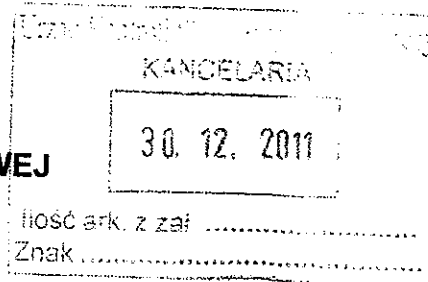




Bydgoszcz, 29 grudnia 2011r.

WI.042.12.2011

URZĄD KONTROLI SKARBOWEJ
w Bydgoszczy
ul. Marcinkowskiego 7



Dotyczy: zgłoszenia zastrzeżeń do ustaleń zawartych w Protokole Kontroli oznaczonym numerem sprawy: UKS0491/W3E/42/4/11/38/016 z dnia 16.12.2011r., dotyczących realizacji projektu pn. „Wdrożenie metodyk zarządzania usługami IT, projektami i programami w Urzędzie Miasta Bydgoszczy” – nr PL 0289, będącego przedmiotem kontroli UKS.

Zgodnie z pouczeniem zawartym w pkt. VII ww. Protokołu kontroli, po zapoznaniu się z przedstawionymi w jego treści ustaleniami, na podstawie przysługującego nam prawa do zgłoszenia pisemnych zastrzeżeń lub wyjaśnień do ustaleń zawartych w ww. Protokole – zgłaszam niżej wymienione umotywowane zastrzeżenia dotyczące:

- 1) **zakwalifikowania** przez Kontrolującego nie zamieszczenia przez Zamawiającego:
 - a) informacji w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (*dalej siwz*) w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego pn.:
 - „Zaprojektowanie Biura Programów i Projektów, opartego o wybrany model P3O i metodykę PRINCE2 dla Urzędu Miasta Bydgoszczy”,
 - „Przeprowadzenie audytu wstępnego organizacji w zakresie zarządzania usługami i bezpieczeństwem IT, opracowanie specyfikacji wymagań i kryteriów odbioru dla produktów prac mających na celu zaprojektowanie kluczowych elementów systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, przeprowadzenie weryfikacji i odbioru merytorycznego poszczególnych produktów prac projektowych”,
 - „Wykonanie audytu dojrzałości organizacji w zakresie zarządzania projektami zgodnie z modelem P2MM oraz pełnienie roli nadzoru nad projektem pn. „Wdrożenie metodyk zarządzania usługami IT, projektami i programami w Urzędzie Miasta Bydgoszczy”,
 - b) informacji w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.:
 - „Zaprojektowanie i wykonanie (udokumentowanie) kluczowych elementów systemu zarządzania usługami w oparciu o normę ISO/IEC 20000 oraz zalecenia ITIL V3.”

dotyczących dokumentów lub oświadczeń wymaganych od wykonawców spoza RP, na potwierdzenie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędnej wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, a także dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,



jako naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych – dalej uPzp (w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań) oraz § 2 ust 1-3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej – rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów - Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.).

W żadnym razie nie możemy zgodzić się z przytoczonymi wyżej zarzutami Kontrolującego odnośnie zaistniałych naruszeń, bowiem **Zamawiający w siwz każdego z ww. postępowań zamieścił wszystkie informacje wymagane art. 36 ust. 1 uPzp**, w tym sformułował warunki udziału w postępowaniu, a także wyspecyfikował oświadczenia lub dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nadto, **w ogłoszeniach o zamówieniu zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych zawarł wszystkie informacje (w tym dotyczące oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) wymagane we wzorach ogłoszeń (w stanie prawnym obowiązującym w trakcie przeprowadzanych ww. postępowań)**. W tym miejscu podkreślić należy, iż przepis art. 36 ust. 1 uPzp wskazujący jakie istotne zapisy winna obejmować siwz, nie zawiera zapisu dotyczącego wykonawców spoza RP.

Zamawiający rzeczywiście nie zamieścił ww. zapisów w ogłoszeniach i/bądź siwz. Jednakże niezamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu i/bądź siwz zapisów dotyczących dokumentów lub oświadczeń wymaganych od wykonawców spoza RP nie oznacza, że Zamawiający nie dopuszcza udziału w postępowaniu podmiotów zagranicznych, ponieważ – zwyczajnie takiego zastrzeżenia w siwz zawrzeć nie może.

