



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura we Wrocławiu

LWR.410.010.05.2019

Pan Dariusz Kucharski
Burmistrz Dzierżoniowa
ul. Rynek 1; 58-200 Dzierżoniów

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

P/19/003 – „Informatyzacja procesu zamówień publicznych”.

I. Dane identyfikacyjne

Jednostka kontrolowana	Urząd Miasta Dzierżoniowa; ul. Rynek 1; 58-200 Dzierżoniów (dalej: „Urząd”)
Kierownik jednostki kontrolowanej	Dariusz Kucharski, Burmistrz Dzierżoniowa, od 1 grudnia 2014 r. i nadal
Zakres przedmiotowy kontroli	1. Przygotowanie i wdrożenie w jednostce kontrolowanej narzędzi (systemów) wspierających informatyzację procesu udzielania zamówień publicznych. 2. Stosowanie przez jednostkę kontrolowaną regulacji dotyczących komunikacji elektronicznej w procedurze udzielania zamówień publicznych. 3. Działania informacyjno-promocyjne i szkoleniowe jednostki kontrolowanej związane z informatyzacją procesu udzielania zamówień publicznych.
Okres objęty kontrolą	Od 1 sierpnia 2016 r. – do zakończenia czynności kontrolnych, tj. 3 września 2019 r.
Podstawa prawna podjęcia kontroli	art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli ¹ (dalej: „ustawa o NIK”)
Jednostka przeprowadzająca kontrolę	Najwyższa Izba Kontroli Delegatura we Wrocławiu
Kontroler	Cezary Mazik, Główny specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LWR/110/2019 z 26 czerwca 2019 r. (akta kontroli str. 1-3)

¹ Dz. U. z 2019 r. poz. 489.

II. Ocena ogólna² kontrolowanej działalności

OCENA OGÓLNA

W Urzędzie w terminie wynikającym z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*³ (dalej: „PZP”) wdrożono narzędzie wspierające informatyzację procesu udzielenia zamówień publicznych o wartości równej lub przekraczającej progi UE, w tym komunikacji elektronicznej. W objętej badaniem próbie kontrolnej dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi UE stosowano prawidłowo komunikację elektroniczną, a w ogłoszeniach o udzielenie zamówienia wskazywano wymagania organizacyjne i techniczne tej komunikacji, dochowując wymogów określonych w § 2 ust. 1 i § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych⁴ (dalej: „rozporządzenie w sprawie komunikacji elektronicznej”). Wszyscy pracownicy Urzędu odpowiedzialni za przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zostali przeszkoleni z zakresu obsługi wdrożonego narzędzia wspomagającego komunikację elektroniczną w procesie zamówień publicznych.

W toku kontroli stwierdzono jednak nieprawidłowości polegające na:

- niewskazaniu jako podstawy unieważnienia postępowania OR-P.271.10.2019 art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, pomimo wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- braku ujęcia w umowie z dostawcą aplikacji wykorzystywanej w procesie zamówień publicznych: [1] obowiązku zapewnienia zgodności nabywanego oprogramowania z wymogami określonymi w przepisach prawa unijnego i krajowego w zakresie komunikacji elektronicznej; [2] postanowień dotyczących sankcji w stosunku do usługodawcy w przypadku nieterminowego usunięcia zgłoszonych awarii i błędów lub niezapewnienia należytego poziomu usług wsparcia technicznego oraz [3] obowiązku archiwizacji oraz sposobu postępowania z dokumentami przetargowymi po zakończeniu okresu obowiązywania umowy z dostawcą.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny częściowej⁵ kontrolowanej działalności

OBSZAR

1. Przygotowanie i wdrożenie w Urzędzie Miasta w Dzierżoniowie narzędzi (systemów) wspierających informatyzację procesu udzielania zamówień publicznych

Opis stanu faktycznego

Z dniem 18 października 2018 r. przepisy art. 1 pkt 17 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – *Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*⁶ (dalej: „ustawa o zmianie PZP”) nałożyły na zamawiającego obowiązek użycia środków komunikacji elektronicznej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy te dotyczyły między innymi

² Najwyższa Izba Kontroli formułuje ocenę ogólną jako ocenę pozytywną, ocenę negatywną albo ocenę w formie opisowej.

³ Dz. U z 2018 r. poz. 1986, ze zm.

⁴ Dz.U. poz. 1320, ze zm.

⁵ Oceny częściowe to oceny działalności w poszczególnych obszarach badań kontrolnych. Ocena częściowa może być sformułowana jako ocena pozytywna, ocena negatywna albo ocena w formie opisowej.

