

Kielce dnia 09.06.2010 r.

WK-060/16/2780/2010

Pan Marek Scelina
Dyrektor Miejskiego Ośrodka
Pomocy Rodzinie
w Kielcach

Wystąpienie pokontrolne

Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach na podstawie art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn., Dz. U. z 2001 r., Nr 55, poz. 577 z późn. zm.), w związku z § 4 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 lipca 2004 roku w sprawie siedzib i zasięgu terytorialnego regionalnych izb obrachunkowych oraz szczegółowej organizacji izb, liczby członków kolegium i trybu postępowania (Dz. U. Nr 167, poz. 1747) przeprowadziła w Miejskim Ośrodku Pomocy Rodzinie w dniach 7 – 13 kwietnia 2010 roku doraźną kontrolę w zakresie realizacji inwestycji pn: „Rozbudowa, przebudowa i nadbudowa budynku Ośrodka Rehabilitacyjno – Edukacyjno – Terapeutyczno – Wychowawczego dla Dzieci i Młodzieży z Autyzmem „.

W wyniku kontroli stwierdzono niżej opisane nieprawidłowości i uchybienia, które powstały wskutek nieprzestrzegania obowiązujących przepisów przez osoby odpowiedzialne za gospodarkę finansową Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach.

Przedstawiając ustalenia kontroli, Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach, na podstawie art. 9 ust. 2 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych wnosi o ich wykorzystanie celem usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości poprzez realizację niżej przedstawionych wniosków pokontrolnych oraz podjęcia innych działań w celu nie dopuszczenia do powstania podobnych nieprawidłowości w dalszej działalności statutowej Ośrodka.

1. W dniu 23 lipca 2009 roku Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych pod Nr 250044 ogłoszenie o zamówieniu, w którym nie określił wielkości lub zakresu zamówienia. Zaniechał on bowiem obowiązku obok samej nazwy inwestycji podania szczególnie ważnej dla potencjalnych oferentów informacji, że przedmiotem zamówienia publicznego nie jest realizacja całego zadania inwestycyjnego jak sugeruje jego nazwa; „Rozbudowa, przebudowa i nadbudowa budynku Ośrodka Rehabilitacyjno Edukacyjno, Terapeutyczno Wychowawczego dla Dzieci i Młodzieży z Autyzmem” lecz tylko jego I etap, tj: wykonanie stanu surowego zamkniętego obiektu, z wyłączeniem wykonywania stanu wykończeniowego, instalacji, itp. Zaistniałe niedopełnienie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia publicznego ze wskazaną szczegółowością uwzględniającą wszystkie wymagania oraz okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie właściwej, adekwatnej oferty potencjalnych wykonawców naruszało w swojej konsekwencji:

* art. 41 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DZ.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655) wobec braku określenia zakresu i wielkości przewidzianych do wykonania robót budowlanych, w tym przypadku właściwych tylko dla stanu surowego, tym samym odmiennych ilościowo i jakościowego od załączonego projektu. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie dopełnił obowiązku poinformowania wykonawców w ogłoszeniu, że przedmiotem zamówienia jest tylko stan surowy zamknięty obiektu, co oznacza tym samym, że nie

będą wykonywane: tynki, oblicowania, roboty malarskie, podłóża betonowe, podłogi, posadzki, instalacje elektryczne, sanitarne, itp.

* art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych wobec zaniechania określenia przedmiotu zamówienia publicznego na wykonanie zadania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W opisanej sytuacji nie dopełnienie ustawowego obowiązku wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu mogło utrudniać uczciwą konkurencję potencjalnym oferentom i ich równe traktowanie w postępowaniu. Jednocześnie stwierdzono podczas kontroli podanie potencjalnym oferentom sprzecznych informacji na temat przedmiotu i zakresu udzielanego zamówienia publicznego - odmiennie w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym oraz opracowanej SIWZ, co w swojej istocie również narusza wskazany wyżej art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych w aspekcie przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odpowiedzialność za powyższe nieprawidłowości ponosi Dyrektor Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach.

