Nr 908200862334/WA/GP/2014 z dnia 4.12.2014 r. na sumę gwarancyjną 2.200.000,00 zł na okres od 5.12.2014 do 7.03.2015 r.?

W odpowiedzi na cytowane powyżej zapytania p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu- Zdroju [obecnie Główna Księgowa] wyjaśniła w toku czynności kontrolnych co następuje: *„W odpowiedzi na zarzut braku zwrotu wadium wniesionego przez uczestników postępowań (wnoszonego w postaci gwarancji ubezpieczeniowych lub bankowych), Zamawiający potwierdza, iż na skutek przeoczenia dokumenty te nie zostały fizycznie zwrócone. Zamawiający jednak w tym miejscu wskazuje na specyficzny charakter wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej oraz na fakt, że instytucje udzielające tych gwarancji w ogóle nie żądają zwrotu dokumentów związanych z udzieleniem gwarancji uznając, że z chwilą rozstrzygnięcia przetargu (czy też jego unieważnienia) gwarancje takie tracą ważność.*

Zamawiający stoi na stanowisku, że gwarancja jest wydawana na podstawie oceny zdolności finansowej wykonawcy i za wydanie jej wnosi opłatę, która nie podlega zwrotowi nawet gdy wykonawca zwróci gwarancję przed upływem terminu jej ważności. Natomiast bank nie żąda zwrotu gwarancji ponieważ wygasa ona wraz z upływem terminu na jaki była wystawiona. Istotny jest też fakt, że Wykonawcy w żadnej mierze nie ponoszą negatywnych konsekwencji braku zwrotu dokumentu o udzieleniu gwarancji. Stąd brak jakiegokolwiek żądania Wykonawców w tej kwestii. Należy także zauważyć, iż zaniechanie zwrotu ww. dokumentów nie stanowi naruszenia mogącego skutkować odpowiedzialnością finansową zamawiającego w stosunku do Wykonawców. W takiej sytuacji brak jest bowiem możliwości naliczania odsetek z tytułu zwłoki.

Tak więc Zamawiający przyjął, że po terminie związania ofertą gwarancje te wygasły. Jak to już powiedziano żaden z Wykonawców nie zwracał się o zwrot przekazanych dokumentów. Niemniej jednak Związek zobowiązuje się do niezwłocznego zwrotu ww. dokumentów. Z inną sytuacją miałby do czynienia Zamawiający gdyby wadium było wniesione w gotówce, gdzie Zamawiający zawsze zwracał wadium w przewidzianym terminie. Takiej sytuacji jednak w przedmiotowej sytuacji nie było.

Stwierdzono, że zgodnie z regulaminem pracy komisji przetargowej [stanowiącym załącznik nr 2 do uchwały Zarządu MZK Nr 28/IX/2014 z dnia 19.09.2014 r.] do obowiązków Sekretarza Komisji Przetargowej, należało m.in.: „koordynowanie spraw związanych z wadium".

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu Zdroju, której Kierownik jednostki [Zarząd]

na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył na piśmie z dnia 20 października 2014 r. wszelkie czynności zastrzeżone dla Kierownika Zamawiającego, z wyłączeniem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odrębną kwestią jest natomiast, że na czynność Zamawiającego, polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 2 złożonej przez „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli pozostali dwaj wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie, tj:

— Konsorcjum firm: „Meteor" sp. z o.o. z Jaworzna [lider]; Nowak Transport Benedykt Nowak Świerklaniec; F.U.H. Rzemyk Tadeusz Zbrosławice; IREX-4" sp. z o.o. Świętochłowice oraz PKS Południe sp. z o.o. Świerklaniec oraz

— Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider]; Firma Przewozowa „MIKRUS" s.c. Żory; Usługi Transportowe Krzysztof Pawelec Pacanów; P.P.U.H Kłosok z Żor oraz A21 sp. z o.o. z Żor.

Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 stycznia 2015 r. sygn. akt: KIO 14/15 KIO 19/15 oddaliła oba ww. odwołania. Przy czym, z ww. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wynika m.in., że Konsorcjum Firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] winno zostać wykluczone z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 „uPzp", ze względu na to, że gwarancja wadialna [gwarancja bankowa przetargowa nr 28 1020 2528 0000 0296 0136 8273 z 5 grudnia 2014 r.] wniesiona przez tegoż wykonawcę „jest w oczywisty sposób nieprawidłowa".

Po pierwsze bowiem, *„gwarancja nie obejmuje podstaw do zatrzymania wadium zawartych w art. 46 ust. 5 i ust. 4a „uPzp" [w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu] przytoczonych również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [...].*

Zarzut zasadny jest również w zakresie ograniczenia terminu, w którym zamawiający może żądać zaspokojenia z tej gwarancji. Wskazano w niej bowiem, że żądanie wypłaty należy złożyć w siedzibie PKO BP. S.A. 1 oddz. w Tychach przy ul. Dmowskiego 27 najpóźniej do godziny 16:00 w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji, tj. 4 marca 2015 r. Dzień ten to środa, dzień roboczy.

Oczywiste jest, że chociaż sama gwarancja powinna obowiązywać do północy ostatniego dnia jej obowiązywania, w rzeczywistości żądanie zapłaty należy złożyć w godzinach otwarcia banku, czy też tej placówki banku, za pośrednictwem której zamawiający swojego roszczenia będzie dochodził, a oddziały te co do zasady nie są otwarte do północy. Jednak gwarancja ta została ograniczona tylko do godziny 16.00 podczas gdy z żadnych informacji nie wynika, że placówki PKO BP S.A. otwarte są jedynie do godz. 16.00. Zatem niekoniecznie jest to

tylko, jak twierdził przystępujący Konsorcjum PKM, wskazanie w treści gwarancji okoliczności, które i tak w rzeczywistości miałyby miejsce.

Jednak jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, ze względu na to, że oferta Konsorcjum PKM nie została uznana za najkorzystniejszą, w obecnym stanie faktycznym naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania i nie będzie go miało do chwili uznania tej oferty za najkorzystniejszą. Zatem zgodnie z art. 192 ust. 2 „uPzp" KIO uznała, że *„nie ma powodów do uwzględniania odwołania i nakazywania zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania".*

Wykonawca Konsorcjum firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider] wniósł skargę do Sądu Okręgowego w Gliwicach Wydział X Gospodarczy od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 14/15 i KIO 19/15.

Skarżący wnosił o:

— zmianę wyroku KIO w zakresie odwołania w sprawie KIO 19/15 poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z postępowania WARBUS sp. z o.o. z uznaniem jej oferty za odrzuconą oraz odrzucenie oferty WARBUS sp. z o.o.

— unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdyby do czasu rozpoznania skargi Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W wyroku z dnia 16 czerwca 2015 r. sygn. akt X Ga 84/15/ za X Ga 85/15/za Sąd Okręgowy w Gliwicach X Wydział Gospodarczy oddalił ww. skargę wniesioną przez Konsorcjum firm: PKM sp. z o.o. Jastrzębie Zdrój [lider].

Odrębną kwestią jest natomiast, że na czynność Zamawiającego polegająca na wyborze polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 2 złożonej przez „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy oraz zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 „uPzp" odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej [pismo z dnia 31 grudnia 2014 r.] wniósł także wykonawca: ASKA Joanna Kałek z siedzibą w Żorach.

