

GMINA MIEJSKA SANDOMIERZ  
27-600 Sandomierz, Pl. Poniatowskiego 3  
tel. (0-15) 644-01-00, fax (0-15) 644-01-01  
NIP 864-17-51-939 \* REGON 830409927

Sandomierz, 12 lipca 2007 r.

**KOLEGIUM  
REGIONALNEJ  
IZBY OBRACHUNKOWEJ  
W KIELCACH**

dotyczy: wystąpienia pokontrolnego znak: WK-60/8/2358/2007

Działając na zasadzie art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 ze zm.) składam zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego z dnia 28 czerwca 2007 r. doręzonego Urzędowi Miejskiemu w Sandomierzu dnia 3 lipca 2007 r.

Zastrzeżenia te są następujące:

**I. W odniesieniu do pktu 6. wystąpienia pokontrolnego**

Nie znajduje uzasadnienia zarzut niedopełnienia obowiązku wykluczenia wykonawcy na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp.

Wykonawca zamówienia publicznego pn.: „Remont stropów i schodów zewnętrznych Bramny Opatowskiej w Sandomierzu”, jakim był Zakład Remontowo-Budowlany Michał Lipiński w Sandomierzu złożył oświadczenie z art. 24 ust. 1 i 2 pzp, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

To wykonawca jest odpowiedzialny za prawdziwość tego oświadczenia. Komisja przetargowa w chwili rozpoznawania oferty nie ma podstaw do uprzedniego kwestionowania prawdziwości oświadczenia i prowadzenia w tym zakresie odrębnego dochodzenia. Właśnie dla uniknięcia konieczności badania prawdziwości każdego oświadczenia składanego przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustawodawca przeniósł na nich ryzyko poniesienia odpowiedzialności za złożenie fałszywego oświadczenia.

W niniejszej sprawie wykonawca wpisał do wykazu kadr stanowiącego załącznik Nr 8 do ofert, nazwisko przyszłego kierownika budowy jako swoją propozycję. W rzeczywistości jednak osoba ta nie pełniła funkcji kierownika budowy przy realizacji w/w zamówienia publicznego, a nadto nie ma dowodu na to, że osoba ta brała udział w przygotowaniu oferty. Jest to wyłącznie domniemanie kontrolującego.

W tych warunkach zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Zakładu Remontowo-Budowlanego Michał Lipiński z Sandomierza i nie naruszył dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

**II. W odniesieniu do pktu 7. wystąpienia pokontrolnego:**

Nie znajduje uzasadnienia zarzut braku określenia przedmiotu zamówienia publicznego co do warunków i wymagań określonych w decyzji o ustaleniu lokalizacji

inwestycji celu publicznego dla zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa ul. Polskiej Organizacji Wojskowej oraz ul. **Dobkiewicza-Boczna**; opracowanie dokumentacji projektowej”.

Decyzja ta - zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - miała być uzyskana przez projektanta wykonującego zamówienie publiczne. Nie miała natomiast być uzyskana przed udzieleniem zamówienia publicznego i stanowić elementu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność ta wynika wprost z zapisu **pktu 1 a/** załącznika Nr 1 do wniosku z dnia 2.01.2006 r. w sprawie przygotowania **SIWZ** na opracowanie dokumentacji projektowej dla w/w zadania inwestycyjnego.

Odpowiedni zapis ustalający dla wykonawcy obowiązek uzyskania takiej decyzji jako czynności wchodzącej w zakres wykonania zamówienia publicznego znajduje się w treści **pktu I** („Określenie przedmiotu zamówienia”) **SIWZ**, powołującego się na wskazany wyżej załącznik Nr 1 jako element specyfikacji.

Nie ma zatem naruszenia **art. 20 ust. 1 pkt 1** prawa budowlanego, gdyż obowiązki w przepisie tym zawarte dotyczą projektanta, nie zaś zamawiającego.

Nie ma także naruszenia **art. 146 ust. 1 pkt 2** prawa zamówień publicznych, albowiem w przedmiotowej sprawie nie istniał obowiązek uprzedniego uzyskania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, przed udzieleniem zamówienia publicznego.

Nie znajduje uzasadnienia zarzut zawinionego opóźnienia w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a ustalenie kontroli, że opóźnienie nastąpiło z winy jednostki projektowej jest błędne.

Postępowanie administracyjne wszczęte dnia 2 czerwca 2006 r. o ustalenie inwestycji celu publicznego na podstawie pisma nr **UA.73310-15/2006** zakończyło się w sposób prawomocny dopiero dnia 10 listopada 2006 r. z powodu wniesienia przez Komendę Powiatową Straży Pożarnej w Sandomierzu odwołania od decyzji nr **UA.73310-11/2005/15/2006** z dnia 7 września 2006 r. o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Na skutek tego odwołania decyzja ta została zmieniona decyzją z dnia 5 października 2006 r. i uzyskała prawomocność dopiero z dniem 10 listopada 2006 r.