Stwierdzona wyżej nieprawidłowość może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r., o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 14, poz. 114) wobec udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tego tytułu może ponosić Dyrektor Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach.

Wniosek pokontrolny Nr 1

1.1 W ogłoszeniu o zamówieniu publicznym udzielanym w trybie przetargu nieograniczonego zawierać, co najmniej informacje określone w art. 41 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

1.2 W trybie przeprowadzanego postępowania przetargowego przestrzegać obowiązku, aby treść ogłoszenia o udzielanym zamówieniu publicznym w zakresie jego wielkości oraz przedmiotu była tożsama, zgodna i spójna z treścią opracowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia celem równego traktowania wykonawców, tym samym zapewnienia uczciwej konkurencji na etapie przygotowania ofert oraz postępowania przetargowego stosownie do art. 29 ust. 2, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

2. W opracowanej SIWZ (rozdział VIII pkt. 3 b) Zamawiający postawił warunek, że wykonawcy mają posiadać doświadczenie zawodowe „...rozumiane jako należyte wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 1.300.000,00 zł brutto...”. Podany opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków nie zawierał informacji, że Zamawiającemu chodzi o roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym konstrukcyjnym, gdyż takie stanowiły przedmiot zamówienia - wskutek powyższego zaniechania opis ten nie spełniał wymagań określonych w art. 36 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), w związku z § 1 ust. 2 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 roku, zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 188, poz. 1155). Stwierdzona wyżej nieprawidłowość była przyczyną zaniechania dopełnienia przez Zamawiającego ustawowego obowiązku wezwania oferenta (Zakład Usługowo Handlowy „Gambit”) do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wymagane doświadczenie w realizacji robót budowlanych o rodzaju podobnym do zamierzonego wykonania stanu surowego zamkniętego przebudowywanego obiektu. Przedmiotowy obowiązek wynikał z faktu, że wykonawca ten wykazał się robotami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia tylko do wartości 774.298,00 zł (wymagania dotyczyły kwoty 1.300.000,00 zł). Pozostała wartość wykazanych przez wykonawcę robót na kwotę 2.451.402,00 zł nie stanowiła potwierdzenia wymaganego doświadczenia, gdyż były to roboty instalacyjne, które nie odpowiadały rodzajowo przedmiotowi udzielanego zamówienia. Tym samym na etapie złożenia oferty firma „Gambit” nie spełniała wymagań w zakresie wiedzy oraz doświadczenia potrzebnego do wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia w rozumieniu opracowanej specyfikacji. W zaistniałej sytuacji nie spełnienie przez wykonawcę postawionego warunku, winno skutkować jego wykluczeniem z prowadzonego postępowania zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego to jednak wykluczenia Zamawiający nie mógł dokonać skutecznie, albowiem zaniechał on na etapie wcześniejszym podjęcia działań wynikających z brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz .U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), wobec zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowego wykazu robót. W tym stanie faktycznym rozpatrzenie oferty wykonawcy oraz uznanie, że jego oferta wypełnia warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu, co potwierdzono Załącznikiem do protokołu (druk ZP-17), w sytuacji, gdy wykonawca mógł podlegać wykluczeniu z mocy prawa skutkowało naruszeniem przepisów określonych w ustawie, które mogły mieć wpływ na wynik przeprowadzanego postępowania o udzielenie tegoż zamówienia publicznego. Wprawdzie wskutek zaistniałych później okoliczności, Zamawiający w toku prowadzonego postępowania usunął zaistniałą nieprawidłowość, wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych, a ten w następstwie uzupełnił pierwotny wykaz o dodatkowe roboty na łączną kwotę 689 587,94 zł. Tym samym powyższym konwalidował on zaistniałą uprzednio nieprawidłowość skutkującą w swojej konsekwencji jego wykluczeniem z postępowania, to jednak działania te zostały przeprowadzone przez Zamawiającego już po dokonanych wyborze oferty, faktycznie zaś wymuszone protestem złożonym przez jednego z oferentów. Nie zmienia to jednak faktu, że ze strony Zamawiającego miała miejsce próba ominięcia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz .U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), określonych w art. 26 ust. 3, a w następstwie art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy.