Wykonawca ten podnosił, m.in. że: *„Zamawiający w wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie KIO 2177/14 dokonał modyfikacji warunków podmiotowych w zakresie wiedzy i doświadczenia zmieniając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że dotychczasowe wymagania wykonania usługi lub usług w ilości 2.500.000 wozokilometrów pozbawiono parametru „rocznie". Wymaganie zostało więc obniżone i w wyniku tej modyfikacji o udział w postępowaniu mogły*

ubiegać się podmioty, które zrealizowały usługi w tej ilości w całym okresie 3 lat przed terminem składania ofert, a nie w każdym roku tego okresu. Zmiana w treści SIWZ nie znalazła jednak odzwierciedlenia w zmianie ogłoszenia o zamówieniu.

Na skutek powyższej zmiany Odwołujący stał się podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie zamówienia. Uzyskane przez Odwołującego doświadczenie w świadczeniu usług komunikacji pasażerskiej nie pozwalało na ubieganie się o udzielenie zamówienia przy utrzymującym się parametrze wymaganych 2.500.000 wzkm rocznie przez okres 3 lat, jednak gdy wymóg ten złagodzono do 2.500.000 wzkm w okresie 3 lat, Odwołujący mógłby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący śledząc ogłoszenie o zamówieniu w branży komunikacyjnej z przeglądu tych ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie uzyskał z tego źródła informacji o złagodzeniu wymagań Zamawiającego.

[...] Zaniechanie publikacji zmian ogłoszenia o zamówieniu w takim zakresie w jakim dopuścił się tego Zamawiający, należy ocenić jako poważne naruszenie przepisów ustawy, a jego potencjalny wpływ na wynik postępowania jako istotny [...]".

Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza w Postanowieniu z dnia 23 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 20/15 postanowiło o odrzuceniu odwołania, o którym mowa powyżej. Izba bowiem stwierdziła, że: *„[...] Do tego rodzaju zarzutu zastosowanie ma art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujący na termin wniesienia odwołania. Zgodnie z jego treścią odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, tzn. odwołujący taką wiadomość powziął lub mógł powziąć. Są tu więc dwie okoliczności – powzięcie wiadomości i możliwość takiego powzięcia, nawet gdy jej nie powzięto.*

[...] Odwołujący dowiedział się o czynności zamawiającego dokonanej z naruszeniem przepisów 5 grudnia 2014 r., czyli w dniu upływu terminu składania ofert. Jednak odwołujący uznał tę chwilę za przedwczesną na złożenie odwołania i uznał, że termin ten zaczął biec dopiero 22 grudnia 2014 r. Przepis art. 182 ust. 3 „uPzp" odwołuje się do chwili uzyskania przez wykonawcę informacji lub obiektywnej możliwości takiego uzyskania, a nie jakichś innych okoliczności wskazujących na chwilę rozpoczęcia biegu terminu. Tym samym, nie ma

podstaw, by bieg terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania liczyć od 22 grudnia 2014 r."

Kontrolujący wystąpili do p. Grażyna Pocheć – Skarbnika [obecnie Głównej Księgowej] MZK w Jastrzębiu- Zdroju [której Kierownik Zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 „uPzp" powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności w ustawie] z następującym zapytaniem:

— *„Proszę wyjaśnić dlaczego Zamawiający zaniechał unieważnienia niniejszego przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 146 ust. 6 „uPzp", skoro jeszcze w toku samego postepowania o udzielenie zamówienia publicznego [tj. przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r.] Zamawiający musiał być świadomy niemożliwą do usunięcia wadliwością prowadzonego przez siebie przetargu nieograniczonego, która uniemożliwiała zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego?"*

W odpowiedzi na cytowane powyżej pytanie p. Grażyna Pocheć – Skarbnik [obecnie Główna Księgowa] MZK w Jastrzębiu- Zdroju wyjaśniła w toku czynności kontrolnych co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast zgodnie z przepisem art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Tak więc powołane wyżej przepisy dotyczą unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a nie zmian tego ogłoszenia. Stanowisko takie potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz jednolite stanowisko przedstawicieli doktryny.

I tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 299/15: „1. Treść art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) odnosi się do sytuacji, w której zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie

przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (w zależności od tego, w którym publikatorze miał obowiązek takie ogłoszenie zamieścić). Przesłanka ta dotyczy więc ogłoszenia o zamówieniu, przez które to pojęcie rozumie się ogłoszenie o wszczęciu postępowania, a nie jakiekolwiek ogłoszenie, do którego zamieszczenia zamawiający jest zobowiązany - pomimo że już sama ustawa przewiduje kilka rodzajów ogłoszeń, łącznie ze wstępnymi ogłoszeniami informacyjnymi o planowanych zamówieniach. Tym samym ustawodawca celowo zawęził sankcje związane z unieważnieniem umowy jedynie do braku ogłoszenia o zamówieniu i to w ograniczonym zakresie, bo jedynie w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (tylko z powodu nieprzekazania temu urzędowi ogłoszenia). Zatem sankcją taką nie byłby objęty nawet brak ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej i w siedzibie zamawiającego, a także w Biuletynie Informacji Publicznej."

Ponadto w komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod red. Jerzego Pieroga („Prawo zamówień publiczny. Komentarz. Jerzy Pieróg. Rok wydania: 2015. Wydawnictwo: C.H.Beck. Wydanie: 13) wyjaśniono, że: „1. Konieczność dokumentowania ogłoszeń. Unieważnienie umowy następuje w przypadku niezamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP lub nieprzekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dz.Urz. UE. Traktuje się to jako poważne ograniczenie czy wręcz wyeliminowanie konkurencyjności postępowania. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 12 ust. 3 PrZamPubl zamawiający jest obowiązany udokumentować zamieszczenie ogłoszenia lub jego publikację poprzez przechowywanie odpowiednich dowodów. Dlatego w przypadku ogłoszenia w Dz.Urz. UE nie wydaje się, aby wystarczające było dokumentowanie samego przekazanie ogłoszenia. Należy też sprawdzić i udokumentować jego publikację. Zapis zawarty w art. 146 ust. 1 pkt 2 odnośnie do tego ogłoszenia wydaje się niewłaściwy.

2. Ograniczenie sankcji. Sankcją unieważnienia zagrożone jest tylko niezamieszczenie ogłoszenia w odpowiednich organach publikacyjnych. Sankcja ta nie obejmuje natomiast niezamieszczenia ogłoszenia w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej (art. 40 ust. 1).

3. Ogłoszenie o zamówieniu. Możliwość unieważnienia umowy dotyczy tylko ogłoszenia o zamówieniu. Nie odnosi się to do innych ogłoszeń, które także zamieszcza się (publikuje) w odpowiednich organach publikacyjnych (wstępne ogłoszenie informacyjne, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia)." Również słusznie zdaniem Zamawiającego w komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod red. Włodzimierza Dzierżanowskiego („Prawo zamówień publiczny. Komentarz." Włodzimierz Dzierżanowski. Rok wydania: 2014 Wydanie: IV)

wskazano: „Druga z przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego odnosi się do sytuacji, w której ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Przepis wyraźnie stanowi, iż o możliwości unieważnienia umowy przesądza jedynie niedopełnienie obowiązków publikacyjnych związanych z zamieszczeniem lub opublikowaniem ogłoszenia w urzędowych publikatorach (Biuletyn Zamówień Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej). Zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie zamawiającego lub na stronie internetowej (por. np. art. 40 ust. 1), chociaż stanowi naruszenie ustawy, to jednakże nie jest przesłanką unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej po tak przeprowadzonym postępowaniu. Możność unieważnienia umowy została ograniczona wyłącznie do zaniechania zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia o zamówieniu, czyli ogłoszenia rozpoczynającego postępowanie w trybach przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Ogłoszenie o zamówieniu jest normatywnie zakreśloną kategorią ogłoszeń, wyraźnie odróżnioną od innych rodzajów ogłoszeń wskazanych w ustawie. Zaniechanie publikacji innych rodzajów ogłoszeń, np. wstępnego ogłoszenia informacyjnego czy też ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, nie rodzi opisywanej sankcji."

