

Uchwała Nr 39/2007
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach
z dnia 4 lipca 2007 roku

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosków pokontrolnych Nr 3, Nr 4, Nr 6, Nr 12 i Nr 25 objętych wystąpieniem pokontrolnym Izby, znak: WK-60/80/1857/2007 z dnia 14 maja 2007 roku

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Kielcach, w składzie:

Przewodniczący: – Henryk Rzepa - Prezes Izby

Członkowie: Ireneusz Piasecki, Wojciech Czerw, Monika Dębowska - Sołtyk, Janina Kopczyńska, Joanna Marczevska

na podstawie art. 25 b ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2001 r., Nr 55, poz. 577 z późn. zm.).

postanowia

oddalić złożone zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosków pokontrolnych Nr 4 i Nr 6 oraz uwzględnić zastrzeżenia Burmistrza dotyczące wniosków pokontrolnych Nr 3, Nr 12 i Nr 25 objętych wystąpieniem pokontrolnym Izby, znak: WK-60/80/1857/2007 z dnia 14 maja 2007 roku.

Uzasadnienie

Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach w dniu 16 maja 2007 roku skierowała do Burmistrza Miasta i Gminy Końskie wystąpienie pokontrolne znak: WK-60/80/1857/2007 sporządzone po przeprowadzonej kontroli kompleksowej w Urzędzie Miasta i Gminy Końskie.

Na podstawie art. 9 ust. 3 i ust. 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych złożone zostały zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosków pokontrolnych Nr 3, Nr 4, Nr 6, Nr 12, Nr 25, objętych wyżej wymienionym wystąpieniem pokontrolnym. Przedmiotowe zastrzeżenia złożone zostały w terminie, o którym stanowi art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2001 r., Nr 55, poz. 577 z późn. zm.).

Wniosek pokontrolny Nr 3

3. W trakcie realizacji robót inwestycyjnych nie wprowadzać zmian w umowie niekorzystnych dla zamawiającego stosownie do art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r., Nr 164, poz. 1163).

W trybie rozpatrywania zastrzeżeń Kolegium Izby przychyliło się w tym punkcie do wyjaśnienia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie, zawartego w piśmie z dnia 1 czerwca 2007 roku, znak: Or.-0911-1/07 uwzględniając przedstawione w nim tezy, że:

a) nie można wywodzić, że zgoda na przesunięcie terminu wykonania robót naraziła Gminę na utratę korzyści z kar umownych, bowiem wykonawca był w stanie roboty wykonać, a zmiana terminu leżała w interesie obu stron. Gmina wołała mieć zakończone roboty nawierzchniowe później, ponieważ ruch budowlany na działkach uzbrajanego osiedla dopiero się rozpoczynał. Właściciele zakupionych od Gminy działek opracowywali projekty budowlane i w wielu przypadkach wnosili o zmiany lokalizacji zjazdów na posesje.

b) nie bez znaczenia jest też, że im później ułożona i odebrana nawierzchnia, tym dłuższa gwarancja na nią. Należy wziąć pod uwagę, że w czasie budowy osiedla drogi wskutek transportu materiałów i maszyn budowlanych zużywają się intensywniej. Nie można więc twierdzić, że przesunięcie terminu ułożenia samej nawierzchni

(przebudowa już była) z grudnia na maj następnego roku jest zmianą niekorzystną dla inwestora.

W tym stanie rzeczy nie można też powiedzieć, że poprzez zmianę aneksem terminu zakończenia robót drogowych na nieistniejącym jeszcze osiedlu naruszono art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, prawo zamówień publicznych (Dz. U., Nr 19, poz. 117 ze zm.), wprowadzając do umowy niekorzystną dla Zamawiającego zmianę.

Z powyższych względów Kolegium Izby uwzględniło zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosku pokontrolnego Nr 3, uchylając postawiony wniosek w całości.

Wniosek pokontrolny Nr 4

4.1 Nie wprowadzać zmian w umowie niekorzystnych dla Zamawiającego stosownie do art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U., Nr 19, poz. 117 ze zm.).