⁶ Dz. U. poz. 1020, ze zm.

postępowań, które prowadzone były przez innych zamawiających niż centralny zamawiający, o wartości równej lub przekraczającej kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W celu realizacji tego obowiązku w Urzędzie pozyskano komercyjną aplikację webową⁷, umożliwiającą komunikowanie między zamawiającym a wykonawcą w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego (platforma e-Zamawiający⁸). Narzędzie to wykorzystywano na podstawie zawartej przez Gminę Miejską Dzierżoniów (dalej: „Gmina”) Umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną z dnia 28 grudnia 2018 r., obowiązującej przez okres jednego roku, tj. do dnia 27 grudnia 2019 r. W tym okresie, zgodnie z warunkami umowy, z wykorzystaniem tej aplikacji można było przeprowadzić siedem postępowań o zamówienie publiczne w trybie *PZP* oraz nielimitowaną ilość postępowań o wartości nieprzekraczającej 30 tys. euro.

(akta kontroli str. 4-49)

Wdrożonej aplikacji nie wykorzystywano do prowadzenia postępowań o wartości nieprzekraczającej 30 tys. euro. Według wyjaśnień Burmistrza wynikało to z braku takiego obowiązku, choć nie wykluczył on możliwości publikacji w przyszłości zamówień poniżej progów unijnych za pośrednictwem użytkowanego narzędzia informatycznego.

(akta kontroli str. 467)

Wybór komercyjnej aplikacji webowej został poprzedzony analizą możliwości używania miniPortalu⁹ oraz oferowanej funkcjonalności tego narzędzia. W tym celu w kontrolowanej jednostce utworzono dedykowaną przetargom publicznym skrytkę w ePUAP¹⁰. Jednak według wyjaśnień Burmistrza, w związku z doniesieniami portali branżowych o problemach związanych z funkcjonowaniem miniPortalu, odstąpiono od jego wdrożenia i wykorzystania. Decydujące w tym zakresie, zdaniem składającego wyjaśnienia, były problemy utrudniające złożenie ofert za jego pośrednictwem¹¹; niestabilność i przeciążenie ePUAP; brak gwarancji paramentów dostępności miniPortalu oraz problemy ze ściąganiem oraz odszyfrowywaniem ofert w postępowaniu. Ponadto wybrane rozwiązanie komercyjne posiadało szerszą funkcjonalność, pomagało w przeprowadzaniu całego procesu przetargowego oraz gwarantowało zgodność z *PZP*. W dalszej części złożonych wyjaśnień Burmistrz wskazał, że dokonany wybór komercyjnej aplikacji webowej, to rozwiązanie doraźne, które ma być stosowane do momentu wdrożenia modelu docelowego: platformy „e-Zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne”¹².

(akta kontroli str. 465-471)

⁷ Aplikacja webowa (z angielskiego web application) to aplikacja uruchamiana w przeglądarce, która przez udostępniony interfejs ma dostarczać użytkownikowi jakąś konkretną usługę. Takie aplikacje w znakomitej większości komunikują się z głównym serwerem, by móc serwować użytkownikowi treści i reagować na jego akcje (źródło: <https://www.empressia.pl/blog/72-aplikacje-webowe-czym-sa-jak-dzialaja-i-jakie-sa-ich-zalety>).

⁸ <https://dzierzoniow.ezamawiajacy.pl/servlet/HomeServlet>.

⁹ Ogólnodostępne i bezpłatne narzędzie do zapewnienia elektronicznej komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, udostępniane przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”).

¹⁰ Elektroniczna Platforma Usług Administracji Publicznej (dalej: „ePUAP”) – ogólnopolska platforma teleinformatyczna służąca do komunikacji obywateli z jednostkami administracji publicznej w ujednolicony, standardowy sposób.

¹¹ Dotyczące Politechniki Śląskiej; Urzędu Miasta w Łodzi i Głównego Urzędu Statystycznego – opisane w artykule Krzysztofa Janosia „Cyfryzacja po polsku. Przetargi na miliardy złotych w przeciążonej sieci”, opublikowanym na portalu money.pl.

¹² „E-zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne” projekt realizowany przez UZP w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020, Oś priorytetowa nr 2 „E-administracja i otwarty rząd”, Działanie nr 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych”.

Z tytułu użytkowania przedmiotowej aplikacji Urząd w dniu 11 lutego 2019 r. poniósł jednorazowy wydatek w wysokości 5 043,00 zł. Obejmował on wynagrodzenie dostawcy z tytułu: zapewnienia możliwości korzystania z programu i świadczenia usług serwisowych; przygotowania i konfiguracji narzędzia zgodnie z wybranym zakresem usług oraz szkolenia pracowników przeprowadzonego w trybie on-line. Wydatek na zakup aplikacji koniecznej do informatyzacji procesu zamówień publicznych był planowany w budżecie Miasta Dzierżoniowa w latach 2017 - 2019¹³. Innych kosztów w zakresie informatyzacji procesu zamówień publicznych w badanym okresie nie poniesiono.

