

Uchwała Nr 8/2012
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie
z 10 stycznia 2012 r.

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Starosty Parczewskiego do wniosków pokontrolnych.

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a w związku z art. 25b 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.), po rozpatrzeniu zastrzeżeń Starosty Parczewskiego do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 10 listopada 2011 r. – Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie

u c h w a l a , c o n a s t ę p u j e :

§ 1

Uwzględnia się zastrzeżenie dotyczące punktu 3 ustaleń zawartych w wystąpieniu pokontrolnym.

§ 2

Oddala się zastrzeżenia dotyczące punktu 5 ustaleń zawartych w wystąpieniu pokontrolnym.

§ 3

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

U z a s a d n i e n i e

Starosta Parczewski pismem z dnia 25 listopada 2011 r. wniósł zastrzeżenia do dwóch wniosków sformułowanych w punktach 3 i 5 wystąpienia pokontrolnego prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 10 listopada 2011 r. będących następstwem kontroli kompleksowej gospodarki finansowej powiatu parczewskiego przeprowadzonej w dniach od

21 czerwca do 13 września 2011 r. przez inspektorów Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie.

W oparciu o ustalenia kontroli do Starosty Parczewskiego skierowane zostało w dniu 10 listopada 2011 r. wystąpienie pokontrolne, w którym stwierdzono, m.in. niżej wymienione uchybienia.

1. Nieprawidłowości dotyczące oceny dopełnienia warunków udziału w postępowaniu pn. „Wykonanie robót wykończeniowych na rozbudowanym budynku Domu Pomocy Społecznej w Kalince” polegające na:

- a) odrzuceniu oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zamiast wykluczenia go z postępowania;
- b) niewzwaniu wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót wykonanych w przeciągu ostatnich 5 lat, w sytuacji gdy nie potwierdzał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z żądaniem zamawiającego wykonawcy mieli potwierdzić wykonanie 2 robót porównywalnych z zakresem zamówienia, zaś wykonawca wykazał wykonanie – jako jednej z dwóch robót – obory dla 1000 sztuk tuczników wraz z wyposażeniem w technologie dozowania pasz, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia była modernizacja budynku użyteczności publicznej o specjalistycznym przeznaczeniu tj. Domu Pomocy Społecznej (roboty obejmowały m.in. ocieplenie ścian, posadzki, windę dla osób niepełnosprawnych, roboty sanitarne i elektryczne, bezprzewodowy system przywoławczy itp.). W efekcie oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu i z tego powodu podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zalecono, aby wykonawców, który w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wzywać do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania, stosownie do przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczać z postępowania, stosownie do przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Dokonanie istotnych zmian postanowień umowy na roboty wykończeniowe na rozbudowanym budynku Domu Pomocy Społecznej w Kalince, polegających na dopuszczeniu możliwości wypłaty wynagrodzenia na podstawie częściowych faktur VAT, w sytuacji gdy w umowie pierwotnie wskazano, że przewiduje się jednorazową płatność po zakończeniu robót – a w specyfikacji i w ogłoszeniu nie przewidziano możliwości zmian umowy

o zamówienie publiczne. W efekcie wykonawca skorzystał z możliwości rozliczenia części wynagrodzenia przed zakończeniem robót – na podstawie faktury częściowej.

Zalecono, aby przestrzegać zakazu dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany, stosownie do przepisów art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Starosty Parczewskiego wskazane wyżej ustalenia i wynikające z nich wnioski zawarte w wystąpieniu pokontrolnym są niezasadne z następujących powodów:

Ad. 1. Starosta, w odniesieniu do zarzutu sformułowanego w punkcie 3 wystąpienia, twierdzi, że wykonawca złożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, poprzez wykazanie wykonania w okresie pięciu lat dwóch robót budowlanych o wartości co najmniej 500 tys. zł. porównywalnych z zakresem zamówienia. Zarzuca, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie określa, że wykonawca ma posiadać doświadczenie przy prowadzeniu robót na obiektach użyteczności publicznej, wobec czego Zamawiający nie miał podstawy wykluczyć oferenta, tylko dlatego, że wykonywał roboty budowlane na obiektach innych niż budynki użyteczności publicznej. W ocenie starosty, wskazywanie, że wykonawca ma się wykazać robotami wykonanymi na obiektach użyteczności publicznej byłoby bezpodstawne. Jego zdaniem każdy wykonawca, który wykonywał roboty ogólnobudowlane, instalacyjne i sanitarne w zakresie odpowiednio dużych obiektów posiada wystarczającą wiedzę i doświadczenie do wykonania robót wykończeniowych na rozbudowanym budynku Domu Pomocy Społecznej w Kalince.