Odpowiedzialność ponosi Dyrektor Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach.

Wniosek pokontrolny Nr 2

2.1 W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierać opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wraz z prawidłowo sporządzonym opisem dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

2.2 Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie opisywać w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w prowadzonym postępowaniu stosownie do art. 7 ust. 1, w związku z art. 22 ust. 2 tej ustawy.

2.3 Przestrzegać obowiązku wzywania wykonawców do uzupełniania dokumentów na okoliczność potwierdzenia posiadanej wiedzy i doświadczenia w stopniu adekwatnym i proporcjonalnym do przedmiotu udzielanego zamówienia publicznego stosownie do wymogów określonych w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

2.4 Rzetelnie dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykluczać wykonawców, którzy nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

3. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania „Rozbudowa, przebudowa i nadbudowa budynku Ośrodka Rehabilitacyjno, Edukacyjno, Terapeutyczno, Wychowawczego dla Dzieci i Młodzieży z Autyzmem” oraz w załączonym do niej wzorze umowy Zamawiający zawarł niejednolite, a nawet wykluczające się postanowienia dotyczące wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, polegające na określeniu, jako obowiązującej – ryczałtowej formy wynagrodzenia (§ 34 umowy oraz rozdz. XVII pkt 1 i pkt 3 oraz pkt 5 SIWZ), stanowiący o zakazie przekraczania wartości umowy, co oznaczało, że wynagrodzenie zostanie wypłacone z chwilą osiągnięcia przez wykonawcę rezultatu w postaci uzyskania stanu surowego zamkniętego obiektu, niezależnie od rzeczywistych kosztów wykonania dzieła i nakładu pracy niezbędnego do jego wykonania. W konsekwencji powyższego ryczałtowa forma wynagradzania z definicji i istoty przetargu wykluczała jakąkolwiek możliwość zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy za przedmiot umowy, czy dopuszczenia możliwości zapłaty dodatkowego wynagrodzenia kosztorysem powykonawczym w przypadku wystąpienia ewent. robót dodatkowych. Równocześnie § 35 umowy stanowił, że: *„...jeżeli w trakcie wykonywania robót wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych, wykonanie ich może nastąpić za dodatkową opłatą, tylko wówczas, gdy nie można ich było przewidzieć...”*. Wprowadzając w zaistniałej sytuacji do umowy pojęcie robót dodatkowych, Zamawiający powiązał je z bezwzględną przesłanką zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącą niemożności przewidzenia pewnych zdarzeń. Tym samym Zamawiający naruszył obowiązujące zasady ryczałtu określone w art. 632 § 1 ustawy Kodeks cywilny, który zakazuje zmiany wynagrodzenia ryczałtowego *„choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”*. Porównanie treści art. 632 § 1 K.c. z bezwzględną przesłanką stosowania art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych usprawiedliwia tezę, że z zasady zamówienia na roboty dodatkowe nie powinny być udzielane w przypadku ustalenia ceny ryczałtowej. (*„Szkolenie dla instytucji kontrolujących” Jacek Mańczak – Zmiana i odstąpienie od umowy str 40*)

Odpowiedzialność za powyższe ponosi Dyrektor jednostki kontrolowanej.

Wniosek pokontrolny Nr 3

3.1 Przestrzegać istoty wynagrodzenia ryczałtowego określonej w art. 632 § 1 i § 2 ustawy Kodeks cywilny zarówno na etapie konstruowania wzoru umowy, jak również w toku realizacji przedmiotu umowy.

3.2 Unikać sprzeczności co do istoty i sposobu wynagradzania wykonawcy pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wynagrodzenie ryczałtowe), a wzorem umowy stanowiącym załącznik do SIWZ (wynagrodzenie kosztorysowe dla robót dodatkowych).