Wniesienie odwołania przez stronę jest okolicznością niezależną od wykonawcy zamówienia publicznego, podobnie, jak konieczność zachowania procedur i terminów ustawowych związanych z prowadzeniem przez organ niezależny od wykonawcy zamówienia publicznego i jemu nie podporządkowany, postępowania administracyjnego w sprawie wydania decyzji administracyjnej.

Jest także poza sporem, że dopełnienie przez wykonawcę, **tj.** jednostkę projektową, umownego obowiązku wydzielania pasów gruntu pod drogę ul. **POW** mogło nastąpić dopiero po uprawomocnieniu się decyzji o lokalizacji celu publicznego. Samo zaś wydzielanie i pozyskanie gruntu związane jest także z koniecznością przeprowadzenia określonych procedur prawnych związanych **m.in.** z zachowaniem ustawowych terminów. Tym samym, wobec faktu, że decyzja o lokalizacji celu publicznego uzyskała prawomocność dopiero z dniem 10 listopada 2006 r., przedłużenie terminu wykonania zamówienia w drodze aneksów do umowy i nie represjonowanie wykonawcy naliczaniem kar umownych było prawidłowym i sprawiedliwym środkiem prawnym.

Nie znajduje więc uzasadnienia zarzut naruszenia **art. 144 ust. 1 pzp** wobec zaistnienia przesłanki powstania okoliczności niemożliwych do przewidzenia w dacie zawarcia umowy.

## **II. W odniesieniu do **pktu 8.** wystąpienia pokontrolnego:**

Zastosowanie trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w odniesieniu do inwestycji pn.: „Rewitalizacja Bulwaru im. Józefa **Piłsudskiego** w Sandomierzu” znajduje

całkowite uzasadnienie w świetle stanu faktycznego sprawy oraz art. 67 ust. 1 pkt 4 pzp.

Na wykonanie w/w projektu ogłoszone były cztery przetargi nieograniczone:

1. w dniu 5 lipca 2004 r. - nie wpłynęła żadna oferta
2. w dniu 3 sierpnia 2004 r. - wpłynęła jedna oferta, która została odrzucona, ponieważ nie spełniała wymogów SIWZ,
3. w dniu 10 listopada 2004 r. - wpłynęła jedna oferta, lecz zaoferowana cena była wyższa od kwoty, którą zamawiający mógł przeznaczyć na realizację zamówienia,
4. w dniu 2 lutego 2005 r. - wpłynęły trzy oferty, lecz zaoferowane ceny były wyższe od kwoty, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na realizację zamówienia.

Z tych też względów wszystkie w/w przetargi zostały unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 prawa zamówień publicznych, a przedsięwzięcie, których przetarg dotyczył, nadal nie było zrealizowane, pomimo upływu ośmiu miesięcy od daty ogłoszenia pierwszego przetargu.

Zastosowanie trybu art. 67 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych było w pełni zasadne z uwagi na uprzednie czterokrotne bezskuteczne wyczerpanie trybu przetargu nieograniczonego w sprawie tego zamówienia publicznego, podczas gdy w/w przepis zezwala na zastosowanie trybu z wolnej ręki już w razie jednorazowej bezskuteczności przetargu nieograniczonego.

Przesłanką zastosowania tego przepisu jest wystąpienie sytuacji prawnej, gdy kolejno przeprowadzone postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - bez ustawowego ustalenia ich liczby minimalnej, bądź maksymalnej - zaistniała sytuacja polegająca na braku ofert albo odrzuceniu wszystkich ofert. Konieczne jest jednak, aby przynajmniej jedno z tych postępowań było przeprowadzone w formie przetargu nieograniczonego bądź ograniczonego.

Ustawodawca nie wprowadził wymogu, aby kolejne postępowania były pierwszymi lub ostatnimi w razie ich liczby większej, niż domyślne dwa spełniające minimum warunku do uznania ich jako „kolejne”.

W niniejszej sprawie zamawiający ogłosił cztery przetargi nieograniczone dotyczące jednego przedmiotu zamówienia publicznego. Pierwsze dwa z tych postępowań, a więc dwa **kolejne**, nie doprowadziły do udzielenia zamówienia, gdyż w przetargu z dnia 5.07.2004 r. nie wpłynęła żadna oferta, zaś w przetargu z dnia 3.08.2004 r. jedyna oferta, jaka wpłynęła, została odrzucona, gdyż nie spełniała wymogów SIWZ. Przetargi te zostały unieważnione w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, wobec spełnienia wymogów zastosowania tego przepisu, co jest poza sporem.