4.2 Przestrzegać postanowień umownych w zakresie naliczania i egzekwowania kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

W trybie rozpatrywania zastrzeżeń zgłoszonych przez Burmistrza Miasta i Gminy Końskie wobec wniosku pokontrolnego Nr 4 dotyczącego w istocie rzeczy zakazu wprowadzania do umowy zmian niekorzystnych dla Zamawiającego, Kolegium Izby zauważyło, że:

a) w wyniku podpisania Aneksu Nr 4 z wykonawcą nastąpiło w konsekwencji kolejne już przesunięcie terminu zakończenia przedmiotowych robót, tym razem z dnia 15 grudnia 2005 roku na dzień 30 kwietnia 2006 roku. Powyższe nie było uzasadnione szczególnymi względami wynikającymi z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, gdyż niekorzystne warunki atmosferyczne do wykonywania nawierzchni asfaltowych są możliwe do przewidzenia w listopadzie, czy tym bardziej w grudniu. Tym samym zmiana tegoż terminu oznaczała jedynie usprawiedliwienie zwłoki wykonawcy w terminowej realizacji przedmiotu umowy, co skutkowało uniknięciem kar umownych znaczącej wartości po jego stronie. W tej sytuacji podpisanie aneksu było niekorzystne dla Gminy, co zanegował Burmistrz wywodząc wręcz odwrotną sugestię, tj. uzyskanie korzyści. Tymi korzyściami według oświadczenia Burmistrza było wstrzymanie układania dywanika asfaltowego, tj. uchronienie nawierzchni asfaltowych przed uszkodzeniami, wobec intensywnej eksploatacji dróg przez właścicieli posesji zlokalizowanych przy budowlanych drogach. Zgłoszona teza nie została jednakże udokumentowana, że faktycznie taka znacząca intensyfikacja eksploatacji drogi miała miejsce.

b) ustalenia dotyczące korzyści osiągniętych przez Gminę z samego faktu przesunięcia terminu ułożenia asfaltu z roku 2005 (według umowy) na kwiecień 2006 roku (według aneksu Nr 4), co sugeruje Burmistrz należy bezsprzecznie rozpatrywać pod kątem braku osiągnięcia na dzień 15 grudnia 2005 roku ustalonych umową efektów rzeczowych w postaci wodociągów, kanalizacji sanitarnej, deszczowej, dróg asfaltowych osiedla, pomimo poniesienia już przez Gminę znaczących nakładów w kwocie ok. 3 mln zł. Pożądany efekt rzeczowy Gmina uzyskała dopiero w miesiącu maju 2006 roku, kiedy to podpisano protokół końcowy odbioru robót i przekazania inwestycji do użytkowania. Wyjaśnienie Burmistrza idące w kierunku wykazania związku przyczynowo skutkowego faktu podpisania aneksu z intensyfikacją usług transportowych na niedokończonych drogach osiedla nie znajduje racjonalnego uzasadnienia, wobec łączenia dwóch operacji gospodarczych mających jedną wspólną cechę, niedopuszczalną według zasad sztuki budowlanej, jaką było ich równoległe prowadzenie (układanie asfaltu oraz realizacja robót budowlanych) w środku sezonu zimowego.

c) zmiana terminu wykonania przedmiotu umowy drogą ustaleń z wybranym już wykonawcą nie jest możliwa na gruncie przepisów obowiązującej ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż stanowi w swojej konsekwencji przesłankę naruszenia

zasady uczciwej konkurencji wobec wszystkich wykonawców uczestniczących w przetargu (art. 7 ust. 1 ustawy) dla których Zamawiający określił inne warunki realizacji zamówienia.

W tym stanie rzeczy argumentacja przedstawiona przez Burmistrza nie może stanowić uzasadnienia dla zaistniałego stanu prawnego. Należy się zgodzić z ustaleniami kontroli oraz postawionymi wnioskami pokontrolnym, że doszło do niekorzystnych zmian umowy dla Zamawiającego z przyczyn tam wykazanych, a jednocześnie naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, tym bardziej, że w swoim stanowisku Burmistrz nie wykazał sugerowanych korzyści, jakie odniosła Gmina poprzez dopuszczenie do zmiany umowy. W zaistniałej sytuacji tezy Burmistrza nie zasługują na uwzględnienie.

W związku z powyższym Kolegium Izby postanowiło oddalić zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosku pokontrolnego Nr 4.

Wniosek pokontrolny Nr 6

6.1 Przy realizacji robót budowlanych przez wykonawcę z udziałem podwykonawców przestrzegać zasad określonych w art. 647¹K.c., w związku z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006r., Nr 164, poz. 1163).

6.2 Przestrzegać zasad zachowania formy pisemnej przy wprowadzeniu zmian do zawartej umowy stosownie do art. 77 K.c., w związku z art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006r., Nr 164, poz. 1163).