(akta kontroli str. 4-6; 50-64; 466)

Produkcyjnie wykorzystanie aplikacji wspomagającej proces zamówień publicznych rozpoczęto w styczniu 2019 r., a w okresie od 18 października 2018 r. do faktycznego uruchomienia tego narzędzia, nie planowano przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub większej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 *PZP*.

(akta kontroli str. 65-150; 466)

Wdrożona w Urzędzie aplikacja wspierająca proces udzielania zamówień publicznych, według dokonanych ustaleń oraz wyjaśnień udzielonych przez Burmistrza i informacji przekazanych przez dostawcę oprogramowania¹⁴, spełniała wymagania techniczne, w zakresie zgodności:

- zakresu przetwarzanych danych z art. 10a ust. 1 w zw. z art. 25a *PZP* oraz rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. *ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia*¹⁵;
- identyfikacji podmiotów oraz ustalenia dokładnego czasu i daty z § 3 ust. 2 pkt 1 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- rozliczalności działań podejmowanych przez podmioty z § 3 ust. 2 pkt 1 i 5 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- ochrony przed dostępem do treści ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia z § 3 ust. 2 pkt 2 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- możliwości ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dostępu do całości lub części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na poszczególnych jego etapach wyłącznie osobom uprawnionym z § 3 ust. 2 pkt 3 i 4 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- możliwości usunięcia ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie i zapoznanie się przez użytkowników z ich treścią - w przypadku zwrócenia przez zamawiającego oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ich wycofania albo zmiany przez wykonawcę z § 3 ust. 2 pkt 6 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- udostępnienia przez zamawiającego zainteresowanym wykonawcom informacji na temat specyfikacji połączenia, formatu przesyłanych danych oraz kodowania i oznaczania czasu odbioru danych z § 3 ust. 3 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej* oraz § 18 ust. 1 *rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności*,

¹³ 50 000,00 zł na 2019 r. – Uchwała NR III/31/18 Rady Miejskiej Dzierżoniowa z dnia 28 grudnia 2018 r.; 50 000,00 zł na 2018 r. – Uchwała NR XL/297/17 Rady Miejskiej Dzierżoniowa z dnia 28 grudnia 2017 r. oraz 10 000,00 zł na 2017 r. – Uchwała NR XXIX/198/16 Rady Miejskiej Dzierżoniowa z dnia 28 grudnia 2016 r.

¹⁴ Kontrola nie obejmowała sprawdzenia i weryfikacji oprogramowania na serwerze dostawcy aplikacji.

¹⁵ Dz. U. UE L 3 z dnia 6 stycznia 2016 r., s. 16.

*minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych*¹⁶ (dalej: „rozporządzenie KRI”);

- ochrony przed nieautoryzowanym dostępem do informacji przez wykorzystanie bezpiecznego szyfrowanego połączenia z Normą ISO 27001 zgodnie z § 20 ust. 3 *rozporządzenia KRI*;
- integralności i autentyczności przekazywanych informacji, w tym możliwości stosowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego z art. 10a ust. 5 *PZP* zawierającego dane wymienione w art. 3 pkt 14a ustawy z 17 lutego 2005 r. *o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne*¹⁷ wydanego przez dostawcę spełniającego wymogi określone w art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. *o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej*¹⁸.

W kontrolowanym Urzędzie nie zawarto w umowie z dostawcą aplikacji obowiązku zapewnienia zgodności nabywanego oprogramowania z wymogami określonymi w przepisach prawa unijnego i krajowego w zakresie komunikacji elektronicznej, co opisano w sekcji dotyczącej stwierdzonych nieprawidłowości.

(akta kontroli str. 7-49; 453-456; 460-464)

W umowie z dostawcą komercyjnej aplikacji webowej nie zawarto także postanowień dotyczących sankcji w stosunku do usługodawcy w przypadku nieterminowego usunięcia zgłoszonych awarii i błędów lub niezapewnienia należytego poziomu usług wsparcia technicznego.

Zapisy takie znalazły się w regulaminie usługi stanowiącej załącznik do podpisanej umowy z dostawcą aplikacji, gdzie zawarto zobowiązanie: dostępność aplikacji, wynoszącą 99,9% w dni robocze w skali miesiąca; dostępność pracowników usuwających zgłoszenia awarii i błędów systemu w godzinach 08:00-17:00 w dni robocze; deklarowany czas usunięcia awarii¹⁹ w ciągu trzech godzin roboczych, a błędu²⁰ w ciągu 40 godzin roboczych. Jako podstawowy kanał komunikacji w tym zakresie wyznaczono dedykowany e-mail, a jako awaryjny kanał komunikacji wskazano zgłoszenia pod numerem telefonicznym. Zarówno w umowie, jak i regulaminie usługi nie przewidziano kar umownych za niedotrzymanie wyżej wskazanych wskaźników.