Już więc w tym momencie zamawiający był upoważniony do zastosowania trybu z wolnej ręki.

Działając jednak według zasady a **minori** ad **maius** zamawiający ogłosił dwa kolejne przetargi nieograniczone, chcąc postępować ściśle według zwykłego trybu postępowania. Dopiero, gdy te dodatkowe przetargi nie odniosły skutku, zastosowany został tryb z wolnej ręki. Dowodzi to wyłącznie dołożenia przez zamawiającego wysokiego stopnia staranności w przestrzeganiu procedur pzp, i dziwić się należy, że działanie to zostało zakwestionowane.

Nie znajduje uzasadnienia zarzut zmiany sposobu oceny spełniania warunków udziału wykonawcy w postępowaniu przez komisję przetargową oceniającą **m.in.** wykaz zadań o podobnym charakterze wykonanych w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia.

Wykonawca udokumentował w sposób wystarczający, że posiada doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, ponieważ przedłożył wykaz prac projektowych o podobnym zakresie rzeczowym. W zaproszeniu do negocjacji zamawiający nie żądał od

wykonawcy udowodnienia, aby uprzednio wykonywał on prace projektowe „tożsame co do zakresu i wartości”, gdyż takie żądanie byłoby nierealne do spełnienia. Zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca wykazał, że wykonywał prace o „podobnym” charakterze rzeczowym i finansowym, a jest to zasadniczo różne kryterium.

Porównywanie wartości kwotowej zamówienia z wykazu prac wykonanych uprzednio przez oferenta z wartością oferty będącej przedmiotem zamówienia nie może stanowić wystarczającego powodu do eliminacji tego wykonawcy jeszcze przed negocjacjami. Nie istnieje bowiem w tej kwestii żadne ustawowe kryterium, skutkiem czego wnioski z porównywania tych wartości mogą być zasadniczo rozbieżne w zależności od przyjętej metody. W rozumieniu zamawiającego okoliczność, że wartość zamówienia z wykazu projektanta dotycząca kwoty 52.094,00 zł nie odbiera temu wykonawcy zdolności negocjacyjnej, gdyż np. powyższa wartość stanowi około 1 procenta wartości inwestycji, dla potrzeb której projekt ten był wykonany (Wąwóz Piszczele), podczas, gdy kwota 192.760,00 zł będąca wartością projektu dla potrzeb inwestycji pn. „Rewitalizacja bulwaru im. J. Piłsudskiego” stanowi także około 1 procenta kosztorysowej wartości netto tej inwestycji, która wynosi 17.509.861.67 zł, a dla wartości brutto procent ten jest jeszcze niższy. Żądanie więc, aby wykluczyć wykonawcę i odstąpić od negocjacji jest żądaniem zbyt daleko idącym, a jedynym skutkiem takiego działania byłoby kolejne nie dojście przetargu do skutku i niewykonanie zadania budżetowego, co pozostawałoby ze szkodą dla Gminy jako inwestora i jednostki odpowiedzialnej za zagospodarowanie i zarządzanie mieniem komunalnym.

W kwestii zasadności podpisania kwestionowanych przez kontrolującego aneksów Nr 1 i 2 wyjaśnić należy, iż uzasadnienie tego zarzutu też nie odzwierciedla okoliczności faktycznych, których wystąpienie spowodowało konieczność podpisania tych aneksów, ograniczając się wyłącznie do oderwanych od rzeczywistości kryteriów czysto formalnych.

Terminowe wykonanie projektu okazało się niemożliwe z uwagi na pojawiające się w trakcie robót nowe okoliczności, niemożliwe do przewidzenia w dacie podpisania umowy. Przykładem takiej sytuacji jest kwestia wyboru sposobu postępowania z budynkiem Klubu Wodnego LOK w Sandomierzu znajdującego się na Bulwarze.

Według założeń przyjętych przez zamawiającego, budynek ten miał być przedmiotem adaptacji z przeznaczeniem na cel określony w **pkcie h/** Załącznika Nr 2 do „Zakresu robót zadania projektowego”. W tym celu przewidziano potrzebę wykonania ekspertyzy stanu technicznego budynku, pod kątem jego adaptacji (vide **pkt 1 d/** Załącznika Nr 1 do zakresu dokumentacji projektowej rewitalizacji Bulwaru im. J. Piłsudskiego).