3.3 W toku realizacji przedmiotu umowy z odpłatnością ustaloną w formie ryczałtu konsekwentnie przestrzegać zasad określonych w art. 632 ustawy kodeks cywilny, jak również dyspozycji określonej w art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

4. Zamawiający zawarł umowę na wykonanie stanu surowego zamkniętego obiektu przy ul. Krakowskiej 360 z wynagrodzeniem ryczałtowym na kwotę 7 50.025,00 zł. W trakcie wykonywania robót przystał on na prośbę wykonawcy i podpisał w dniu 19.11.2009 roku aneks do zawartej umowy na wykonanie robót - *usunięcie skutków osunięcia się ściany od strony zachodniej w części starej budynku*. Przedmiotowe prace choć nie były wyszczególnione w SIWZ, to wchodziły jednak w zakres prac podstawowych, tym samym stanowiły składnik wynagrodzenia ryczałtowego, gdyż bez nich wykonawca nie mógłby zrealizować umówionego dzieła i wywiązać się z zawartej umowy. W zaistniałej zatem sytuacji ustalenie w aneksie odpłatności dla wykonawcy za wykonanie przedmiotowych robót w wysokości 41.450,50 zł (faktura Nr 01/12/09 z dnia 1.12.2009 r.) skutkowało naruszeniem obowiązujących zasad ryczałtu, określonych w art. 632 § 1 i § 2 ustawy Kodeks cywilny, w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie realizacji zawartej umowy wystąpiły okoliczności, których nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W zaistniałej sytuacji podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę może wyłącznie sąd, jeżeli wskutek zmiany sytuacji, której nie można było przewidzieć, wykonanie przedmiotu umowy groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. W rozpatrywanym przypadku przedmiotowe zwiększenie wynagrodzenia ryczałtowego dla wykonawcy nastąpiło wbrew postanowieniom rozdz. XVII pkt 1 i pkt 3 oraz pkt 5 opracowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o treści jak niżej:

1. *Zamawiający ustala, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia w przedmiotowym zamówieniu jest wynagrodzenie ryczałtowe.*

3. *Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dostarczonych przez Zamawiającego dokumentów, w tym przedmiaru robót, jak również w nich nie ujętych, a bez których nie można wykonać zamówienia. W cenie ryczałtowej należy uwzględnić wszystkie okoliczności nieprzewidziane, ale konieczne do wykonania zamówienia.*

5. *Strony nie przewidują możliwości przekroczenia wartości umowy przez Wykonawcę, co wynika z istoty przetargu i związanym z tym ryzykiem Wykonawcy.*

W zaistniałej sytuacji zaniechanie przestrzegania obowiązujących zasad ryczałtu, jak również postanowień opracowanej SIWZ, zakazujących zwiększania wynagrodzenia ryczałtowego skutkowało w konsekwencji wypłaceniem wykonawcy wynagrodzenia wyższego, niż określone w umowie pierwotnej o kwotę 41.450,50 zł (faktura Nr 01/12/09 z dnia 1.12.2009 r.), wskutek wykonania - *usunięcia skutków osunięcia się ściany od strony zachodniej w części starej budynku*, które to koszty powinny być obciążać wykonawcę w ramach zawartej umowy pierwotnej, albowiem nie zwiększały one zakresu zamówienia, nie były również w jakikolwiek inny sposób usprawiedliwione w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem przy ich uwzględnieniu należałoby zmieniać treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru tegoż oferenta.

Odpowiedzialność za wskazaną nieprawidłowość ponosi Dyrektor MOPR.

Wniosek pokontrolny Nr 4

4.1 Dokonać ponownego rozliczenia wykonanych robót z uwzględnieniem przedstawionych zasad i wystąpić do wykonawcy o dobrowolny zwrot nadpłaconego wynagrodzenia.

4.2 W przypadku odmowy dobrowolnego uregulowania tego roszczenia rozważyć skierowanie sprawy na drogę postępowania sądowego.