Co więcej należy zauważyć, iż Krajowa Izba Odwoławcza powzięła informację o wyżej wspomnianych okolicznościach w związku ze złożonym odwołaniem z dnia 31 grudnia 2014 r. przez Joannę Kałek prowadzącą działalność gospodarczą jako „ASKA" Joanna Kałek. Krajowa Izba Odwoławcza do przedstawionych zarzutów jednakże się nie przychyliła. Doszło zatem do kontroli przedmiotowego postępowania Zamawiającego zarówno przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i późniejszej kontroli sądowej (na skutek złożonej skargi na rozstrzygnięcie KIO przez jednego z wykonawców).

W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Odnosząc się do cytowanych wyjaśnień kontrolujący podnoszą, że art. 93 ust. 1 pkt 7 „uPzp" przewiduje unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomiędzy wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność.

Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 146 ust. 1 i 6 „uPzp", i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. "wadę postępowania" [art. 93 ust. 1 pkt 7 „uPzp"].

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 „uPzp" może nastąpić jedynie w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, tj. takich, które skutkują, że zawarta umowa obarczona będzie nieważnością, albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania, w szczególności niedoskonałości dokumentu, jakim jest SIWZ lub ogłoszenie o zamówieniu muszą mieć charakter takich, których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności, czy sprzeczności zawartych w nich postanowień.

Przepis art. 146 ust. 6 „uPzp", w przeciwieństwie do art. 146 ust. 1 „uPzp", nie stwierdza w sposób definitywny, że umowa podlega unieważnieniu, lecz przewiduje uprawnienie do fakultatywnego żądania jej unieważnienia. Następnie, przepis ten wymaga zaistnienia czynności lub zaniechań, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Obniżenie progu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma niebagatelny wpływ na krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na charakter warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy uznać, że jego zmiana bez wymaganego upublicznienia w postaci publikacji w Dzienniku Urzędowym UE mogła wywrzeć wpływ na wynik postępowania. Nie można co prawda zakładać, że zamówienie uzyskałby jeden z wykonawców tego poszerzonego kręgu wykonawców, ale też ustalenie takie nie jest niezbędne dla stwierdzenia o wpływie naruszenia jakiego dopuścił się Zamawiający na wynik postępowania, gdyż wystarczającym jest tutaj uznanie o potencjalnej możliwości wywarcia takiego wpływu.

Zgodnie bowiem z art. 146 ust. 6 „uPzp" umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać unieważniona w przypadku zaniechania czynności Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy, które wystarczy że mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jak miało to miejsce w opisywanym przypadku.

Także argumentacja Głównego Księgowego MZK, zaprezentowana w cytowanych powyżej wyjaśnianiach, jakoby *„Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do*

przedstawionych zarzutów Odwołującego „ASKA" Joanna Kałek" wynikać może wyłącznie z niezrozumienia zasad orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zarzut zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podniesiony w rzeczonym odwołaniu przez „ASKA" Joannę Kałek nie został - bo też nie mógł być - merytorycznie rozpoznany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołanie to bowiem podlegało odrzuceniu [nie zaś oddaleniu] zgodnie z art. 189 ust 2 pkt 3 „uPzp", gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Stwierdzono, że wg stanu na dzień zakończenia kontroli, tj. 19 października 2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wszczął i nie przeprowadził kontroli zamówienia publicznego Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r.

Udzielenie zamówienia publicznego

Zgodnie z umową w sprawie zamówienia publicznego Nr 02/POK/01/2015 z dnia z 3 marca 2015 r. zawartą pomiędzy p. Danielem Wawrzyczkiem – Zastępcę Przewodniczącego Zarządu oraz p. Benedyktem Lanuszny – Członkiem Zarządu Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, a wybranym wykonawcą: WARBUS sp. z o.o. z Warszawy strony umówiły się o cenę za 1 wozokilometr netto:

— typ taboru A – 5,34 zł plus podatek VAT
— typ taboru B – 5,34 zł plus podatek VAT
— typ taboru C – 5,34 zł plus podatek VAT.

Strony ustaliły termin realizacji umowy na usługi przewozowe na okres 10 lat od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych, tj. od dnia 1 maja 2015 r.

Zgodnie z § 4 umowy Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r. Wykonawca może powierzyć wykonanie przewozu innym przewoźnikom na całej przestrzeni przewozu lub jej części, jednakże ponosi odpowiedzialność za ich czynności jak za swoje własne. Wykonawca „WARBUS" Sp. z o.o. z Warszawy zawarł z PKM sp. z o.o. z Jastrzębia-Zdroju umowę o podwykonawstwo z dnia 12.03.2015 r.

W okresie od 01.05.2015 r. do 31.03.2016 r. PKM Sp. z o.o. z Jastrzębia-Zdroju wykonywała 100% zadań przewozowych wynikających z umowy przetargowej za cenę

o 1 grosz niższą, niż firma „WARBUS" Sp. z o.o. z Warszawy uzyskała w przetargu, tj. za 5,33 zł netto.

Zgodnie z zawartą umową cesji wierzytelności z dnia 12.03.2015 r. PKM sp. z o.o. z Jastrzębia-Zdroju otrzymywała zapłatę za wykonane usługi bezpośrednio od MZK Jastrzębie. Za okres od 01.05.2015 r. do 31.03.2016 r. firma „WARBUS" sp. z o.o. z Warszawy otrzymywała zapłatę za wykonane wozokilometry przemnożone przez stawkę wynoszącą 1 grosz.

Od dnia 01.04.2016 r. PKM Sp. z o.o. z Jastrzębia-Zdroju wykonuje 50% zadań przewozowych obejmujących obszar miasta Jastrzębia-Zdroju i gmin ościennych. Wzajemne rozliczenia są prowadzone pomiędzy wykonawcą firmą „WARBUS sp. z o.o. z Warszawy i podwykonawcą PKM Sp. z o.o. z Jastrzębia-Zdroju.

Pytania wraz z wyjaśnieniami stanowią **załącznik nr 1** do protokołu kontroli.

Wykaz akt kontroli AK 612/7/16/II stanowi **załącznik Nr 2** do protokołu kontroli.

III.ROZLICZENIE WYDATKÓW Z TYTUŁU USŁUG KOMUNIKACYJNYCH

Rozliczenie umowy na usługę pn. „Świadczenie autobusowych usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmujących obszar MZK z Jastrzębiu – Zdroju środkami komunikacji zbiorowej".

Zadanie zostało zrealizowane ze środków własnych Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju. Środki finansowe na wykonanie usługi zostały zaplanowane *w dziale 600 – „Transport i łączność", rozdział 60004 – „Lokalny transport zbiorowy", § 4300 – „Zakup usług pozostałych"* i 4530 – „Podatek od towarów i usług (VAT)".