(akta kontroli str. 7-49)

Zdaniem Burmistrza najważniejszym problemem związanym z koniecznością zapewnienia elektronicznej komunikacji w procesie zamówień publicznych była niewystarczająca ilość czasu. Początkowe informacje dotyczące budowy Platformy e-Zamawiający przez Ministerstwo Cyfryzacji i UZP pozwalały sądzić, że będzie funkcjonowało dobre ogólnodostępne narzędzie. Komunikat na stronie UZP potwierdzał powstanie tej platformy, co powstrzymywało Gminę od zakupu komercyjnej platformy. Dopiero po wejściu w życie ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. *zmieniającej ustawę - Prawo zamówień publicznych oraz ustawę o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*²¹, Gmina podjęła

¹⁶ Dz. U. z 2017 r. poz. 2247.

¹⁷ Dz. U. z 2019 r. poz. 700, ze zm.

¹⁸ Dz. U. z 2019 r. poz. 162.

¹⁹ Zgodnie z definicją zawartą w regulaminie usługi, awaria to nieprawidłowość w działaniu aplikacji powodująca całkowite zatrzymanie lub poważne zakłócenie pracy aplikacji, dla której nie ma alternatywnej metody wykonania danej operacji w aplikacji, uniemożliwiająca normalne korzystanie z jej podstawowych funkcji.

²⁰ Błąd w regulaminie usługi został zdefiniowany jako nieprawidłowość w działaniu aplikacji niebędąca awarią, która nie uniemożliwia Użytkownikowi normalnego korzystania z podstawowych funkcji aplikacji, polegająca w szczególności na ograniczeniu realizacji jednej z jej funkcji.

²¹ Dz. U. poz. 1603.

działania w zakresie zapewnienia potrzebnego narzędzia informatycznego. Mając jednak wiedzę dotyczącą niedoskonałego działania miniPortalu, podjęto decyzję o zakupie obecnie funkcjonującej aplikacji.

(akta kontroli str. 466)

Według poczynionych ustaleń oraz wyjaśnień udzielonych przez Burmistrza nie wystąpiły problemy z przygotowaniem i wdrożeniem pozyskanej komercyjnej aplikacji webowej wspierającej proces zamówień publicznych. Nie wystąpiły także problemy, błędy i incydenty wpływające na terminowość oraz prawidłowość prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku pytań i wątpliwości wykorzystywane były kanały komunikacyjne w postaci emaila i infolinii, a w ocenie Burmistrza współpraca z dostawcą zarówno w aspekcie terminowości, jak i skuteczności rozwiązywania ewentualnych problemów była poprawna.

(akta kontroli str. 466)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanego Urzędu w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. W zawartej w dniu 28 grudnia 2018 r. umowie z dostawcą webowej aplikacji umożliwiającej elektroniczną komunikację w procesie zamówień publicznych nie zawarto obowiązku zapewnienia zgodności nabywanego oprogramowania z wymogami określonymi w przepisach prawa unijnego i krajowego w zakresie komunikacji elektronicznej.

Według wyjaśnień przekazanych przez Zastępcę Burmistrza w świetle przepisów ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną²², Gmina nie nabyła oprogramowania ani licencji do tego oprogramowania, a zapewnienie zgodności aplikacji udostępnionej Gminie leży po stronie usługodawcy, a nie usługobiorcy. W przypadku gdyby używane w procesie zamówień publicznych oprogramowanie nie spełniało wymogów ustawowych, Gmina rozwiązałaby umowę z dostawcą tej aplikacji.

NIK nie podziela przedstawionej argumentacji, ponieważ Urząd jako użytkownik aplikacji webowej nie ma możliwości samodzielnego sprawdzenia jej zgodności z przepisami prawa, a jednocześnie na nim jako zamawiającym spoczywa obowiązek stosowania rozwiązania zgodnego z tymi przepisami, więc zawarcie takiej klauzuli w umowie z dostawcą jest jak najbardziej wskazane.

W trakcie trwania czynności kontrolnych Burmistrz wystąpił do dostawcy użytkowanej aplikacji webowej o podpisanie aneksu regulującego zapewnienie zgodności aplikacji z prawem, a aneks taki został podpisany w dniu 13 sierpnia 2019 r.

(akta kontroli str. 7-49; 472-474; 485-486; 492-493)

2. Gmina w zawartej w dniu 28 grudnia 2018 r. umowie z dostawcą nie zawarła postanowień przewidujących sankcje w stosunku do usługodawcy w przypadku nieterminowego usunięcia zgłoszonych awarii i błędów lub niezapewnienia należytego poziomu usług wsparcia technicznego.

