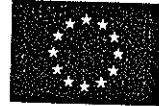


KAW.17.10.08.201

**PROGRAM REGIONALNY**  
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



**UNIA EUROPEJSKA**  
EUROPEJSKI FUNDUSZ  
ROZWOJU REGIONALNEGO



Projekt współfinansowany przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013

Jastrzębie-Zdrój, dnia 25 kwietnia 2014 r.

IKI.042.8.45.2011

**Szanowna Pani**  
**Małgorzata STAŚ**  
**Dyrektor Wydziału Rozwoju Regionalnego**  
**Urzędu Marszałkowskiego Woj. Śl.**  
**ul. Ligonia 46, 40-037 KATOWICE**

**Dotyczy: Projektu 1266 - „Rewitalizacja terenów jaru przy ulicy Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju”**

W odpowiedzi na informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 5-7 lutego 2014r. kontroli projektu jw. *współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013* przesłaną pismem o nr FR - RKPR.44.30.1.2014.JM z dnia 8 kwietnia 2014r. informuję, iż nie zgadzamy się z postawionymi zarzutami naruszenia:

- 1) art. 38 ust 4a, a w konsekwencji art.7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w ramach zamówienia „*Budowa skate – parku z ciągami pieszo jezdniowymi oraz budowa kanalizacji deszczowej w jarze przy ul. Turystycznej w Jastrzębiu Zdroju*”;
- 2) art. 36 ust. 1 pkt. 13, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w ramach zamówienia: „*Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej*”;

Ad.1

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4a pkt. 1 , art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej: Pzp), beneficjent nie zgadza się w dalszym ciągu z dokonaną przez Państwa wykładnią, wyrażającą się w przyjęciu, że przedmiotem zmiany SIWZ było przesunięcie terminu składania ofert.

W przedmiotowej sprawie zmiana terminu składania ofert była wynikiem przekazania potencjalnym Wykonawcom uszczegółowionej SIWZ w zakresie wykonania dylatacji w płycie betonowej i wypełnienia jej elastyczną masą do dylatacji, a tym samym zmiana ta nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, gdyż zmiany te nie były przedmiotem treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający dokonał zatem zmiany treści SIWZ, które nie miały wpływu na treść ogłoszenia. Słusznie zatem zamawiający skorzystał z treści art. 38 ust. 6 Pzp, zamiast z treści art. 38 ust. 4a pkt. 1 Pzp.

Stwierdzam zgodność kserokopii z oryginałem

11 CZE. 2015

(data i podpis)

nd (st) 1-6

Nie można zatem przyjmować, że każda zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, co miałyby aktualizować obowiązek zamawiającego, polegający na przekazaniu odpowiednich informacji do Biuletynu Zamówień Publicznych, bez zbadania czy zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, a przez to niezastosowanie art. 38 ust. 6 Pzp sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Istota postępowania kontrolnego winna się zatem wiązać z koniecznością porównania zapisów SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym porównaniu tego czy zmiana treści SIWZ spowodowała jakiegokolwiek zmiany w treści ogłoszenia. Przy czym należy podkreślić, że w tym wypadku zmiana terminu składania ofert miała charakter wtórny do dokonanej zmiany SIWZ, nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, gdyż jak wynika z art. 38 ust. 6 Pzp jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej. Innymi słowy mówiąc, zmiana SIWZ nie polegała wprost na zmianie terminu składania ofert, lecz na uszczegółowieniu SIWZ w zakresie wykonania dylatacji w płycie betonowej i wypełnienia jej elastyczną masą do dylatacji, która to zmiana nie prowadziła do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana SIWZ jedynie w sposób wtórny doprowadziła do konieczności dania dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, a co za tym idzie, przedłużenia terminu składania ofert.

Tym samym brak zbadania przez Państwa, treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, pod kątem tego, czy zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozumiana jako uszczegółowieniem SIWZ w zakresie wykonania dylatacji w płycie betonowej i wypełnienia jej elastyczną masą do dylatacji, prowadziła bądź nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, a skupienie się jedynie na zmianie terminu składania ofert, doprowadziło do błędnej interpretacji przepisów art. 38 ust. 4a pkt. 1 Pzp i 38 ust. 6 Pzp.

Stosownie bowiem do treści art. 38 ust. 4a pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwany dalej: Pzp) obowiązującego w miesiącu kwietniu 2009 r.: „jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

- 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

Z kolei obowiązujący w tym samym czasie ust. 6 cyt. art.38 Pzp, stanowił, że: „jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści

ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.”