Z dokumentów tych w żaden sposób nie wynika ewentualność wyburzenia tego budynku. Mowa jest wyłącznie o jego adaptacji i temu celowi miała służyć ekspertyza techniczna. Nikt nie zakładał ani nie przewidywał likwidacji tego budynku, czego dowodem są **m.in.** zapisy w decyzji o warunkach zabudowy z dnia 26.04.2004 r.

Dopiero w treści ekspertyzy technicznej tego budynku z grudnia 2005 r. pojawiło się zalecenie wyburzenia tego budynku i było to wyłącznie zalecenie. Nie można zatem przyjąć, że w dacie podpisywania umowy z projektantem istniały podstawy do zakładania, że budynek należało będzie rozebrać. Żądanie od zamawiającego tak daleko idącej zdolności przewidywania jest żądaniem nadmiernie restrykcyjnym. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do zakładania rozbiórki budynku. Gdyby takie podstawy miał, nie zlecałby wykonania ekspertyzy budynku „pod kątem jego adaptacji i modernizacji do nowych potrzeb” (vide pkt 3 ekspertyzy technicznej - „Cel i zakres opracowania”).

Już po podpisaniu umowy z projektantem pojawiły się obszerne wnioski pochodzące od różnych organizacji sandomierskich, dotyczące sposobu adaptacji i zagospodarowania tego budynku oraz jego otoczenia. Pierwszy wniosek wpłynął 29 września 2005 r., kolejne

pochodzą z 20 października 2005 r. i 3 listopada 2005 r. (kopie wniosków w załączeniu). Wnioski te, jako pochodzące od przyszłych użytkowników urządzeń Bulwaru, dla których przedsięwzięcie to jest realizowane, zostały zakwalifikowane do uwzględnienia w pracach projektowych. Zakres i rodzaj tych wniosków doprowadził do konkluzji, że aby sprostać przynajmniej w części oczekiwaniom tych wnioskodawców, nie wystarczy adaptacja starego budynku, lecz konieczne jest zaprojektowanie nowego budynku i likwidacja dotychczasowego. Z tym z kolei wiązała się konieczność zmiany decyzji o warunkach zabudowy, czyli dopełnienia szeregu formalności i zachowania terminów wynikających z przepisów prawa administracyjnego. Okoliczności te stały się podstawą do podpisania aneksu Nr 1 i 2 do umowy z projektantem w celu przesunięcia terminu wykonania projektu z uwzględnieniem opisanych wyżej wniosków.

W dniu 22 marca 2006 r. z inicjatywy radnych Rady Miasta Sandomierza, zarzucających złe projektowanie i brak konsultacji z nimi rozwiązań projektowych, odbyło się spotkanie z radnymi Rady Miasta Sandomierza w sprawie zakresu projektowego zagospodarowania Bulwaru im. Piłsudskiego. Projektanci zaprezentowali radnym gotowy projekt. Radni z kolei zgłosili szereg wniosków, łącznie z propozycją zmiany biegu Wisły i Koprzywianki i nie przyjęli do wiadomości mojej uwagi, że jakiegokolwiek dalsze zmiany projektu spowodują zmianę zakresu prac projektowych i wydłużą termin realizacji projektu. Uwaga ta została poparta przez projektantów. Dwa dni po spotkaniu, 24 marca 2006 r. wpłynęło pismo od Radnego, Pana Marka Harańczyka, zawierające wykaz wniosków do projektu oraz propozycję konsultowania w podobny sposób dalszych prac projektowych.

Konsekwencją powyższych konsultacji i wniosków radnych była zmiana zakresu projektowania, co spowodowało kolejne przesunięcie terminu zakończenia prac projektowych, co nastąpiło w formie aneksu nr 3 do umowy o wykonanie prac projektowych.

Jest zatem oczywiste, że niezachowanie przez projektanta umownego terminu wykonania zamówienia nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych i dlatego obciążanie go karami umownymi nie znajduje żadnego uzasadnienia. W dacie podpisania umowy zarówno wykonawca, jak i zamawiający nie byli w stanie przewidzieć, jakiej treści wnioski do projektu zostaną złożone później, gdyż takie przewidywanie jest obiektywnie niemożliwe. Z kolei pominięcie tych wniosków także było niemożliwe, gdyż ich generalne odrzucenie spowodowałoby sprzeciw radnych oraz mieszkańców Sandomierza, dla których przedsięwzięcie to jest realizowane.