Umowa Nr 02/POK/01/2015 została zawarta w dniu 3 marca 2015 r. pomiędzy firmą WARBUS Sp. z o. o. a MZK w Jastrzębiu – Zdroju. Usługi przewozowe świadczone będą przez 10 lat licząc od dnia Rozpoczęcia świadczenia usług, tj. od 1 maja 2015 r. do 30 kwietnia 2025 r. Umowę podpisał ze strony MZK p. Daniel Wawrzyczek – były Zastępca Przewodniczącego Zarządu MZK oraz p. Benedykt Lanuszny – były Członek Zarządu Dyrektor Biura Związku przy kontrasygnacie p. Grażyny Pocheć – Głównego Księgowego Związku. Wykonawca z tytułu realizacji przedmiotu umowy Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r. wystawił miesięczne faktury. Zgodnie z ww. umową termin płatności 21 dni od dnia jej otrzymania przez Zamawiającego. Do ww. umowy zawarto w dniu 18 kwietnia 2016 r. Aneks Nr 8 dotyczący zmiany warunków płatności na okres od 1 kwietnia

2016 r. do 31 grudnia 2016 r. poprzez zmianę w zapisie § 9 pkt. 7 przedmiotowej umowy, który otrzymuje brzmienie: *„Faktura VAT wystawiona przez Wykonawcę płatna jest w terminie do **8 dnia** następnego miesiąca od daty jej otrzymania przez Zamawiającego”.* Aneks podpisał p. Daniel Wawrzyczek – Przewodniczący Zarządu MZK oraz p. Wiesław Janiszewski – Zastępca Przewodniczącego Zarządu MZK.

W dniu 12 marca 2015 r. zawarto umowę cesji wierzytelności przyszłych pomiędzy WARBUS Sp. z o. o. a Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o. oraz MIKRUS Firma S.C. na okres od 1 maja 2015 do 31 marca 2016 r. W dniu 12 marca 2015 r. została zawarta umowa o Podwykonawstwo pomiędzy firmą WARBUS Sp. z o. o. a Konsorcjum Firm: PKM Sp. z o. o. oraz MIKRUS Firma S.C. w celu części usług będących przedmiotem Umowy przewozu. Umowa została zawarta na 10 lat tj., od dnia 1 maja 2015 r. do dnia 30 kwietnia 2025 r. W dniu 11 marca 2015 r. zawarto Umowę Konsorcjum NR 1/2015 pomiędzy PKM Sp. z o. o. a MIKRUS Sp. z o. o. w celu wspólnego wykonywani Umowy Podwykonawstwa na świadczenie ww. usług. Umowa została zawarta na czas oznaczony, tj. od dnia jej podpisania do 30 kwietnia 2025 r. W dniu 15 czerwca 2015 r. zawarto Aneks dotyczący zmiany postanowień umowy cesji wierzytelności przyszłych.
Faktury wystawione w okresie od maja 2015 r. do marca 2016 r. były wystawione zgodnie z umową Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r. oraz w wysokości zgodnie z umową cesji wierzytelności przyszłych z dnia 12 marca 2015 r., tj. różnica pomiędzy przelaną kwotą wynikającą z faktury VAT wystawionej na zasadach ogólnych, a przelaną kwotą wynikająca z faktury zaliczkowej VAT za dany miesiąc. Faktury wystawione w okresie od kwietnia 2016 r. do września 2016 r. były płacone w całości Wykonawcy.

W toku kontroli ustalono, że Międzygminny Związek Komunikacyjny regulował faktury po terminie płatności. Dotyczy to niżej wymienionych faktur:

- ✓ faktura VAT nr 131/07/2015 z dnia 3 sierpnia 2015 r. na kwotę 1.623.405,09 zł (za miesiąc lipiec). Faktura wpłynęła do Biura MZK w dniu 5 sierpnia 2015 r. Zapłacono kwotę 3.040,08 zł w dniu 27 sierpnia 2015 r. – dzień po terminie płatności (WB 169 z dn. 27.08.2016 r.) przeksięgowanie zgodnie z umową cesji wierzytelności przyszłych – dotyczy kontrahenta.
- ✓ faktura VAT nr 125/06/2016 z dnia 1 lipca 2016 r. na kwotę 1.679.328,70 zł (za miesiąc czerwiec). Faktura wpłynęła do Biura MZK w dniu 5 lipca 2016 r. Zapłacono w dniu 26 lipca 2016 r. kwotę 889.328,70 zł (rozliczono VAT – WB 143 z dn. 26.07.2016 r.), w dniu 27 lipca 2016 r. kwotę 120.000,00 zł (WB 144 z dn. 27.07.2016 r.), w dniu 2 sierpnia 2016 r. kwotę 85.000,00 zł oraz kwotę 40.000,00 zł

(WB 148 z dn. 02.08.2016 r.), w dniu 4 sierpnia 2016 r. kwotę 45.000,00 zł (WB 150 z dn. 04.08.2016 r.), w dniu 8 sierpnia 2016 r. kwotę 100.000,00 zł (WB 152 z dn. 08.08.2016 r.) oraz dniu 10 sierpnia 2016 r. kwotę 175.000,00 zł, tj. 2 dni po terminie (WB 154 z dn. 10.08.2016 r.) i w dniu 11 sierpnia 2016 r. kwotę 125.000,00 zł, tj. 3 dni po terminie (WB 155 z dn. 11.08.2016 r.).

- ✓ faktura VAT nr 148/07/2016 z dnia 1 sierpnia 2016 r. na kwotę 1.527.568,88 zł (za miesiąc lipiec). Faktura wpłynęła do Biura MZK w dniu 2 sierpnia 2016 r. Zapłacono w dniu 23 sierpnia 2016 r. kwotę 727.568,88 zł (WB 162 z dn. 23.08.2016 r.), w dniu 30 sierpnia 2016 r. kwotę 150.000,00 zł (WB 167 z dn. 30.08.2016 r.), w dniu 31 sierpnia 2016 r. kwotę 130.000,00 zł (WB 168 z dn. 31.08.2016 r.), w dniu 5 września 2016 r. kwotę 150.000,00 zł (WB 171 z dn. 05.09.2016 r.), w dniu 8 września 2016 r. kwotę 315.000,00 zł (WB 174 z dn. 08.09.2016 r.) oraz w dniu 9 września 2016 r. kwotę 55.000,00 zł – dzień po terminie (WB 175 z dn. 09.09.2016 r.).
- ✓ faktura VAT nr 170/08/2016 z dnia 1 września 2016 r. ma kwotę 1.567.139,24 zł (za miesiąc sierpień). Faktura wpłynęła do Biura MZK w dniu 2 września 2016 r. Zapłacono w dniu 3 października 2016 r. kwotę 1.100.000,00 zł (rozliczono VAT – WB 191 z dn. 03.10.2016 r.) oraz w dniu 5 października 2016 r. kwotę 167.139,24 zł (WB 193 z dn. 05.10.2016 r.), w dniu 6 października 2016 r. kwotę 50.000,00 zł (WB 194 z dn. 06.10.2016 r.), w dniu 7 października 2016 r. kwotę 150.000,00 zł (WB 195 z dn. 07.10.2016 r.) oraz w dniu 10 października 2016 r. kwotę 40.000,00 zł, tj. 2 dni po terminie (WB 196 z dn. 10.10.2016 r.) i w dniu 11 października 2016 r. kwotę 60.000,00 zł, tj. 3 dni po terminie (WB 197 z dn. 11.10.2016 r.).