Również podnieść należy, iż **w przepisach uPzp nie ma obowiązku pouczenia wykonawcy zagranicznego o tym, jakie dokumenty ma złożyć „w zastępstwie” żądanych dokumentów polskich**. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów osobno mówi o tym, czego może żądać zamawiający, a osobno o tym jakie dokumenty w pewnych sytuacjach może złożyć wykonawca.

Nadto, zgodnie z obowiązującym prawem od dnia 1 maja 2004r., tj. po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej, każdy z wykonawców również mający swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może brać czynny udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosując się do przepisów prawa krajowego.

Wskazać w tym miejscu należy, iż Zamawiający formułując warunki udziału w przedmiotowych postępowaniach nie określił żadnego z nich w taki sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a tym samym w sposób ograniczający udział jakiegokolwiek wykonawcy (również zagranicznego).

Nie ulega wątpliwości, iż **niewskazanie w ogłoszeniu i/bądź siwz wymaganych dokumentów w przypadku wykonawców spoza RP nie jest środkiem dyskryminującym, powodującym wyeliminowanie konkurencji**, bowiem § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów informuje wykonawcę, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP jaki dokument lub dokumenty powinien złożyć zamiast dokumentów, które były określone w pkt 5.1. siwz chcąc wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto, nie jest obowiązkiem Zamawiającego cytowanie w pełnym brzmieniu w siwz i ogłoszeniu wszystkich ustaw lub rozporządzeń prawa krajowego.

W związku z jw. nie powinno budzić żadnych wątpliwości, aby brak szczegółowego kopiowania w ogłoszeniu i/bądź siwz przepisów wynikających z *rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów*, mógł powstrzymać, czy zniechęcić jakikolwiek podmiot zagraniczny do ubiegania się o zamówienie, którym jest zainteresowany.

Co więcej żaden organ w procedurze merytorycznie właściwej dla danej sprawy nie przepisuje przepisów prawnych, a jedynie odsyła do przepisów regulujących daną problematykę.

Nadto, podnieść należy, iż **obowiązujące w latach 2008 – 2009 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych**, zarówno z dnia 5 czerwca 2007r. (*Dz.U. Nr 102, poz. 693*), jak i z dnia 16 października 2008r. (*Dz.U. Nr 188, poz. 1153*) **nie przewidywały we wzorach ogłoszeń o zamówieniu opcji dotyczącej zamieszczania informacji o dokumentach, jakie mają złożyć podmioty zagraniczne**. Obowiązujące natomiast od 29 stycznia 2010r. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (*Dz.U. Nr 12, poz. 69*) we wzorze ogłoszenia o zamówieniu przewiduje możliwość, a nawet konieczność wyspecyfikowania dokumentów wymaganych od podmiotów zagranicznych, i od tego momentu zamawiający mają obowiązek zamieszczania stosownych informacji.

W opisanym stanie rzeczy stwierdzenie przez Kontrolującego, iż Zamawiający naruszył w przedmiotowych postępowaniach art. 25 ust. 1 uPzp oraz § 2 ust 1-3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów jest dalece idącą nadinterpretacją.

Niewskazanie bowiem w ogłoszeniu o zamówieniu i /bądź siwz dokumentów lub oświadczeń wymaganych od podmiotów zagranicznych nie stanowi naruszenia ww. przepisów i w żaden sposób nie wpływa na wyniki ww. postępowań, co tym samym czyni uzasadnione wniesienie niniejszego zastrzeżenia do ustaleń protokołu oznaczonego nr: UKS0491/W3E/42/4/11/38/016 z dnia 16.12.2011r., a co za tym idzie usunięcia wadliwych ustaleń w jego treści.