W tej sytuacji uzasadnieniem prawnym dla zmiany zakresu projektowego w sposób zgodny z wolą radnych oraz mieszkańców Miasta jest przepis art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Przepis ten zezwala na dokonanie zmian w umowie, jeśli wynikają one z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, albo, gdy zmiany te są korzystne dla zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że opisane wyżej zmiany do projektu wynikały z przyczyn nieznanych w chwili zawierania umowy. Poza sporem również jest, że zmiany te są korzystne dla zamawiającego, którego nadrzędnym celem działania jest zaspokajanie potrzeb społeczności lokalnej oraz wykonywanie zadań wynikających z przepisów ustawy o samorządzie gminnym.

Aneksy nr 1, 2, 3 i 4 do umowy z dnia 6.09.2005 r. nie stanowią dodatkowego zamówienia publicznego, lecz zawierają wyłącznie niezbędną modyfikację zamówienia podstawowego. Pierwsze dwa aneksy dotyczą tylko przesunięcia terminu wykonania zamówienia podstawowego. Przesunięcie terminu nastąpiło z powodu konieczności zmiany



decyzji o warunkach zabudowy z powodu zmiany sposobu postępowania wobec budynku Klubu Wodnego LOK. Bez zmiany tej decyzji nie byłoby możliwe uzyskanie pozwolenia na budowę dla całego zadania inwestycyjnego z powodu niezgodności projektu z decyzją o warunkach zabudowy, a dla zamawiającego kwestia skuteczności wniosku o udzielenie pozwolenia na budowę jest kwestią zasadniczą.

Aneks nr 3 zmienia zapisy dwóch punktów załącznika nr 2 do umowy, ale nie jest to rozszerzenie przedmiotu zamówienia, lecz doprecyzowanie i **dookreślenie** jego szczegółów poprzez zastąpienie zapisów tych dwóch punktów innymi, bardziej szczegółowymi, ale odnoszącymi się do tych samych, a nie innych, elementów projektu. Aneks Nr 4 dotyczy wyłącznie wynagrodzenia za wykonane prace projektowe.

Nie występują zatem przesłanki do uznania aneksów jako dodatkowego zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp i tym samym nie znajduje uzasadnienia zarzut rozszerzenia zakresu rzeczowego zamówienia publicznego.

Wbrew zarzutowi kontrolującego, z treści umowy z dnia 6.09.2005 r. Nr 342/35/9/2005 zawartej z jednostką projektową NIE WYNIKA, aby istniał w niej zapis, stwierdzający, że wykonawca wykluczył możliwość podwyższenia wynagrodzenia nawet w przypadku konieczności przyjmowania i załatwiania przez niego wszelkich zastrzeżeń do projektu. Takiego zapisu w umowie nie ma. Nie może być tłumaczona jako taki zapis treść § 3 pkt 6 umowy, gdyż ten zapis umowy dotyczy ewentualnych zastrzeżeń do projektu, jakie mogłyby się pojawić w toku postępowania o pozwolenie na budowę, nie zaś w toku samego projektowania, którego umowa dotyczy. Dodatkowo zapis ten dotyczy zobowiązania, jakie wykonawca złoży w przyszłości jako osobny dokument, od umowy odrębny.

Nie znajduje więc uzasadnienia zarzut bezzasadnego podwyższenia wynagrodzenia dla wykonawcy na mocy aneksu nr 4.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniżenia wartości robót budowlanych objętych projektem stwierdzić należy, że określenie kwoty przyjętej jako wartość zamówienia publicznego nastąpiło przed wykonaniem projektu rewitalizacji Bulwaru im. J. Piłsudskiego na podstawie uprzednio wykonywanego podobnego zadania inwestycyjnego, jakim było zagospodarowanie parku Piszczele (5 mln zł). Dopiero opracowanie projektu rewitalizacji bulwaru im. J. Piłsudskiego stało się podstawą do dokonania późniejszych wyliczeń wartości inwestycji mającej być zrealizowaną na podstawie tego projektu i wtedy dopiero pojawiła się kwota 17 mln zł. Nie można zatem zarzucać zamawiającemu braku dołożenia należytej staranności w wyliczaniu wartości zamówienia, gdyż bazował on na konkretnych i **weryfikowalnych** danych pochodzących z kosztorysu inwestorskiego dla wykonanego już projektu parku Piszczele o podobnym zakresie rzeczowym i porównywalnym areale.

Powyższe fakty i argumenty podnoszone w treści niniejszych zarzutów znajdują odzwierciedlenie w dokumentach będących w posiadaniu kontrolowanego i przedstawianych kontrolującemu wraz ze stosownymi pisemnymi wyjaśnieniami. Dla kontrolowanego niezrozumiałą jest brak jakiegokolwiek odniesienia się kontrolującego do tych wyjaśnień, składanych w toku kontroli.

**Burmistrz Sandomierza**

**mgr inż. Jerzy Borowski**