Według wyjaśnień przekazanych przez Zastępcę Burmistrza zapisy regulaminu usług wyczerpały zagadnienie asysty technicznej usługodawcy, a do projektu umowy nie wносиły zastrzeżeń służby informatyczne Urzędu.

Zdaniem NIK zapewnienie dostępności i opieki nad oprogramowaniem w regulaminie usługi, stanowiącej załącznik do umowy, ma tylko charakter deklaracyjny i nie jest powiązane z żadnymi sankcjami dla dostawcy za ich

²² Dz. U z 2019 r. poz. 123, ze zm.

niedotrzymanie. Wskazać przy tym należy, że sankcji tych nie ujęto w tym dokumencie.

W trakcie trwania czynności kontrolnych Burmistrz wystąpił do dostawcy użytkowanej aplikacji webowej o podpisanie aneksu ustanawiającego kary umowne za nieterminowe usunięcie zgłoszonych awarii i błędów lub niezapewnienie należytego poziomu usług wsparcia technicznego, a aneks taki został podpisany w dniu 13 sierpnia 2019 r.

(akta kontroli str. 7-49; 472-474; 486-487; 492-493)

OCENA CZĄSTKOWA

Najwyższa Izba Kontroli pozytywnie ocenia przygotowanie i wdrożenie w Urzędzie narzędzia wspierającego informatyzację procesu udzielania zamówień publicznych. Zdaniem NIK umowa dostępu do korzystania z aplikacji zakupowej nie zabezpieczała jednak w pełni interesu Urzędu, bowiem nie określono w niej obowiązku zapewnienia zgodności nabywanego oprogramowania z wymogami określonymi w przepisach prawa unijnego i krajowego w zakresie komunikacji elektronicznej, oraz sankcji w stosunku do usługodawcy w przypadku nieterminowego usunięcia zgłoszonych awarii i błędów. Stwierdzone nieprawidłowości nie miały jednak wpływu na badany obszar i zostały usunięte jeszcze w trakcie trwającej kontroli.

OBSZAR

2. Stosowanie w Urzędzie Miasta w Dzierżoniowie regulacji dotyczących komunikacji elektronicznej w procedurze udzielania zamówień

Opis stanu faktycznego

W okresie od 1 sierpnia 2016 r. do dnia 17 października 2018 r. w Urzędzie przeprowadzono cztery postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust. 8 *PZP*. Jedno z tych postępowań unieważniono²³, a w pozostałych przypadkach zawarto umowy o łącznej wartości 7 690 650,00 zł netto²⁴.

Natomiast od 18 października 2018 r. do 2 lipca 2019 r. w kontrolowanym Urzędzie wszczęto dwa postępowania²⁵, z których jedno unieważniono, a w wyniku rozstrzygnięcia drugiego zawarto umowę o wartości 10 763 928,00 zł brutto.

(akta kontroli str. 65-150)

Sprawdzenie zgodności działań kontrolowanej jednostki z wymogami prawnymi dotyczącymi komunikacji elektronicznej przeprowadzono na podstawie badania kontrolnego dwóch postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych po 18 października 2018 r. w trybie przetargu nieograniczonego²⁶:

- OR-P.271.10.2019 – „*Całoroczne utrzymanie dróg, placów, chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz terenów zielonych w obrębie parków i osiedli mieszkaniowych w granicach administracyjnych Dzierżoniowa*” o szacunkowej wartości zamówienia 8 909 567,94 zł (2 066 370,10 euro), którego ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej: „DUUE”) w dniu 20 lutego 2019 r.;
- OR-P.271.48.2019 - „*Całoroczne utrzymanie dróg, placów, chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz terenów zielonych w obrębie parków i osiedli*

²³ Postępowanie o szacunkowej wartości 7 271 959,68 zł netto w 2016 r.;

²⁴ W pełnych złotych: dwa postępowania o łącznej wartości 4 373 125,00 zł w 2017 r. oraz jedno postępowanie o wartości 3 317 525,00 zł w 2018 r. (wszczęte 8 sierpnia 2018 r.)

²⁵ Których ogłoszenie przekazano w dniu 20 lutego 2019 r. oraz 16 kwietnia 2019 r.

²⁶ Kontrola nie obejmowała badania merytorycznych kryteriów rozstrzygnięcia postępowań.

mieszkaniowych w granicach administracyjnych Dzierżoniowa” o szacunkowej wartości zamówienia 9 569 535,93 zł (2 219 434,55 euro), którego ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DUUE w dniu 16 kwietnia 2019 r.