- 2) **zakwalifikowania** przez Kontrolującego niezamieszczenia przez Zamawiającego w siwz informacji dotyczącej wskazania przez wykonawców w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzą podwykonawcom w nw. postępowaniach:
- a) „Zaprojektowanie Biura Programów i Projektów, opartego o wybrany model P3O i metodykę PRINCE2 dla Urzędu Miasta Bydgoszczy”,
 - b) „Przeprowadzenie audytu wstępnego organizacji w zakresie zarządzania usługami i bezpieczeństwem IT, opracowanie specyfikacji wymaga i kryteriów odbioru dla produktów prac mających na celu zaprojektowanie kluczowych elementów systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, przeprowadzenie weryfikacji i odbioru merytorycznego poszczególnych produktów prac projektowych”,
 - c) „Wykonanie audytu dojrzałości organizacji w zakresie zarządzania projektami zgodnie z modelem P2MM oraz pełnienie roli nadzoru nad projektem pn. „Wdrożenie metodyk zarządzania usługami IT, projektami i programami w Urzędzie Miasta Bydgoszczy”,

d) „Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie projektami, programami i usługami w Urzędzie Miasta Bydgoszczy”

jako naruszenie art. 36 ust. 4 uPzp.

Jak wynika z treści art. 36 ust. 4 uPzp zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy. Zamawiający rzeczywiście nie zamieścił ww. zapisu w treści siwz. Jednakże, gdyby nawet Zamawiający przewidział możliwość wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, a wykonawca nie wypełniłby prawidłowo wyrażonych, tj. zgodnych z art. 36 ust. 4 uPzp żądań Zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa, to zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2010r. (dalej KIO, sygn. akt: KIO 2191/10) takie działanie pozbawione byłoby jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w przepisach uPzp. Nie jest to bowiem sytuacja opisana w dyspozycjach art. 24 uPzp lub art. 89 uPzp, na podstawie których wykonawca może zostać pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Wykonawca, który nie wskaże w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, nie podlega bowiem wykluczeniu, a jego oferta nie może być odrzucona.

Podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający nie wskazując w treści siwz jakiegokolwiek części zamówienia, której wykonanie przy pomocy podwykonawców byłoby niedopuszczalne, tym samym w ww. postępowaniach **dopuścić podwykonawstwo w pełnym zakresie.**

Nadto, dodać należy, iż nieprawidłowości dotyczące formy oferty mogą być rozpatrywane wyłącznie w kategoriach uchybień porządkowych, pozostających bez wpływu na osiągnięcie właściwego celu postępowania.

Wskazanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego, co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Powyższe mogłoby zostać osiągnięte jedynie w przypadku, gdyby zamawiający wyraźnie określił tego typu zobowiązanie w siwz lub zapisał je w umowie, jako wiążące w trakcie realizacji tej umowy, co potwierdza wyrok KIO z 14.6.2010r. (sygn. akt KIO/UZP 954/10). Nadto, stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie także w treści art. 36 ust. 5 uPzp, zgodnie z którym wykonawca ma pełną swobodę w określeniu sposobu realizacji zamówienia i powierzeniu go w całości lub w części podwykonawcom, bez względu na podanie tego faktu w treści oferty. Swoboda wykonawcy została ograniczona jedynie w sytuacji, gdy zamawiający zastrzeże w siwz, że całość bądź część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. W tym miejscu zaznaczyć należy, iż przepis art. 36 ust. 4 uPzp, pozostaje w związku z art. 26 ust. 2b uPzp. W zakresie ich wzajemnej relacji warto dodać, iż z perspektywy Zamawiającego ważne jest to, żeby wykonawca przedłożył mu oświadczenie, które odpowiada swą treścią przepisowi art. 26 ust. 2b uPzp, a nie jest ważny dla oceny jego prawidłowości zakres prac, jakie zostaną wykorzystane i udostępnione wiedza oraz doświadczenie. Wystarczające jest, że wykonawca wskaże w złożonej przez siebie ofercie sposób wykorzystania udostępnionych mu zasobów. Wykaz podwykonawców, jak i oświadczenie o ich zatrudnianiu nie stanowią dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani też dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego niezamieszczenie w siwz informacji dotyczącej konieczności wskazania przez Wykonawców części zamówienia, której wykonanie powierzą podwykonawcom może stanowić tylko i wyłącznie uchybienie natury formalnej, nie ma bowiem i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W opisanym stanie rzeczy wnosimy o usunięcie wadliwych ustaleń w treści protokołu nr UKS0491/W3E/42/4/11/38/016 z dnia 16.12.2011r.

- 3) **zakwalifikowania** przez Kontrolującego wyboru trybu zapytania o cenę w postępowaniu pn. „**Rozszerzenie oraz podniesienie wersji posiadanego przez Urząd Miasta Bydgoszczy oprogramowania HO Openview (HP Software)**” jako niezgodnego z art. 70 uPzp.