Burmistrz zaskarżył przedmiotowy wniosek pokontrolny twierdząc, że wprowadzenie podwykonawcy nie wymaga formy aneksu, podpisanego przez obie strony umowy. Kolegium Izby zauważyło, że w obecnym stanie prawnym przedmiotowa teza jest niezgodna z przepisami obowiązującego prawa, albowiem:

a) § 1 art. 647¹ k.c. wprowadził obowiązek jednoznacznego, precyzyjnego określenia już na etapie zawierania umowy o roboty budowlane, jaki zakres robót wykonawca będzie wypełniał osobiście, a jaki za pomocą podwykonawców. Zgodnie z tezami piśmiennictwa przepis ten uchyla w umowach o roboty budowlane ogólną regułę dopuszczającą spełnienie świadczenia dłużnika przez osobę trzecią. W tym stanie rzeczy tylko kontraktowe ustalenia pomiędzy inwestorem, a wykonawcą mogą określać dopuszczalny zakres usługi podwykonawcy przy spełnieniu świadczenia. Zatem z obowiązującego przepisu jednoznacznie wynika zasada osobistego wykonania umowy. Stąd też w przypadku, gdy w zawartej umowie nie zostanie określony zakres robót, który ma wykonywać podwykonawca istnieje ustawowy obowiązek wykonania całego zakresu robót osobiście przez wykonawcę. Tym samym, gdy po zawarciu umowy o roboty budowlane wykonawca stwierdzi, że nie jest w stanie zrealizować samodzielnie całego zakresu robót objętych umową, konieczne są zmiany umowy w tym zakresie (Inwestycje Komunalne, Przegląd Zamówień Publicznych Nr 4 kwiecień 2005 roku – Paweł Kuglarz). Należy zaznaczyć, że po zawarciu umowy o roboty budowlane z Gminą, wykonawca bez wyraźnego zaznaczenia w umowie z inwestorem powierzył część robót osobie trzeciej. W zaistniałej więc sytuacji doszło do działań sprzecznych z umową i w tym przypadku inwestor na podstawie art. 636, w związku z art. 657 § 1 k.c. mógł wezwać wykonawcę do zmiany sposobu realizacji zadania, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie od umowy odstąpić albo powierzyć dalsze wykonywanie przedmiotowych robót innej osobie na koszt wykonawcy.

b) w § 2 art. 647¹ k.c. uzależniono skuteczność zawarcia przez wykonawcę umowy z podwykonawcą od uzyskania zgody inwestora, przy czym również zawarcie umowy przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą wymaga uzyskania zgody inwestora i wykonawcy. Stąd w konsekwencji obowiązujących przepisów prawa wykonawca winien przedstawić inwestorowi umowę z podwykonawcą lub projekt takiej umowy. Jednocześnie przyjmuje się, że jeżeli inwestor w terminie 14 dni od przedstawienia

takiej umowy lub jej projektu nie wyrazi sprzeciwu lub nie zgłosi zastrzeżeń, to wyraża zgodę zarówno, co do faktu samego zawarcia umowy z konkretnym podwykonawcą jak i jej treści.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że umowa o roboty budowlane Nr IN-7041/OsK/2004 z 16 sierpnia 2004 roku została nieprawidłowo skonstruowana. Nie precyzuje bowiem zakresu robót wykonawcy i podwykonawców, co wskazywać by mogło, że wykonawca zobligowany był spełnić świadczenie osobiście bez korzystania z usług podwykonawców, a jednocześnie w art. 7 dopuszczono możliwość podpisania umów z podwykonawcami. Burmistrz miałby rację, podnosząc w zastrzeżeniach, że wprowadzenie podwykonawcy nie wymaga aneksu podpisanego przez obie strony, jeżeli umowa precyzowałaby, co do zasady podwykonawstwo i jego zakres. Wówczas można stosować tylko formę zgody inwestora na podpisanie umów z konkretnymi podwykonawcami, co zresztą faktycznie nastąpiło, jednak w zaistniałym przypadku przy naruszeniu obowiązujących przepisów prawa w tym zakresie. Skoro umowa nie dopuszczała podwykonawstwa, ani nie precyzowała jego zakresu, wskazywała jedynie tryb możliwości podpisania umów z podwykonawcami, to wniosek pokontrolny Nr 6.1 jest słuszny. W zaistniałej sytuacji należało bowiem w sposób formalny wprowadzić zmiany do umowy, jeżeli po jej zawarciu okazało się, że wykonawca nie jest w stanie samodzielnie zrealizować całego zakresu robót. Dlatego też z prawnego punktu widzenia zastrzeżenia Burmistrza nie zasługują na uwzględnienie.