Jak wynika z zestawienia obu zapisów ustawy, art. 38 ust. 4a pkt. 1 Pzp odnosi się do sytuacji zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwany dalej: SIWZ) prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, natomiast art. 38 ust. 6 Pzp stanowi o sytuacji, w której zmiana treści SIWZ nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Oznacza to zatem, że oba przepisy odnoszą się do dwóch różnych stanów faktycznych i prawnych, tj. do takiej zmiany treści SIWZ, która z jednej strony prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 4a pkt. 1 Pzp), a z drugiej strony nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 6 Pzp).

Powyższe zestawienie ma istotne znaczenie z punktu widzenia stawianego beneficjentowi zarzutu naruszenia prawa. Otóż w przypadku sytuacji określonej w art. 38 ust. 4a pkt. 1 Pzp zamawiający zamieszcza ogłoszenie w BZP ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, natomiast w sytuacji określonej w art. 38 ust. 6 Pzp zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

Dopiero nowelizacja art. 38 ust. 6 dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778, zwaną dalej ustawą nowelizacyjną) wprowadziła istotną zmianę w omawianym zakresie, wprowadzając dodatkowy zapis o treści: „Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio”.

Powyższa zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadziła zatem dopiero obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w BZP ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, również w przypadkach zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ta weszła jednak w życie dopiero z dniem 29 stycznia 2010 roku. W art. 4 ust. 1 cyt. ustawa nowelizująca wprowadziła ponadto zapis, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.”

Biorąc zatem pod uwagę treść ustawy nowelizującej, stwierdzić należy, iż jej zapisy nie będą miały zastosowania do sytuacji jaka jest przedmiotem niniejszej sprawy. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw prawnych do przyjmowania, że znowelizowana treść art. 38 ust. 6 Pzp, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 roku będzie miała zastosowanie do zdarzeń z miesiąca kwietnia 2009 roku, gdyż w oczywisty sposób naruszałoby to zasadę niezdziałania prawa wstecz. Zasada

nieretroaktywności prawa jest tymczasem traktowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako jedna z istotnych składników demokratycznego państwa prawnego statuowanego w polskim prawie konstytucyjnym, poczynając od ustawy konstytucyjnej 29 grudnia 1989 roku (art.1 ), po zapis art. 2 Konstytucji RP z 1997 roku. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada niedziałania prawa wstecz stanowi istotny element demokratycznego państwa prawnego. Istotne może być w tym względzie orzeczenie trybunału konstytucyjnego z 30 listopada 1993 r. K 18/92 (OTK 1993, z.2, poz. 41), zawierające następujący pogląd: „Zasada niedziałania prawa wstecz stanowiła wielokrotnie przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego: Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się o jej znaczeniu jako istotnym składniku konstytucyjnej zasady państwa prawnego /.../ Trybunał Konstytucyjny wyjaśniał, że ustawa działa z mocą wsteczną, kiedy początek jej stosowania ustalony został na czas wcześniejszy aniżeli ten, w którym ustawa stała się obowiązująca to jest, w którym została prawidłowo ogłoszona. Treścią zasady lex retro non agit jest bowiem zakaz nadawania prawu mocy wstecznej. Zakaz ten dotyczy zwłaszcza przepisów normujących prawa i obowiązki obywateli, jeżeli prowadzi to do pogorszenia ich sytuacji w stosunku do stanu poprzedniego. Przyjmując tę zasadę za podstawę porządku prawnego, trybunał Konstytucyjny nie wyklucza jednak możliwości odstąpienia od niej w szczególnie uzasadnionych okolicznościach”.

#### Ad. 2

Uchybienie podnoszone przez Państwa w ramach zamówienia pn. „Rewitalizacja terenu jaru przy ul. Turystycznej” sprowadza się do rzekomego nie dokonania wyczerpującego opisu kryterium „funkcjonalność, atrakcyjność i estetyka oferowanych urządzeń rekreacyjnych”, gdzie ograniczyliśmy się jedynie do podania podkryteriów, które w dalszym ciągu nie uszczegółowiły przejętego kryterium. W dalszym ciągu nie zgadzamy się z postawionym nam zarzutem. Zamówienie, jak już wcześniej podkreślaliśmy, miało charakter bardzo specyficzny. W ramach zamówienia miały być zakupione urządzenia, które swoim wyglądem miały oraz mają przyciągać potencjalnych użytkowników. Na etapie określania kryteriów oceny ofert posłużyliśmy się określeniami tj. „estetyka”, „atrakcyjność”, „funkcjonalność”. Powszechnie wiadomym jest, że coś co ma być „atrakcyjne” tj. szczególnie interesujące, dostarczające komuś przyjemności lub rozrywki, „estetyczne” to nic innego jak ładne, gustownie wyglądające, „funkcjonalne” czyli innymi słowy dobrze spełniające swoją funkcję. Ponadto w spornym punkcie wskazaliśmy, co będzie brane pod uwagę przy dokonywaniu oceny ofert, a mianowicie: funkcjonalność, kształt (wygląd) elementów, atrakcyjność programu użytkowania urządzenia, ogólne wrażenia estetyczne. Wiadomym jest, iż tego rodzaju urządzenia, a kupowane w ramach przedmiotowego postępowania, skierowane były i są do szeroko pojętej lokalnej, a nawet ponadlokalnej społeczności. Logicznym jest, iż jeżeli dane urządzenia nie będą przyciągały swoim wyglądem, to po prostu nie będą spełniały swojej funkcji. Ponadto z punktu widzenia tego zamówienia, ważne było gdzie te urządzenia miały być