Na wstępie podkreślić należy, iż przytoczone w protokole kontroli z dnia 16 grudnia 2011r. uzasadnienie zastosowania niewłaściwego trybu, tj. zapytania o cenę w przedmiocie jw., oparte jest na opublikowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w 2010r. „*Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę*”.

Zamawiający, prowadząc przedmiotowe postępowanie w roku 2009, z oczywistych względów nie mógł znać przywołanej interpretacji. W związku z jw. Zamawiający, opierając się jedynie na literalnym brzmieniu art. 70 i 71 uPzp (w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania), działając w dobrej wierze, podjął decyzję o wyborze ww. trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 70 uPzp zastosowanie trybu zapytania o cenę jest uzależnione od spełnienia łącznie nw. przesłanek, tj.:

- a) przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych,
- b) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 uPzp.

Jednakże podkreślenia wymaga fakt, iż **znaczenie zwrotu „dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych” nie zostało doprecyzowane przez ustawodawcę.**

W związku z jw. nie ulega wątpliwości, iż ww. zapis, ze względu na niejednoznaczność może budzić i budzi pewne niejasności, mogąc tym samym skutkować stosowaniem ww. trybu niezgodnie z intencją ustawodawcy. W doktrynie przyjęto, iż dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, które występują wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i ogólnokrajowym.

Zamawiający, mając na uwadze fakt, iż wartość przedmiotowego postępowania jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 uPzp, a także znając dostępność ww. produktów na rynku lokalnym, jak i ogólnokrajowym oraz biorąc pod uwagę fakt, iż **standardy jakościowe w ww. przedmiocie nie są ustalane indywidualnie** na konkretne potrzeby Zamawiającego, zastosował tryb zapytania o cenę w ww. przedmiocie zamówienia.

Zamawiający, znając dostępność ww. produktów na rynku lokalnym, jak i ogólnokrajowym nie miał żadnych **trudności w zidentyfikowaniu podmiotów w minimalnej ilości (co najmniej 5) wymaganej uPzp**. Są to bowiem dobra oferowane i wykonywane przez **wykonawców działających w określonej branży** i można je nabywać bez względu na miejscowość i czas. Nadto, ww. produkty są standardowe, bowiem niezależnie od faktu, kto będzie ich wykonawcą (o ile jest **przynajmniej pięciu wykonawców** świadczących usługi określonego rodzaju), **jedyną różnicą będą zaoferowane ceny**. Sam przedmiot zamówienia będzie bowiem zestandaryzowany - identyczny, niezależnie od tego, który z wykonawców go wykona.

Należy zwrócić również uwagę na fakt, iż art. 71 ust. 1 uPzp wskazuje, iż zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zapytania o cenę, **zapraszając do składania ofert taką liczbę wykonawców** świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję oraz wybór najkorzystniejszej oferty, jednak **nie mniej niż 5**. Określona w art. 71 ust. 1 uPzp minimalna liczba wykonawców, którą zamawiający winien zaprosić do składania ofert służy przede wszystkim realizacji zasady uczciwej konkurencji. **Jednakże brak możliwości zidentyfikowania przez zamawiającego na rynku wskazanej w powyższym przepisie minimalnej liczby podmiotów mogących zaoferować dostawy lub usługi pożądane przez zamawiającego powinien sygnalizować temu ostatniemu, iż przedmiot zamówienia nie ma charakteru powszechnie dostępnego.**

Nadto, podnieść należy, iż wybór wykonawców musi **zapewnić równą konkurencję oraz sprawny przebieg postępowania**, a to oznacza, że zamawiający nie może wybrać przypadkowych wykonawców. Chodzi o takich wykonawców, którzy są na danym rynku potencjalnie najlepsi i gwarantują złożenie najkorzystniejszej oferty (*co potwierdza orzeczenie GKO z 26 lutego 2001r. DF/GKO/Odw. 279/471-472/00, niepubl.*). Również, zaznaczyć należy, iż pojęcie „sprawny przebieg postępowania” oznacza, że zamawiający nie powinien wybierać zbyt dużej liczby wykonawców.

Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu wystosował zaproszenie do **ośmiu** wykonawców, wypełniając niejako tym samym przesłankę wskazaną w art. 70 uPzp, gdyż brak możliwości zidentyfikowania przez zamawiającego na rynku wskazanej w art. 71 uPzp liczby wykonawców powodowałby, iż nie sposób byłoby uznać, iż przedmiot zamówienia charakteryzuje się powszechną dostępnością.

Zamawiający zatem niewątpliwie uprzednio zbadał rynek pod kątem wytypowania grupy podmiotów gospodarczych zajmujących się dystrybucją pożądanych dostaw/usług, bowiem odpowiedzi zawierające ceny (oferty) otrzymał od siedmiu wykonawców.

Wskazać należy również, iż zgodnie z treścią artykułu zamieszczonego w Informatorze UZP z dnia 3 marca 2010r., o tym, czy dany przedmiot zamówienia zakwalifikować można jako powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych, decyduje zamawiający mając na uwadze całość zamówienia.

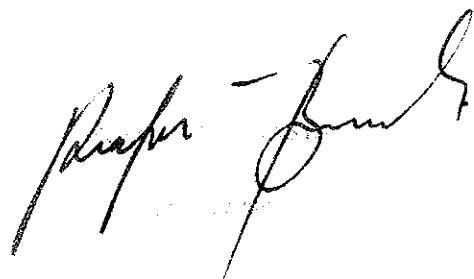
Nadto, podkreślenia wymaga fakt, iż udział wartościowy autoryzowanych szkoleń w całości zamówienia jest marginalny, stanowi bowiem ok. 1,5 % wartości zamówienia. Nadto dodać należy, iż ww. szkolenia realizuje tylko i wyłącznie producent oprogramowania, a więc żaden z zaproszonych do składania ofert wykonawców, nie musiał posiadać wiedzy specjalistycznej w tym zakresie.

W związku z jw. warunki określone w art. 70 uPzp zostały w pełni spełnione w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiotem zamówienia były bowiem dostawy/usługi powszechnie dostępne, charakteryzujące się nieznacznym różnicowaniem jakościowym (*posiadające ustalone standardy jakościowe*), o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych. Zamawiający wskazał 8 podmiotów (ustawa wymaga 5) mogących zrealizować przedmiot zamówienia. Standardy jakościowe zamawianych usług/dostaw nie były bowiem ustalone na konkretne potrzeby Zamawiającego, a usługi/dostawy przedmiotowego postępowania potencjalnie mogły być realizowane przez liczne podmioty działające na rynku. Zamawiający formułując zapytanie o cenę jednoznacznie i ściśle określił przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji, a jako jedyne kryterium oceny ofert wskazał cenę zamówienia. Nadto, żaden z zaproszonych wykonawców nie wniósł jakichkolwiek wątpliwości lub pytań dotyczących przedmiotu zamówienia.

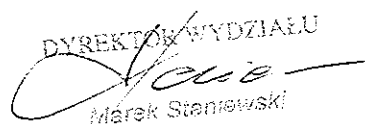
W rozumieniu literalnych zapisów uPzp oraz w świetle przytoczonej argumentacji stwierdzić należy, iż Zamawiający słusznie uznał, iż przedmiot zamówienia spełnia przesłanki określone art. 70 uPzp, jest bowiem powszechnie dostępny o ustalonych standardach jakościowych.

Wobec powyższego podnoszony przez Kontrolującego zarzut o nie spełnianiu przez przedmiot zamówienia przesłanek, o których mowa w art. 70 uPzp mówiący o dostawach lub usługach powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych jest niezasadny w odniesieniu do przedstawionej argumentacji, a przede wszystkim do wiedzy jaką Zamawiający dysponował w chwili podejmowania decyzji o wyborze trybu postępowania. Wskazane uchybienie może być natomiast podnoszone jedynie w świetle późniejszych interpretacji.

Konkludując, opisany wyżej stan rzeczy czyni niewątpliwie uzasadnionym wniesienie niniejszych zastrzeżeń do ustaleń protokołu oznaczonego nr: UKS0491/W3E/42/4/11/38/016 z dnia 16.12.2011r., a co za tym idzie usunięcia wadliwych ustaleń w jego treści.



SKARBNIK MIASTA
Marek Steniewski

DYREKTOR WYDZIAŁU

Marek Steniewski