Ad. 2. Starosta – w odniesieniu do zarzutu sformułowanego w punkcie 5 wniosku pokontrolnego – stwierdza, że w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzony aneks do umowy na roboty wykończeniowe na rozbudowanym budynku Pomocy Społecznej w Kalince, nie stanowi istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru wykonawcy. Twierdzi, że w § 2 ust. 3 i 4 w sposób ogólny określono zasady dokonywania rozliczeń, a aneks miał na celu jednoznaczne określenie sposobu postępowania w tym przedmiocie. Uważa, że istotną zmianą postanowień umowy w tym zakresie byłaby zmiana wysokości wynagrodzenia. Twierdzi, że w umowie nie postanowiono czy odbiory i płatności mają być dokonane jednorazowo czy w częściach, aby tę wątpliwość usunąć zawarto przedmiotowy aneks.

W dniu 10 stycznia 2012 r., na posiedzeniu Kolegium skarżący podtrzymał złożone do Kolegium zastrzeżenia.

W trakcie składanych wyjaśnień Starosta Parczewski powiedział, że realizacja przedsięwzięcia jakim była rozbudowa budynku Domu Pomocy Społecznej w Kalince trwała 6 lat i prace wykonywane były etapami przez kilku wykonawców. Stwierdził, że Powiatu nie było stać na to, by wykonanie tych robót zlecić jednemu wykonawcy w formie ogłoszenia przetargu na całość zadania. Dodał, że obiekt ten należało dostosować do tzw. standardów unijnych. Stąd też należało m.in. dobudować dodatkowy obiekt do istniejącego starego budynku. Powiedział, że roboty objęte tą umową były właśnie ostatnim etapem i były to prace wykończeniowe. Podkreślił, że dowodem na to, że wykonawca miał w tym zakresie niezbędną wiedzę i doświadczenie jest to, że inwestycja została zrealizowana, odebrana i uzyskała certyfikat. W tej chwili w obiekcie tym przebywa 94 osoby, jest użytkowany i należycie funkcjonuje i do tej chwili nikt nie zgłaszał żadnych reklamacji. Jego zdaniem jest to dowód na to, że wybór wykonawcy był trafny.

W odniesieniu do zastrzeżenia dotyczącego pkt 5 skarżący powiedział, że w umowie faktycznie nie było zapisu dotyczącego tzw. płatności przejściowych. Z uwagi jednak na to, że wykonawca w trakcie realizacji zadania potrzebował pewnej kwoty środków pieniężnych, to wystąpił z zapytaniem, czy nie moglibyśmy płacić jemu fakturami przejściowymi. Faktycznie nie było takiego zapisu w zawartej umowie, ale po naradach z pracownikami zdecydowaliśmy się przychylić do prośby wykonawcy. Stąd też nasi prawnicy stwierdzili, że lepiej będzie jednak to uszczegółowić i dlatego został podpisany aneks do tej umowy. Dodał, że nie była to zmiana istotnych warunków umowy, gdyż nie zmieniła się ani kwota zapłaty za zrealizowanie zadanie ani termin jego realizacji. Stąd też uważa, że dokonując tych zmian w umowie nie naruszył prawa.

Przystępując do analizy sprawy, Kolegium Regionalnej Izby obrachunkowej w Lublinie ustaliło, że zastrzeżenia złożone przez Starostę Parczewskiego odpowiadają wymogom formalnym określonym w art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych. Zostały bowiem złożone we właściwym terminie, a ich podstawą jest zarzut naruszenia wskazanego przez skarżącego prawa poprzez błędną jego wykładnię. W konsekwencji powyższego, po analizie stanu faktycznego i prawnego oraz wysłuchaniu skarżącego, Kolegium stwierdziło, że zastrzeżenie w punkcie 3 zasługuje na uwzględnienie, a zastrzeżenie w punkcie 5 należy oddalić.

1. Odnosząc się do zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego zawartego w pkt. 3 należy zauważyć, że kwestią sporną było to, czy wykonanie obory – chlewni dla 1000 sztuk

tuczników z wykończeniem, wyposażeniem w technologie dozowania pasz, odprowadzania obornika i płytę gnojową jest wykonaniem robót „porównywalnych”, czy też „odpowiadających swoim rodzajem” zakresowi przedmiotowego zamówienia, zgodnie z wymogami i zasadami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W wyniku kontroli ustalono, że zamawiający w następujący sposób opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia: „wykonanie w okresie ostatnich 5 lat dwóch porównywalnych z zakresem zamówienia robót budowlanych o wartości co najmniej 500 tys. zł brutto każda”, na potwierdzenie warunku zamawiający żądał „wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat dwóch **porównywalnych z zakresem zamówienia** robót budowlanych o wartości co najmniej 500 tys. zł brutto każda z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.” Warunki udziału w postępowaniu były opisane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) oraz obowiązującego w dniu wszczęcia postępowania 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 z późn.zm.). Stosownie do przepisów § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, zamawiający miał prawo – w celu potwierdzenia opisanego przez niego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia – żądać wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie.