Badanie dokumentacji związanej z komunikacją między zamawiającym a wykonawcą powyższych dwóch postępowań, wykazało, że:

- użytkowana aplikacja wykorzystywana do komunikacji z wykonawcami oraz jej właściwości techniczne były: niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie ograniczały wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia, co spełniało wymagania art. 10b *PZP*;
- zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) użytkowaną przez siebie komercyjną aplikację webową, przy użyciu której będzie komunikował się z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wraz z wymaganiami technicznymi i organizacyjnymi wysyłania oraz odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy jej użyciu, co było zgodne z § 2 ust. 1 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- w SIWZ zawarto zapis o konieczności uprzedniego zaakceptowania przez wykonawcę warunków korzystania z tej aplikacji, co było zgodne z § 2 ust. 2 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- zamawiający udostępnił zainteresowanym wykonawcom informację na temat specyfikacji połączenia²⁷, formatu przesyłanych danych²⁸ oraz kodowania i oznaczania czasu przekazania danych²⁹, co było zgodne z § 3 ust. 3 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*;
- oferta, oświadczenia, w tym JEDZ³⁰, wykazy i inne dokumenty wskazane w SIWZ musiały być przesłane w formatach danych³¹ zawartych w załączniku nr 2 do *rozporządzenia KRI* oraz zostać podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym i zaszyfrowane, co było zgodne z § 3 ust. 2 oraz § 4 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*.

W objętej badaniem próbie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie odstępował od zasady stosowania komunikacji elektronicznej, w zakresie przewidzianym art. 10c ust. 1 *PZP*, ani nie skorzystał z – przewidzianej przez art. 10d *PZP* – możliwości wprowadzenia wymogu użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne.

W obu badanych postępowaniach wykonawcy złożyli łącznie trzy oferty, wszystkie one zostały podpisane przy użyciu ważnego podpisu kwalifikowanego oraz posiadały znaczniki czasu odpowiadające okresowi prowadzenia tych postępowań, a komunikacja z wykonawcami odbywała się tylko za pośrednictwem wdrożonej aplikacji webowej (platformy zakupowej). Sprawdzenia poprawności złożonych podpisów kwalifikowanych dokonywali upoważnieni pracownicy Urzędu, a przedłożona dokumentacja potwierdziła ich prawidłowość.

W toku kontroli stwierdzono także, że nie dokonano unieważnienia postępowania OR-P.271.10.2019 w związku z art. 93 ust.1 pkt 7 *PZP*, pomimo wystąpienia wad

²⁷ Stały dostęp do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 56 KB/s.

²⁸ Dopuszczono przysyłanie plików o wielkości do 100 MB w formatach: .doc, .docx, .pdf, .xml, .rtf, .odt oraz .zip.

²⁹ Oznaczenie czasu odbioru danych przez aplikację stanowiła przypięta do dokumentu elektronicznego data oraz dokładny czas (hh:mm:ss), znajdujące się po lewej stronie dokumentu w kolumnie: „Data przesłania”. Używane przez wykonawcę przeglądarki musiały obsługiwać Active X lub Javę oraz posiadać siłę szyfrowania 128bit.

³⁰ Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej: „JEDZ”).

³¹ Formaty: .doc, .docx, .pdf, .xml, .rtf, .odt oraz .zip.

uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co opisano w sekcji dotyczącej nieprawidłowości.

(akta kontroli str. 65; 319-452; 453-456)

Archiwizacja dokumentów przetargowych przeprowadzanych z wykorzystaniem aplikacji wspierającej proces zamówień publicznych, według wyjaśnień Burmistrza i informacji przekazanych przez dostawcę aplikacji³², spełniała wymagania techniczne, w zakresie zgodności z wymogami określonymi w § 6 ust. 1 pkt 2 *rozporządzenia w sprawie komunikacji elektronicznej*. Nie zapewniono jednak w zawartej umowie wpisania postanowień dotyczących tego obowiązku oraz sposobu postępowania z dokumentami przetargowymi po zakończeniu czasu obowiązywania umowy z dostawcą, co opisano w sekcji dotyczącej stwierdzonych nieprawidłowości.

(akta kontroli str. 7-49; 453-456)

Wykonawcy badanych postępowań o zamówienie publiczne nie wnosili w trakcie ich trwania środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach Działu VI *PZP*, w tym dotyczących stosowania przez kontrolowaną jednostkę komunikacji elektronicznej.

(akta kontroli str. 321-452)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. W ramach postępowania OR-P.271.10.2019 „*Całoroczne utrzymanie dróg, placów, chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz terenów zielonych w obrębie parków i osiedli mieszkaniowych w granicach administracyjnych Dzierżoniowa*” przeprowadzono badanie dwóch złożonych ofert, mimo, że zachodziły przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 *PZP* w związku z wystąpieniem wad uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powodem tego było otwarcie w dniu 28 marca 2019 r. jednej ze złożonych ofert już po zakończeniu sesji otwarcia ofert i już bez udziału Wykonawców, co naruszyło zasady określone w art. 7 ust 1; art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 2 i 4 *PZP*, albowiem procedura otwarcia oferty nie odbyła się w sposób jawny dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie podano nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, ceny, warunków płatności oraz terminu wykonania zamówienia dla tej oferty. W związku z tym postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zatem wystąpiła okoliczność jego unieważnienia określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 *PZP*.