5. Zamawiający prowadził w 2009 roku roboty budowlane w celu wykonania „Rozbudowy przebudowy oraz nadbudowy Ośrodka przy ul Krakowskiej 360 w Kielcach „w wyniku udzielenia temu samemu wykonawcy dwóch zamówień publicznych. Jedno zamówienie

zostało udzielone we wrześniu 2009 roku w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej na kwotę 1.397.146,32zł (wykonanie stanu surowego zamkniętego), drugie natomiast zamówienie o wartości robót na kwotę 141.642,64 zł (wymiana instalacji CO wraz z wymianą kotła o wartości 20.000,00 zł) udzielone zostało wykonawcy w listopadzie 2009 roku w trybie nie konkurencyjnym, bez przetargu. Szczególnie istotne okoliczności dotyczące tych zamówień, mające znaczny wpływ z punktu widzenia kontroli na ocenę zgodności działań Zamawiającego z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych to:

- * roboty wykonywane na tym samym obiekcie budowlanym,
- * roboty wykonywane w tym samym czasie, praktycznie równolegle, przy czym bo oba zamówienia zakończono jednocześnie w dniu 23.12.2009 roku

W uzasadnieniu dokonanego podziału zamówienia Zamawiający wskazał: *„że ze względu na zbliżającą się zimę oraz konieczność zabezpieczenia obiektu w celu uniknięcia przemarzania ścian, nabrania przez mury nadmiernej wilgoci itp., a tym samym ich uszkodzenia podjęto decyzję o uruchomieniu kotłowni”* Powyższe nie tłumaczy zarówno faktu dokonanego podziału (okoliczność nadchodzącej zimy była przecież znana od początku rozpoczęcia zamówienia), jak również faktu odstąpienia Zamawiającego od istniejącego obowiązku udzielenia drugiego zamówienia w tym samym trybie, co pierwsze zamówienie, bowiem łączna wartość wszystkich robót na budowie według kosztorysu inwestorskiego wynosiła 2 374 544,46 zł (brutto), co jednoznacznie oznaczało zastosowanie takich samych wymagań proceduralnych dla każdej wydzielonej części zamówienia, jak dla łącznej wartości zamówienia zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), który stanowi: *„jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia”* W zaistniałym stanie faktycznym doszło zatem do naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy (dotyczy drugiego zamówienia) dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartość.

W zaistniałym stanie faktycznym w trakcie realizacji I etapu budowy, jakim było wykonanie stanu surowego zamkniętego przedmiotowej inwestycji Zamawiający w dniu 19 listopada 2009 roku zlecił wykonawcy wykonanie części robót przewidzianych do realizacji w następnym etapie budowy (stan wykończeniowy), polegających na wymianie kotła CO oraz instalacji centralnego ogrzewania zawierając z nim stosowny aneks do umowy. W konsekwencji przedmiotowego aneksu wobec zaistniałego rozszerzenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, tym samym zwiększenia odpłatności o kwotę wyliczoną przez wykonawcę na kwotę 141.642,64 zł nastąpiła modyfikacja istniejącego stosunku zobowiązaniowego. W tym stanie rzeczy zlecenie wykonawcy robót z zakresu II etapu, czego nie przewidywała złożona oferta, przeprowadzono z naruszeniem art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w ust. 1 stanowi, że „zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie” zaś w ust. 3, że „umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” Naruszeniem tegoż artykułu było również jednostronne zastrzeżenie w SIWZ prawa Zamawiającego do rozszerzania zakresu zamówienia już w trakcie jego realizacji. W obowiązującym stanie prawnym nie jest możliwa zmiana zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do jego zobowiązania zawartego w ofercie. W zamyśle ustawodawcy gwarantować to miało tożsamość świadczenia wykonawcy z jego zobowiązaniem ofertowym w celu zachowania zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. W zaistniałej zatem sytuacji udzielenie wykonawcy nowego zamówienia publicznego w wyniku zawartego porozumienia (aneksu), zamiast w wyniku odrębnie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, przy zaniechaniu zastosowania jednego z trybów postępowania wskazanych w art. 10 obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych świadczy o naruszeniu art. 7 ust. 3 ustawy,