Ponadto ustalono, że w sprawozdaniu Rb-Z o stanie zobowiązań według tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji wg stanu na koniec II kwartału 2016 r. oraz Rb-28S z wykonania planu wydatków jst za okres od początku roku do 30 czerwca 2016 r. wykazano zobowiązania wymagalne wynikające z nieterminowej zapłaty faktur z tytułu świadczonych usług przewozowych. Dotyczyło to niżej wymienionych faktur:

1) Faktura VAT nr 100/05/2016 z dnia 1 czerwca 2016 r. na kwotę 1.651.788,94 zł wystawiona przez firmę WARBUS Sp. z o. o. – świadczenie autobusowych usług przewozowych w zakresie regularnego przewozu osób na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmujących obszar MZK z Jastrzębiu – Zdroju środkami komunikacji zbiorowej, z terminem płatności do 22 czerwca 2016 r. Faktura wpłynęła do Biura MZK w dniu 3 czerwca 2016 r. Zatwierdzono do wypłaty w dniu 13

czerwca 2016 r. ze środków własnych dział 600, rozdział 60004, § 4300 – 1.529.434,20 zł oraz § 4530 – 122.354,74 zł.

W § 9 pkt. 7 Umowy Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r. zapisano, że: *„Faktura VAT wystawiona przez Wykonawcę jest płatna w terminie **21 dni** od dnia jej otrzymania"*. W dniu 18 kwietnia zawarto Aneks Nr 8 do umowy Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r. zmieniający warunki płatności na okres od 1 kwietnia 2016 r. do 31 grudnia 2016 r. poprzez zmianę w umowie w zapisie § 9 pkt. 7, który otrzymuje brzmienie: *„Faktura VAT wystawiona przez Wykonawcę płatna jest w terminie do **8 dnia** następnego miesiąca od daty jej otrzymania przez Zamawiającego"*.

Fakturę uregulowano: w dniu 24 czerwca 2016 r. kwotę 901.788,94 zł (rozliczono VAT – WB 121 z dn. 24.06.2016 r.), w dniu 29 czerwca 2016 r. kwotę 175.000,00 zł (WB 124 z dn. 29.06.2016 r.) oraz w dniu 1 lipca 2016 r. kwotę 575.000,00 zł (WB 126 z dn. 01.07.2016 r.).

W związku z powyższym nie było podstaw wykazania w sprawozdaniu Rb-Z i Rb-28S kwoty 575.000,00 zł jako zobowiązania wymagalnego, gdyż zgodnie z zapisem Aneksu Nr 8 z dnia 18 kwietnia 2016 r. termin płatności był do 8 dnia następnego miesiąca od daty jej otrzymania (Aneks wpłynął do MZK 18 sierpnia 2016 r., przekazano do księgowości 23 sierpnia 2016 r.).

2) Faktura VAT nr 0065/T/2016 z dnia 31 maja 2016 r. na kwotę 253.592,79 zł wystawiona przez P.P.U.H „KŁOSOK" – usługi komunikacyjne komunikacji miejskiej, z terminem płatności do dnia 23 czerwca 2016 r. Faktura wpłynęła do Biura MZK w dniu 6 czerwca 2016 r. Zatwierdzono do wypłaty w dniu 8 czerwca 2016 r. ze środków własnych dział 600, rozdział 60004, § 4300 – 234.808,13 zł oraz § 4530 – 18.784,66 zł.

Zgodnie z zapisem § 9 pkt. 7 Umowy nr 20/POK/08/2015 z dnia 22 grudnia 2015 r.: *„Faktura VAT wystawiona przez wykonawcę jest płatna w terminie **21** dni od dnia jej otrzymania przez Zamawiającego."*

Mając powyższe na uwadze stwierdzono, że zobowiązanie w kwocie 253.592,97 zł było zapłacone po terminie płatności wynikającej z umowy. Zgodnie z ww. umową termin zapłaty przypadał na dzień 27 czerwca 2016 r. Fakturę uregulowano: w dniu 1 lipca 2016 r., tj. 4 dni po terminie wynikającym z umowy w kwocie 53.592,79 zł (VAT rozliczony – WB 126 z dn. 01.07.2016r.) oraz w dniu 8 lipca 2016 r., tj. 11 dni po terminie wynikającym z umowy w kwocie 200.000,00 zł (WB 131 z dn. 08.07.2016 r.).

Opóźnienia w regulowaniu zobowiązań ogółem wynosiły od 1 do 11 dni. Odsetki za nieterminowe regulowanie zobowiązań nie zostały zapłacone. Pozostałe faktury zostały uregulowane w terminie wynikającym z umowy Nr 02/POK/01/2015 z dnia 3 marca 2015 r.

oraz zgodnie z Aneksem Nr 8 z dnia 18 kwietnia 2016 r. ww. umowy. Faktury zostały opieczętowane datą wpływu do Biura MZK, sprawdzone pod względem merytorycznym i rachunkowym oraz zatwierdzone do wypłaty przez p. Benedykta Lanusznego – Dyrektora Biura MZK. Dyspozycję środkami pieniężnymi wykonała p. Grażyna Pocheć – Główny Księgowy Związku.

W sprawozdaniu Rb – 28S z wykonania planu wydatków budżetowych według stanu na dzień 30 czerwca 2016 r. w dziale 600 – „Transport i łączność", rozdziale 60004 – „Lokalny transport zbiorowy", § 4300 – „Zakup usług pozostałych" i 4530 – „Podatek od towarów i usług (VAT)" oraz w sprawozdaniu Rb-Z na koniec II kwartału 2016 r. wykazano zobowiązanie jako wymagalne oraz ujęte w ewidencji księgowej konta 201 (kontrahenci nie rozliczeni) stan na koniec czerwca 2016 r. w łącznej kwocie 828.592,79 zł, które miały pokrycie w planie finansowym.

Sprawozdania Rb-28S i Rb-Z sporządzono i podpisano w dniu 21 lipca 2016 r. z upoważnienia p. Benedykt Lanuszny – Dyrektor Biura MZK oraz p. Grażyna Pocheć – Główny Księgowy MZK.

Korekty powyższych sprawozdań zostały sporządzone i podpisane przez ww. osoby w dniu 21 lipca 2016 r. oraz 29 lipca 2016 r.

Zadania w zakresie terminowego, prawidłowego dokonywania rozliczeń finansowo – księgowych, terminowego, rzetelnego i prawidłowego sporządzania sprawozdań finansowych (miesięcznych, kwartalnych i rocznych), prowadzenie analitycznej ewidencji dochodów i wydatków oraz potwierdzenie sald kont zobowiązań i należności finansowych oraz przygotowanie analizy zestawienia należności/zobowiązań na ostatni dzień kwartału do ustalenia zobowiązań i należności wymagalnych zgodnie z zakresem czynności z dnia 10 czerwca 2016 r. należy do Zastępcy Głównego Księgowego MZK. Bezpośredni nadzór nad pracownikiem pełni Główny Księgowy MZK.

Z treści polityki rachunkowości wprowadzonej Zarządzeniem Wewnętrznym Nr 08/2012 Dyrektora Biura Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu – Zdroju z dnia 31 grudnia 2012 r. zobowiązania i należności wymagalne na koniec każdego kwartału ustalane są na podstawie analizy zestawienia należności/zobowiązań na ostatni dzień kwartału.

Zgodnie z postanowieniami załącznika Nr 3 do rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 5 lipca 2010 r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości oraz planów kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz niektórych jednostek sektora finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 289 j.t.), konto 201 – „Rozrachunki

z odbiorcami i dostawcami" służy do ewidencji rozrachunków i roszczeń krajowych i zagranicznych z tytułu dostaw, robót i usług, w tym również zaliczek na poczet dostaw, robót i usług oraz kaucji gwarancyjnych, a także należności z tytułu przychodów finansowych.