Według wyjaśnień pracowników Urzędu uczestniczących w otwarciu ofert w przedmiotowym postępowaniu sesja otwarcia była jawna, a informacje wymagane przepisami *PZP* zostały niezwłocznie przekazywane uczestnikom postępowania. Natomiast w przedstawionych wyjaśnieniach Burmistrz stwierdził, że nie podjęto żadnych działań związanych z badaniem tej oferty, ponieważ wystąpiła przesłanka prawna prowadząca do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 *PZP*, tj. z uwagi na to iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę jaką Gmina mogła przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Według Burmistrza przesłankami do zastosowania unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne z art. 93 ust. 1 pkt 7 *PZP* jest zaistnienie co najmniej jednej

³² Kontrola nie obejmowała sprawdzenia i weryfikacji oprogramowania na serwerze dostawcy aplikacji.

z przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1³³ i 6³⁴ *PZP*, a w przedmiotowym postępowaniu do zawarcia umowy nie doszło.

NIK nie zgadza się z argumentami pracowników Urzędu uczestniczących w otwarciu tych ofert, ponieważ okoliczności otwarcia ofert opisane w mailu z dnia 2 kwietnia 2019 r., skierowanym do dostawcy aplikacji, wskazują jednoznacznie, że jedna z ofert została otwarta po sesji, na której byli obecni obaj Wykonawcy, już bez ich obecności. Potwierdza to, że procedura ich otwarcia nie odbyła się w sposób jawny dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie podano nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, ceny, warunków płatności oraz terminu wykonania zamówienia dla tej oferty, co wskazuje na naruszenie zasady określone w art. 7 ust 1; art. 8 ust. 1 oraz art. 86 ust. 2 i 4 *PZP*. NIK nie zgadza się także z przedstawioną argumentacją Burmistrza, ponieważ same porównanie ceny ofert stanowi już działania związane z ich badaniem, a przytoczone przepisy art. 146 *PZP* dotyczą unieważnienia zawartej umowy, do zawarcia której w przedmiotowym postępowaniu nie doszło. Publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia oferty stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. Brak podania do publicznej wiadomości - odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 *PZP* - powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto należy wskazać, że w przedmiotowym przypadku weryfikacja zaproponowanej przez oferenta ceny nie powinna mieć miejsca. Przyczyna uzasadniająca unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 *PZP* była zatem pierwotna wobec późniejszego stwierdzenia okoliczności umożliwiających unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 *PZP*. Należy przy tym zauważyć, że gdyby zamawiający nie skorzystał z możliwości, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 *PZP*, istniałoby ryzyko zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu.

(akta kontroli str. 319-389; 488-490)

2. W zawartej w dniu 28 grudnia 2018 r. umowie z dostawcą aplikacji webowej wykorzystywanej w procesie zamówień publicznych nie zapewniono wpisania postanowień dotyczących obowiązku dokonywania elektronicznej archiwizacji dokumentów elektronicznych związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz sposobu postępowania z dokumentami przetargowymi po zakończeniu czasu obowiązywania umowy z dostawcą. Zgodnie z przekazanymi przez Zastępcę Burmistrza wyjaśnieniami brak jednoznacznych zapisów dotyczących reguł archiwizacji przy wykorzystaniu platformy internetowej wynikał z założeń i wiedzy, że platforma z istoty funkcjonowania daje możliwość zabezpieczenia elektronicznych zapisów, dokumentów oraz czynności wykonywanych podczas prowadzonego zamówienia.

³³ Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

³⁴ Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

W trakcie trwania czynności kontrolnych Burmistrz wystąpił do dostawcy użytkowanej aplikacji webowej o podpisanie aneksu regulującego archiwizację dokumentów elektronicznych, a aneks taki został podpisany w dniu 13 sierpnia 2019 r.