zgodnie z którym zamówień publicznych udziela się wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Stosownie do oświadczenia Zamawiającego złożonego do protokołu kontroli wymiana instalacji i kotła CO miała na celu uruchomienie ogrzewania, które według niego było konieczne, aby zachować przewidziane projektem reżimy technologiczne i parametry techniczne. Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zlecone do wykonania roboty nie stanowiły robót dodatkowych wobec robót podstawowych objętych umową, gdyż nie zachodziła podstawowa przesłanka przewidziana w tym trybie dla robót określanych jako „dodatkowe” – „ich wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia”. Wystąpienie momentu zaskoczenia zaistniała sytuacja, nie było możliwe, gdyż Zamawiający podpisując umowę we wrześniu 2009 roku na stan surowy zamknięty musiał mieć świadomość konieczności ogrzewania budynku już od 15 października 2009 roku (rozpoczęcie sezonu grzewczego), tym samym i konieczność przygotowania instalacji CO do eksploatacji. Ponadto w postępowaniu nie dopełniono obowiązku zawarcia nowej umowy na wykonanie robót (etap II) na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, co stanowiło naruszenie art. 35 ust. 4 oraz art. 138 pkt 5, w związku z art. 189 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku, o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.), zgodnie z którymi jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych. Ocena stanu faktycznego wykazała, że roboty instalacyjne polegające na wymianie kotła CO oraz instalacji centralnego ogrzewania o wartości przekraczającej 14.000 Euro (rzeczywista wartość zamówienia - 30.834,92 euro) wykonywała firma w stosunku do której Zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym nie miał on rozeznania co do tego, że propozycja wykonawcy wykonania instalacji CO za kwotę 141.642,64 zł., złożona w trybie niekonkurencyjnym była najkorzystniejszą z możliwych ofert w tym zakresie.

Odpowiedzialność za powyższe ponosi Dyrektor jednostki kontrolowanej.

Nieprawidłowość powyższa może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych stosownie do art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku, o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U Nr 14, poz. 114), zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tego tytułu może ponosić Dyrektor Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Kielcach.

Wniosek pokontrolny Nr 5

5.1 Przy wyborze trybu udzielania zamówienia publicznego przestrzegać zasady określonej w art. 32 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zgodnie z którą o trybie postępowania w celu udzielenia zamówień jednostkowych decyduje łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

5.2 Przestrzegać obowiązku zlecenia zadań na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawierania umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane – w trybie konkurencyjnym na zasadach określonych w przepisach ustawy o zamówieniach publicznych, stosownie do art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r., o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240).

5.3 Zamówień publicznych w kwotach powyżej równowartości 14000 euro udzielać wyłącznie wykonawcom wybranym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), przy zastosowaniu jednego z trybów postępowania określonych w art. 10 tej ustawy z uwzględnieniem art. 7 ust. 3 tej ustawy.

5.4 W trakcie realizacji udzielonego zamówienia publicznego przestrzegać zasady tożsamości realizowanego zakresu rzeczowego inwestycji z ofertą wykonawcy złożoną w postępowaniu, stosownie do art. 140 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

5.5 W przypadku wystąpienia robót dodatkowych przestrzegać uwarunkowań określonych w art. 67 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Przedstawiając powyższe ustalenia kontroli, Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach na podstawie art.9 ust.3 ustawy z dnia 7 października 1992 r o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz. U z 2001, roku, Nr 55, poz. 577 z późn. zm.) wnosi o podjęcie działań zmierzających do wyeliminowania stwierdzonych nieprawidłowości i oczekuje od Pana Dyrektora informacji o wykonaniu wniosków pokontrolnych lub przyczynach ich niewykonania, w terminie 30 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia.

Do wniosków zawartych w wystąpieniu służy prawo złożenia zastrzeżeń na podstawie art. 9 ust. 3 i ust. 4 przedmiotowej ustawy do tut. Kolegium za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 14 dni od daty otrzymania wystąpienia pokontrolnego.

W przypadku skorzystania z powyższego uprawnienia prosimy o złożenie zastrzeżeń także w formie elektronicznej na adres: wkgf@kielce.rio.gov.pl.

PREZES
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Kielcach
/-/
mgr Henryk Rzepa

Do wiadomości :
Prezydent Miasta Kielce