Na koncie 201 nie ujmuje się należności jednostek zaliczanych do dochodów budżetowych, które są ujmowane na koncie 221. Konto 201 obciąża się za powstałe należności i roszczenia oraz za spłatę i zmniejszenie zobowiązań, a uznaje się za powstałe zobowiązania oraz spłatę i zmniejszenie należności i roszczeń. Ewidencja szczegółowa do konta 201 może być prowadzona według podziałek klasyfikacji budżetowej oraz powinna zapewnić możliwość ustalenia należności i zobowiązań krajowych i zagranicznych według poszczególnych kontrahentów. Konto 201 może mieć dwa salda. Saldo Wn oznacza stan należności i roszczeń, a saldo Ma - stan zobowiązań.

W myśl art. 44 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.), wydatki publiczne powinny być dokonywane w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Ponadto, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz. U. z 2014 r. poz. 119 z późn. zm.) załącznik Nr 39 Instrukcja sporządzania sprawozdań budżetowych w zakresie budżetów jednostek samorządu terytorialnego, rozdział 4 Sprawozdanie Rb-28S z wykonania planu wydatków budżetowych samorządowej jednostki budżetowej/jednostki samorządu terytorialnego § 9 ust. 2 pkt 5, sprawozdania sporządza się: w kolumnie „Zobowiązania wymagalne" wykazuje się zobowiązania, których termin zapłaty minął przed upływem okresu sprawozdawczego, a nie są ani przedawnione, ani umorzone, z wyróżnieniem zobowiązań powstałych w latach ubiegłych i zobowiązań powstałych w roku bieżącym oraz § 9 ust. 2 ww. rozporządzenia, kwoty wykazane w sprawozdaniach powinny być zgodne z danymi wynikającymi z ewidencji księgowej.

Natomiast zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1773) załącznik Nr 9 Instrukcja sporządzania sprawozdań, rozdział 1 sprawozdanie Rb-Z kwartalne o stanie zobowiązań według tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji § 2 ust.1 pkt 4, wymagalne zobowiązania - rozumiane jako wszystkie bezsporne zobowiązania, których termin płatności dla dłużnika minął, a które nie zostały ani przedawnione, ani umorzone. Są to zobowiązania wynikające głównie z dostaw towarów

i usług (np. faktur niezapłaconych w terminie), prawomocnych orzeczeń sądu, udzielonych poręczeń i gwarancji.

Kategoria ta nie obejmuje zobowiązań wymagalnych z tytułu papierów wartościowych, pożyczek i kredytów oraz przyjętych depozytów, a także odsetek za opóźnienie od wymagalnych zobowiązań.

W sytuacji, w której zostanie zawarta ugoda pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem i zobowiązanie uprzednio wymagalne zostanie zrestrukturyzowane (tj. wierzyciel wyznaczy nowy harmonogram spłat), zobowiązanie przestaje być wymagalne i nie wykazuje się go w wierszu E4. W przypadku gdy termin spłaty zrestrukturyzowanego zobowiązania wykracza poza jeden rok, licząc od pierwotnego terminu płatności, takie zobowiązanie może spełniać przesłanki umowy nienazwanej kwalifikowanej do kategorii kredyty i pożyczki. Zobowiązanie staje się wymagalne w rozumieniu niniejszego rozporządzenia, licząc od dnia następnego po upływie terminu płatności wskazanego w dokumencie zapłaty lub zapisanego w umowie oraz § 10 ust. 4 ww. rozporządzenia, sprawozdania należy sporządzać rzetelnie i prawidłowo pod względem merytorycznym i formalno-rachunkowym.

W związku z powyższymi ustaleniami pobrano wyjaśnienia od p. Grażyny Pocheć – Głównego Księgowego MZK, z których wynika: *„(...) W odpowiedzi na pytanie dlaczego w sprawozdaniu Rb-Z na koniec II kwartału 2016 r. oraz Rb-28S za okres od początku roku do 30 czerwca 2016 r. wykazano kwotę 575.000 zł jako zobowiązania wymagalne wynikające z faktury VAT nr 100/05/2016 z dnia 1 czerwca 2016 r. wystawioną przez WARBUS Sp. z o.o., wyjaśniam że Aneks Nr 8 z dnia 18 kwietnia 2016 r. zmieniający termin płatności faktury został podpisany i odesłany przez firmę WARBUS Sp. z o.o. bardzo późno i pomimo faktu, że faktura była uregulowana w terminie, to niemożliwe było ujęcie jej poprawnie w ww. sprawozdaniu Rb-Z.*

W odpowiedzi na pytanie dotyczące przyczyn zapłaty faktur po terminie wyjaśniam, że kwota 3.040,08 wynikająca z faktury VAT nr 131/07/2015 z dnia 3 sierpnia została zapłacona jeden dzień po terminie wskutek zdarzeń losowych (nagła absencja chorobowa – złamana noga, śmierć bliskiego i nieobecność Dyrektora) co uniemożliwiło uruchomienie przelewu, do którego wymagane są dwa podpisy elektroniczne. Zapłata nastąpiła następnego dnia. Żadnych odsetek z tytułu opóźnienia MZK nie zapłacił.

Zapłaty pozostałych faktur wymienionych w zapytaniu dokonano po terminie z powodu trudności finansowych MZK. Wszystkie faktury płacone były niezwłocznie po wpłynięciu środków finansowych na konto dochodów Związku. MZK dysponował co prawda innymi

środkami (Związek dysponuje na rachunku bankowym kwotą 717.000,00 zł) jednak w związku z faktem, że jest do dochód majątkowy nie może on być przeznaczony na wydatki bieżące.

Ponadto wyjaśniam, że w związku z ww. trudnościami finansowymi Związek przeprowadził wcześniej stosowne rozmowy z kontrahentami i zawarto porozumienia w kwestii nie obciążania Związku odsetkami karnymi w przypadku zwłoki w zapłacie jeżeli nie będzie ona nadmierna i odsetek takich Związek nie zapłacił."

Pytania wraz z wyjaśnieniami stanowią **załącznik nr 1** do niniejszego protokołu.

Wykaz akt kontroli AK 612/7/16/III stanowi **załącznik nr 2** do protokołu kontroli.

IV. POZOSTAŁE WYDATKI

Sprawdzeniem objęto realizację umowy udzielenia dotacji przez Gminę Suszec dla MZK Jastrzębie na realizację projektu pn.: Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi" na rok 2015 w ramach Programu Operacyjnego: Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 – 2013, Priorytet VIII: Bezpieczeństwo transportu i krajowe sieci transportowe, Działanie 8.3. Rozwój inteligentnych systemów transportowych. Dotacja w wysokości 14.147,00 zł została udzielona na realizację ww. zadania ze środków własnych Gminy Suszec na 2015 rok.

Umowa NR ITI/MZK/1/2015 została zawarta w dniu 11 lutego 2015 r. pomiędzy Gminą Suszec, reprezentowaną przez p. Mariana Pawlasa – Wójta Gminy Suszec a Międzygminnym Związkiem Komunikacyjnym w Jastrzębiu – Zdroju, reprezentowanego przez p. Ryszarda Rakoczego – byłego Przewodniczącego Zarządu oraz p. Daniela Wawrzyczka – byłego Zastępcę Przewodniczącego Zarządu przy kontrasygnacie Skarbnika Gminy – p. Stanisława Robak oraz Głównego Księgowego Związku – p. Grażyny Pocheć. Gmina zobowiązała się przekazać dotację na rachunek bankowy Związku w terminie 14 dni po podpisaniu umowy, tj. do 25 lutego 2015 r. *Środki przekazano w dniu 19 lutego 2015 r. Dział 600 – „Transport i łączność", rozdział 60004 – „Lokalny transport zbiorowy", § 6650-1* – „Wpływy z wpłat gmin i powiatów na rzecz jednostek samorządu terytorialnego oraz związków gmin lub związków powiatów na dofinansowanie zadań inwestycyjnych i zakupów inwestycyjnych".

Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu- Zdroju zobowiązał się do wykorzystania dotacji na ww. zadanie do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz przedłożyć do 15 stycznia 2016 r. rozliczenie z udzielonej dotacji wraz z kopiami umów oraz faktur z wykonania zadania, a środki niewykorzystane zwrócić na rachunek bankowy Gminy Suszec do dnia 31 stycznia 2016 r.

Zwrotu niewykorzystanej dotacji dokonano przelewem w dniu 31 grudnia 2015 r. na rachunek bankowy Gminy Suszec w wysokości 270, 02 zł, tj. zgodnie z § 4 ww. umowy. Pismem z dnia 15 stycznia 2016 r. (wpływ do Urzędu Gminy Suszec w dniu 15.01.2016 r. Związek przedstawił Gminie Suszec dokumentację dotyczącą rozliczenia umowy udzielenia dotacji na realizację ww. projektu wraz z kopiami umów i faktur z wykonania zadania oraz wydruk potwierdzenia operacji zwrotu niewykorzystanej dotacji w dniu 31 grudnia 2015 r. w kwocie 270,02 zł.

W dniu 28 grudnia 2012 roku Międzygminny Związek Komunikacyjny podpisał umowę z Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie na realizację projektu pod nazwą: *Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi", realizowanego w ramach Projektu współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Priorytetu VIII – Bezpieczeństwo transportu i krajowe sieci transportowe, Działanie 8.3: Rozwój inteligentnych systemów transportowych Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowiska.*

W przedmiocie realizacji ww. projektu, Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu – Zdroju zawarł umowy z wykonawcami:

1. Umowa nr 21/S/03/2013 została zawarta w dniu 27 sierpnia 2013 r. pomiędzy MZK w Jastrzębiu – Zdroju, reprezentowanym przez p. Krzysztofa Baradzieja – Przewodniczącego Zarządu oraz p. Janusza Kopera – Zastępcę Przewodniczącego Zarządu przy kontrasygnacie p. Grażyny Pocheć – Głównego Księgowego Związku, a Firmą R&G PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Mielcu, reprezentowanym przez p. Roberta Pezdę – Prezesa Zarządu oraz p. Mieczysława Lenarta – Wiceprezesa Zarządu. Przedmiotem niniejszej umowy jest zaprojektowanie, dostawa, instalacja oraz konfiguracja kompleksowego, w ramach systemu pn: *„Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi" zawartej w wyniku przetargu nieograniczonego przeprowadzonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych. Termin wykonania umowy określono na 22 miesiące od daty podpisania umowy, tj. od 27 sierpnia 2013 r. do 26 czerwca 2015 r. Do ww. umowy zawarto Aneks NR 1 z dnia 16 czerwca 2013 r.*
2. Umowa nr 08/A/01/2015 *została zawarta w dniu 2 czerwca 2015 r. pomiędzy MZK w Jastrzębiu – Zdroju, reprezentowanym przez p.* Ryszarda Rakoczego – Przewodniczącego Zarządu oraz Daniela Wawrzyczka – Zastępcę Przewodniczącego Zarządu przy kontrasygnacie *p. Grażyny Pocheć – Głównego Księgowego Związku, a Firmą MP TECHNOLOGY Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, reprezentowanym przez p. Macieja Kościewicza.*

   Przedmiotem niniejszej umowy jest dostawa oraz instalacja 105 tablic informacyjnych e-rozkładów jazdy wraz z przyłączami energetycznymi, w ramach systemu pn: *„Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi*

systemami informatycznymi" zawartej w wyniku przetargu nieograniczonego przeprowadzonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych. Termin wykonania zamówienia do dnia 31 października 2015 r.

Z tytułu realizacji ww. umów zostały wystawione następujące faktury:

- Faktura VAT nr 3/2015/MZK wystawiona w dniu 15 grudnia 2015 r. (data dostawy/wykonania usługi 15 grudnia 2015 r.) na kwotę 330.275,59 zł – opłata za 5 etap: instalacja i uruchomienie tablic w 11 lokalizacjach: 3 szt. 5W1S + 8 szt. 3W1S zgodnie z umową nr 8/S/01/2015 z dnia 2 czerwca 2015 r., z terminem płatności 30 dni, została zapłacona 15 grudnia 2015 r. Faktura wystawiona na podstawie protokołu odbioru z dnia 15 grudnia 2015 r.
- Faktura VAT nr 1367/2015 wystawiona w dniu 30 listopada 2015 r. (data dostawy towaru/wykonania usługi 3 listopada 2015 r.) na kwotę 439.494,39 zł – opłata za system: e-biletu, monitoringu autobusów, strony internetowej i geolokalizacji autobusów zgodnie z umową nr 21/S/03/2013 z dnia 27 sierpnia 2013 r., z terminem płatności do 30 grudnia 2015 r., zapłacono w dniu 15 grudnia 2015 r. Faktura wystawiona na podstawie protokołu częściowego odbioru z dnia 30 czerwca 2015 r. oraz protokołu końcowego odbioru z dnia 3 listopada 2015 r.
- Faktura VAT nr 1368/2015 wystawiona w dniu 30 listopada 2015 r. (data dostawy towaru/wykonania usługi 3 listopada 2015 r.) na kwotę 428.221,13 zł – opłata za: projektowanie, wykonanie, zainstalowanie i wdrożenie systemu zgodnie z umową nr 21/S/03/2013 z dnia 27 sierpnia 2013 r., z terminem płatności do 30 grudnia 2015 r., zapłacono w dniu 15 grudnia 2015 r. Faktura wystawiona na podstawie protokołu częściowego odbioru z dnia 30 czerwca 2015 r. oraz protokołu końcowego odbioru z dnia 3 listopada 2015 r.

Ww. faktury zostały zapłacone w całości przez Związek w terminie, opieczętowane datą wpływu do Biura MZK, sprawdzone pod względem merytorycznym i rachunkowym oraz zatwierdzone do wypłaty przez Głównego Księgowego oraz Dyrektora Biura MZK.

Zgodnie z zapisami umów: *Zamawiającemu przysługują kary umowne od Wykonawcy w wysokości 0,20% wartości brutto zamówienia/właściwego systemu cząstkowego w przypadku jego nie wykonania w terminie określonym w Harmonogramie Wdrożenia, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, za każdy dzień opóźnienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu – Zdroju wystawił noty obciążeniowe wobec wykonawców wraz z wyliczeniem kar umownych w celu wyegzekwowania od Wykonawców należności wynikających z kar umownych w związku z realizacją projektu:

- Firma R&G PLUS Sp. z o. o. z siedzibą w Mielcu – Nota obciążeniowa NR 01/FK/12.2015 z dnia 10 grudnia 2015 r. na łączną kwotę 87.261,48 zł, z terminem płatności 14 dni, na którą się składają:

1) 37.084,50 zł – odsetki za zwłokę w realizacji Umowy – System zarządzania ruchem i geolokalizacją autobusów (wartość brutto systemu cząstkowego 92.250,00 zł, termin umowny wykonania zadania 31 marzec 2015 r., wykonanie zadania potwierdzona protokołem
   3 listopad 2015 r., 201 dni zwłoki, odsetki za dzień zwłoki 0,20%),
2) 39.431,70 zł – odsetki za zwłokę w realizacji Umowy – System strony internetowej (wartość brutto systemu cząstkowego 108.927,35 zł, termin umowny wykonania zadania 31 grudnia 2014 r., wykonanie zadania potwierdzona protokołem 30 czerwiec 2015 r., 181 dni zwłoki, odsetki za dzień zwłoki 0,20%),
3) 10.745,28 zł – odsetki za zwłokę w realizacji Umowy – Dokumentacja projektowa (wartość brutto systemu cząstkowego 9.840,00 zł, termin umowny wykonania zadania 31 grudnia 2013 r., wykonanie zadania potwierdzona protokołem 30 czerwiec 2015 r., 546 dni zwłoki, odsetki za dzień zwłoki 0,20%).