(akta kontroli str. 7-49; 472-474; 487; 492-493)

OCENA CZĄSTKOWA

Najwyższa Izba Kontroli ocenia, że w objętej badaniem próbie kontrolnej postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi UE stosowano komunikację elektroniczną, a w ogłoszeniach o udzielenie zamówienia wskazywano wymagania organizacyjne i techniczne tej komunikacji, dochowując wymogów określonych w § 2 ust. 1 i § 3 ust. 3 *rozporządzenie w sprawie komunikacji elektronicznej*. Aplikacja wykorzystywana do komunikacji elektronicznej, pomimo braku stosownych postanowień w umowie, zapewniała właściwą archiwizację oraz przechowywanie dokumentów elektronicznych i metadanych. Niemniej unieważniając postępowanie OR-P.271.10.2019 nie wskazano jako podstawy prawnej unieważnienia art. 93 ust.1 pkt 7 *PZP*, pomimo wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

OBSZAR

3. Działania informacyjno-promocyjne i szkoleniowe w Urzędzie Miasta w Dzierżoniowie związane z informatyzacją procesu udzielania zamówień publicznych

Opis stanu
faktycznego

W związku z zakupem narzędzia informatycznego wspomagającego proces zamówień publicznych przeszkolono trzech pracowników Urzędu. Osoby te stanowiły cały zespół Biura Zamówień Publicznych Urzędu. Szkolenie to zostało przeprowadzone w trybie on-line, na podstawie zobowiązania dostawcy wynikającego z zawartej z nim w dniu 28 grudnia 2018 r. Umowy o świadczenie usług drogą elektroniczną i zostało przeprowadzone w dniach: 4 stycznia 2019 r.; 18 stycznia 2019 r. oraz 2 lipca 2019 r.³⁵

Wdrożenie tej aplikacji odbywało się przy udziale Sekretarz Gminy, która nadzorowała jej zakup. Dodatkowo według wyjaśnień złożonych przez Burmistrza funkcjonalność i przeznaczenie tego narzędzia znane były kadry zarządzającej Urzędu i nie ma potrzeby odbywania szkoleń szczegółowych w tym zakresie.

W zakresie działań informacyjno-promocyjnych na stronach Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu³⁶ zamieszczono informację o tym, że postępowania o udzielenie zamówień publicznych o wartości równej lub większej od progów UE, wszczęte od 1 stycznia 2019 r., są prowadzone z wykorzystaniem platformy zakupowej, a także podano dane centrum wsparcia dostawcy oprogramowania w celu uzyskania przez zainteresowanych wszelkich informacji związanych z procesem składania ofert, rejestracji czy innych aspektów technicznych.

(akta kontroli str. 312-315; 467; 475-482; 491)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie nie stwierdzono nieprawidłowości

OCENA CZĄSTKOWA

Najwyższa Izba Kontroli pozytywnie ocenia podjęte w Urzędzie działania informacyjno-promocyjne i szkoleniowe związane z informatyzacją procesu udzielania zamówień publicznych oraz obsługą platformy e-Zamówienia.

³⁵ Szkolenie dla pracownika będącego w momencie wdrożenia aplikacji długotrwale nieobecny.

³⁶ <https://bip.um.dzierzoniow.pl/Article/id,1325.html>.

IV. Uwagi i wnioski

- Uwaga NIK zwraca uwagę, że opisane w niniejszym wystąpieniu pokontrolnym nieprawidłowości związane z naruszeniami przepisów *PZP*, wskazują na potrzebę podjęcia działań wzmacniających w Urzędzie kontrolę zarządczą w celu urzeczywistnienia jednego z określonych w art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o *finansach publicznych*³⁷ wymogów, tj.: zapewnienia realizacji celów i zadań kierowanej jednostki sektora finansów publicznych, w sposób zgodny z prawem.
- Wnioski W związku z usunięciem pozostałych stwierdzonych nieprawidłowości w toku niniejszej kontroli, Najwyższa Izba Kontroli, odstępuje od formułowania wniosków pokontrolnych.

V. Pozostałe informacje i pouczenia

Wystąpienie pokontrolne zostało sporządzone w dwóch egzemplarzach; jeden dla kierownika jednostki kontrolowanej, drugi do akt kontroli.

Prawo zgłoszenia
zastrzeżeń

Zgodnie z art. 54 *ustawy o NIK* kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia na piśmie umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, w terminie 21 dni od dnia jego przekazania. Zastrzeżenia zgłasza się do dyrektora Delegatury NIK we Wrocławiu. Prawo zgłaszania zastrzeżeń, zgodnie z art. 61b ust. 2 *ustawy o NIK*, nie przysługuje do wystąpienia pokontrolnego zmienionego zgodnie z treścią uchwały w sprawie zastrzeżeń.

Obowiązek
poinformowania
NIK o sposobie
wykorzystania uwag

Zgodnie z art. 62 *ustawy o NIK* należy poinformować Najwyższą Izbę Kontroli, w terminie 21 od otrzymania wystąpienia pokontrolnego, o sposobie wykorzystania uwag.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, termin przedstawienia informacji liczy się od dnia otrzymania uchwały o oddaleniu zastrzeżeń w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego.

Wrocław, września 2019 r.

Kontroler
Cezary Mazik

Główny specjalista kontroli państwowej

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura we Wrocławiu
Dyrektor
Radosław Kujawiński

.....
podpis

.....
podpis

³⁷ Dz. U. z 2019 r. poz. 869.