zainstalowane. Całość miała się komponować z otoczeniem, o czym pisaliśmy już w odpowiedzi na informację pokontrolną. Nie jest sztuką kupić cokolwiek, sztuką jest kupić coś, co zadowoli wybredne gusta mieszkańców, jako tych, którzy z tych urządzeń mają korzystać. System zamówień publicznych w tej materii daje zamawiającemu pewne możliwości, albowiem zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma prawo określić kryteria odnoszące się oczywiście do przedmiotu zamówienia, w szczególności dot. jakości, funkcjonalności itd. Sam ustawodawca daje przyzwolenie na ustanowienie kryteriów w powyższym zakresie. Niestety obszar ten nie da się jednak wbić w sztywne ramy, dane, liczby wyliczalne według z góry określonego wzoru matematycznego. Więc z jednej strony przyzwolenie ustawodawcy jest, a z drugiej strony, w okolicznościach kiedy wygląd ma tak duże znaczenie, zamawiający ma ponosić negatywne skutki swojej decyzji. Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych opisując przedmiot zamówienia, musimy dokonać tego w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie, co ważne, sporządzony przez nas opis nie może utrudniać uczciwej konkurencji. W tej branży, wskazanie przez zamawiającego chociażby kolorystyki, czy też konkretnych rozwiązań, które powodowałyby, iż zamawiane urządzenia są atrakcyjniejsze od innych, niestety powoduje wskazanie na produkty konkretnego producenta. Zatem narzucenie tych cech, mogłoby spowodować automatyczne wyeliminowanie z postępowania konkretne podmioty. Rozwiązanie przez nas zaproponowane, dało możliwość złożenia oferty wielu podmiotom - czego dowodem było zainteresowanie niniejszym przetargiem. Uważamy, iż w sposób właściwy opisane zostało przez nas kryterium oceny ofert i nie zgadzamy się z zarzutami postawionymi przez Państwa, a tym bardziej z naliczeniem jakiegokolwiek korekty finansowej.

Ponadto w tym miejscu należy podkreślić, iż pomimo tego, że sporne kryterium zostało zastosowane, to w żaden sposób nie wpłynęło ono na zachwianie uczciwej konkurencji czy też zasadę równego traktowania wykonawców, co zostało w zarzutach podniesione. Kryterium określone na poziomie 30 % de facto nie wpłynęło na wynik postępowania. W postępowaniu Wykonawcy zaproponowali 2 rodzaje urządzeń, i każdy z tych rodzajów został oceniony na tym samym poziomie. Ponadto bez względu na ilość przyznanych punktów i tak wygrała firma oferująca najniższą cenę. Nawet jeśli by uznać, że przedmiotowe kryterium mogło być jeszcze bardziej doprecyzowane, z czym się nie zgadzamy to podkreślam, iż nie miało to żadnego wpływu na wynik postępowania, a tym samym nie zachwiało zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując powyższe, wnoszę o ponowną analizę okoliczności kwestionowanych przez Państwa i odstąpienie od naliczania jakiegokolwiek korekty finansowej. Przedstawiony stan prawny i faktyczny sprawy dowodzi, iż stwierdzone przez Państwa uchybienia nie są

efektem jakiegokolwiek błędu z naszej strony czy też celowego działania, a raczej nie wzięcia wszystkich okoliczności pod uwagę przy konstruowaniu stawianych nam zarzutów.

W związku z powyższym odsyłamy niepodpisane 2 egzemplarze *Informacji pokontrolnej*.

**Z poważaniem**

**PREZIDENT MIASTA**

*mgr Marian Jonecki*

*W załączeniu:  
Informacja pokontrolna – 2 egz.*

*Kopia:  
1 x aa. IKI  
1 x aa. BZP*

**NACZELNIK WYDZIAŁU**

*mgr inż. Maria Pilarska*