W odpowiedzi na otrzymanie wezwania do zapłaty, a dotyczącego noty obciążeniowej firma R&G PLUS sp. z o. o. (pismo z dnia 14 stycznia 2016 r. – wpływ do Biura MZK w dniu 19.01.2016 r.) poinformowała Związek, iż stanowisko odnośnie ww. noty zawarliśmy w piśmie z dnia 15 grudnia 2015 r. (L.dz. 107/RG/15) i związku z powyższym uznajemy Państwa wezwanie do zapłaty na bezpodstawne.

W piśmie z dnia 25 stycznia 2015 r. MZK wyjaśnił, iż wszystkie pozycje noty obciążeniowej wynikają wprost z zapisów SIWZ, umowy zawartej pomiędzy MZK, a Spółką R&G, dat protokołów częściowych i protokołu końcowego, że zadanie było realizowane z wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego, ogłoszonego przez podmiot publiczny. Fakt ten nie pozwala na dowolne traktowanie kar umownych i ewentualną alternatywną zamianę kary pieniężnej na świadczenia rzeczowe. Terminy realizacji poszczególnych etapów zadania zostały uregulowane w tabeli etapowego harmonogramu wdrożenia projektu, stanowiącej załącznik do umowy, który zgodnie z wymogami SIWZ został opracowany przez Państwa przed datą podpisania, czyli

wszystkie wpisane daty realizacji poszczególnych podsystemów są Państwa autorstwem.

Wg stanu na dzień kontroli, sprawa pozwu o zapłatę przeciwko R&G PLUS Sp. z o. o. z siedzibą w Mielcu znajduje się na etapie przygotowawczym, który skutkować będzie sądowym dochodzeniem należności wynikających z kar umownych.

- Firma MP TECHNOLOGY sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku – Nota obciążeniowa NR 02/FK/12/2015 z dnia 28 grudnia 2015 r. na kwotę 272.373,73 zł, z terminem płatności 14 dni. Odsetki za zwłokę w realizacji Umowy – dostawa oraz instalacja 105 tablic informacyjnych e-rozkładów jazdy (wartość brutto systemu 3.095.156,03 zł, termin umowny wykonania zadania 31 październik 2015 r., wykonanie zadania potwierdzona protokołem 15 grudzień 2015 r., 44 dni zwłoki, odsetki za dzień zwłoki 0,20%).

  W odpowiedzi na otrzymaną notę obciążeniową firma MP TECHNOLOGY sp. z o.o. zakwestionowała zasadność jej wystawienia (pismo z dnia 19 stycznia 2016 r. – wpływ do Biura MZK dnia 21.01.2016 r.), w którym wnosi o anulowanie kary z uwagi na wystąpienie okoliczności niezależnych od Wykonawcy, z powodu których ukończenie zadania nie było możliwe w określonym umową terminie.

W dniu 26 stycznia 2016 r. MZK poinformował MP TECHNOLOGY sp. z o.o., że nie znajduje jakichkolwiek podstaw do anulowania noty obciążeniowej z dnia 28 grudnia 2015 r. i podtrzymuje stanowisko dotyczącym prawidłowości wystawienia noty obciążeniowej.

W odpowiedzi w dniu 16 lutego 2016 r. [wpływ do Biura MZK dnia 22.02.2016 r.] firma MP TECHNOLOGY Sp. z o. o. podtrzymuje stanowisko jednoznacznie wskazujące na niezasadność naliczonej kary umownej i ponownie wzywa do anulowania naliczonych kar, jednocześnie informując, iż w razie podtrzymania dotychczasowego stanowiska sprawa zostanie skierowana na drogę postępowania sądowego, narażając Państwa na powstanie dodatkowych wydatków z tego tytułu.

W dniu 17 czerwca 2016 r. Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu – Zdroju złożył pozew o zapłatę w postępowaniu upominawczym do Sądu Okręgowego w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy i wezwał firmę MP TECHNOLOGY sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku do zapłaty kwotę 272.373,73 zł z tytułu naliczenia kar umownych wraz z odsetkami od dnia 15 stycznia 2016 r.

W dniu 21 lipca 2016 r. Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym (Sygn. akt X GNc 362/16) kwoty 272.373,73

zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 15 stycznia 2016 r. oraz kwotę 12.222,00 zł z tytułu kosztów procesu w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia niniejszego nakazu, albo wnieść w tymże terminie sprzeciw do tutejszego Sądu.

Wg stanu na dzień kontroli, nakaz zapłaty nie jest prawomocny. Odsetki od not obciążeniowych w kwocie 87.261,48 zł jako należności wymagalne została wykazana w sprawozdaniu Rb-N wg stanu na koniec IV kwartału 2015 r. oraz w sprawozdaniu Rb-27S za okres od początku roku do 31 grudnia 2015 r. oraz w kwocie 359.635,21 zł jako należności wymagalne została wykazana w sprawozdaniu Rb-N wg stanu na koniec I i II kwartału 2016 r. oraz Rb-27S za okres od początku roku do 31 marca 2016 r. oraz za okres od początku roku do 30 czerwca 2016 r. i ujęte w ewidencji księgowej na koncie 202 – „Rozrachunki z odbiorcami". Należności zostaną przypisane jako sporne na koncie 240 – „Pozostałe rozrachunki".

Na powyższych ustaleniach kontrolę doraźną zakończono. Kontrola została uwzględniona w książce kontroli prowadzonej przez jednostkę kontrolowaną.

W toku kontroli wyjaśnień udzielali:

— p. Benedykt Lanuszny – Członek Zarządu Dyrektor Biura,

— p. Grażyna Pocheć – Skarbnik/ Główny Księgowy

oraz inni pracownicy w miarę potrzeb.

Integralną część protokołu stanowią załączniki o numerach 1-2:

1. Pytania wraz z wyjaśnieniami pracowników Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu- Zdroju.
2. Wykazy akt kontroli.

Protokół sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach. Jeden egzemplarz protokołu pozostawiono w jednostce kontrolowanej. Powiadomiono kierownictwo jednostki o prawie wynikającym z przepisów art. 9 ust. 1a ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz. U.2016.561) dotyczącym możliwości odmowy podpisania protokołu i złożenia w ciągu trzech dni od daty jego otrzymania pisemnych wyjaśnień, co do przyczyny tej odmowy.

st. INSPEKTOR
d/s kontroli gospodarki finansowej
mgr Radosław Pruszowski

....

data i podpis — Kontrolujący

Przewodniczący Zarządu MZK

....

data i podpis — Kontrolujący

Główny Księgowy MZK