W związku z powyższym Kolegium Izby postanowiło oddalić zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosku pokontrolnego Nr 6.

Wniosek pokontrolny Nr 12

12.1 Przestrzegać obowiązku egzekwowania należnych gminie kar umownych z tytułu zwłoki w wykonywaniu przedmiotu umowy.

12.2 W trakcie realizacji robót inwestycyjnych nie wprowadzać zmian w umowie niekorzystnych dla zamawiającego stosownie do art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (Dz. U., Nr 19, poz. 117 ze zm.).

W trybie rozpatrywania zastrzeżeń Kolegium Izby przychyliło się w tym punkcie do wyjaśnienia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie, zawartego w piśmie jego z dnia 1 czerwca 2007 roku, znak: Or.-0911-1/07 uwzględniając przedstawione w nim tezy, że podobnie jak w przypadku osiedla „Królewskie” (wniosek pokontrolny Nr 3) nie można wywodzić, że przesunięcie terminu wykonania robót jest zmianą dla inwestora niekorzystną, a kary za zwłokę były należne. Z winy Skarbnika, a więc Gminy nie doszło do zawarcia umowy we wrześniu. Wykonawca (jedyne w tym przetargu) podpisując zgodę na przedłużenie, (na prośbę Gminy) terminu związania ofertą zastrzegł sobie prawo przesunięcia terminu wykonania robót w przypadku zmiany warunków atmosferycznych. Ponieważ taka zmiana miała miejsce, nie było powodu odmówić wykonawcy prawa przerwania robót.

Z powyższych względów Kolegium Izby uwzględniło zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosku pokontrolnego Nr 12, uchylając postawiony wniosek w całości.

Wniosek pokontrolny Nr 25

25.1 Zaprzestać wykonywania dodatkowej pracy stosownie do art. 28, w związku z art. 24e ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz. U., z 2001 roku, Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) lub przygotować i przedłożyć Radzie Miejskiej stosowny wniosek do rozpoznania celem podjęcia ewentualnej uchwały w przedmiocie wyrażenia zgody na prowadzenie dodatkowych zajęć przez Burmistrza Miasta i Gminy.

25.2 Dokonać wyliczenia kwoty nienależnie pobranej części wynagrodzenia Burmistrza za czas jego nieobecności w urzędzie, w związku z prowadzeniem zajęć lekcyjnych, spowodować jej zwrot do budżetu Gminy uwzględniając okres przedawnienia roszczeń.

W trybie rozpatrywania przedmiotowych zastrzeżeń Kolegium Izby zauważyło, że w zaistniałym przypadku niezmiernie trudno wskazać jednoznacznie na podstawie obowiązujących przepisów prawa okoliczności naruszenia przesłanek określonych art. 28, w związku z art. 24 e ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (Dz. U., z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.), co sygnalizował Wydział Prawny i Nadzoru Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego pismem, znak: PN.III-0713-47/02 z dnia 12.12.2002 roku., albowiem

a) art. 24 e ust 1 powołanej wyżej ustawy jednoznacznie wskazuje, że radni nie mogą podejmować zajęć, ani otrzymywać darowizn mogących podważyć zaufanie wyborców do wykonywania mandatu zgodnie z art. 23 a ust. 1,

b) art. 28 wskazuje, że do wójta i jego zastępców stosuje się odpowiednio przepis art. 24 e ust. 1 tej ustawy.

W tym stanie rzeczy trudno precyzyjnie wykazać bezpośredni związek przyczynowo skutkowy pomiędzy prowadzeniem przez Burmistrza zajęć lekcyjnych w Zespole Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 3 w Końskich, a okolicznościami mogącymi podważyć z tego tytułu zaufanie wyborców. Zaznaczyć należy, że przedmiotowy Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 3 usytuowany jest poza wpływami i działaniem Burmistrza Miasta i Gminy, jak również fakt zaprzestania prowadzenia tego typu zajęć, na którą to okoliczność Burmistrz złożył w postępowaniu wyjaśniającym przed Kolegium Izby stosowne oświadczenie.

Z powyższych względów Kolegium Izby uwzględniło zastrzeżenia Burmistrza Miasta i Gminy Końskie do wniosku pokontrolnego Nr 25, uchylając postawiony wniosek w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Kolegium Izby stwierdziło jak w sentencji.

Przewodniczący Kolegium

PREZES
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Kielcach

/-/
mgr Henryk Rzepa