W postępowaniu złożono 5 ofert, najkorzystniejsza z nich została złożona przez Jerzego Łaskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlane i Transportowe Jerzy Łaski (cena oferty 610.362,74 zł brutto). Zamawiający wybrał ofertę Jerzego Łaskiego jako najkorzystniejszą i udzielił mu zamówienia publicznego. Podczas analizy oferty złożonej przez ww. wykonawcę stwierdzono, że złożył on wykaz dwóch robót budowlanych o wartości co najmniej 500 tys. zł brutto każda z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie, przy czym jedną z dwóch robót było wykonanie cyt.: „obory – chlewni dla 1000 sztuk tuczników z wykończeniem, wyposażeniem w technologie dozowania pasz, odprowadzania obornika i płytę gnojową”. Zamawiający uznał tę robotę jako spełniającą przez siebie określony warunek udziału

w postępowaniu i – z oczywistych względów – nie wzywał go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej zamawiający w prawidłowy sposób dokonał oceny spełnienia przez wskazanego wykonawcę opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu. Przedmiotem zamówienia było wykonanie robót wykończeniowych w rozbudowanym budynku Domu Pomocy Społecznej w Kalince. Zakres tych robót obejmował docieplenie ścian, wykonanie stolarki okiennej i drzwiowej, posadzek, robót budowlanych wewnętrznych, windy dla osób niepełnosprawnych, wykonanie robót sanitarnych i elektrycznych, bezprzewodowego systemu przywoławczego oraz ogrodzenia i opaski budynku. Jak wynika z przedstawionego zakresu robót tylko niewielka ich część (winda, system przywoławczy) miała charakter w pewnym sensie specjalistyczny, ale w przeważającej większości były to standardowe roboty ogólnobudowlane, wykonywane przy budowie i wykańczaniu niemal każdego budynku, niezależnie od jego przeznaczenia. Zdaniem Kolegium roboty budowlane związane z budową obory z jej wykończeniem i wyposażeniem w technologie dozowania pasz oraz systemem mechanicznego odprowadzania obornika były porównywalne z zakresem zamówienia jakim były roboty wykończeniowe na rozbudowanym budynku – Domu Pomocy Społecznej w Kalince. Stąd też w ocenie Kolegium wybrany przez zamawiającego wykonawca spełniał opisany w specyfikacji warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a zatem nie było podstaw do wykluczenia go z postępowania. Tym samym należało przyjąć, że zamawiający zasadnie uznał, że w tym postępowaniu zamówieniowym – opisanym zakresie – nie było podstaw do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji powyższego również art. 26 ust. 3 tej ustawy.

Wobec powyższego zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego zawarte w pkt. 3 należało uwzględnić.

2. Odnosząc się do zastrzeżenia do wniosku pokontrolnego w pkt. 5 należy zauważyć, że kwestią sporną było to czy zasadnie dokonano zmian postanowień umowy z dnia 8 czerwca 2009 r. na roboty wykończeniowe na rozbudowanym budynku Domu Pomocy Społecznej w Kalince polegających na dopuszczeniu możliwości wypłaty wynagrodzenia na podstawie częściowych faktur VAT w oparciu o podpisany 21 września 2009 r. aneks z wykonawcą.

W wyniku kontroli ustalono, że 8 czerwca 2009 r. z wykonawcą – Jerzym Łaskim właścicielem firmy Usługi Budowlane i Transportowe Jerzy Łaski, Bordziłówka Stara 88, 21-542 Leśna Podlaska podpisano umowę na roboty wykończeniowe na rozbudowanym

budynku Domu Pomocy Społecznej w Kalince. Z zawartej umowy wynikało, że: „Należne wykonawcy wynagrodzenie będzie płatne na podstawie faktury VAT” (§ 2 pkt 3).

„Podstawą do wystawienia faktury VAT jest protokół bezusterkowego odbioru wykonanych robót podpisany przez inspektora nadzoru i odbierającego” (§ 2 pkt 4).

W trakcie realizacji robót tj. 7 września 2009 r. wpłynęła do Starostwa Powiatowego w Parczewie faktura VAT Nr 03/09/2009 z dnia 07.09.2009 r. na kwotę 223.184,44 zł brutto wystawiona przez wykonawcę na roboty budowlane w zakresie rozbudowy Domu Pomocy Społecznej w Kalince (docieplenie ścian, posadzki, roboty wewnętrzne –malowanie). Do faktury dołączony został protokół z dnia 07.09.2009 r. bezusterkowego odbioru wykonanych robót wskazanych na fakturze podpisany przez inspektora nadzoru i odbierającego. Natomiast w dniu 21 września 2009 r. podpisano z wykonawcą aneks do zawartej 8 czerwca umowy przewidujący możliwość etapowego rozliczania realizowanych prac. W zawartym aneksie zmieniono treść zapisu §2 pkt 3, któremu nadano nowe brzmienie: „Należne wykonawcy wynagrodzenie może być płatne na podstawie częściowych faktur VAT obejmujących swoim zakresem zakończone etapy robót.” oraz treść zapisu §2 pkt 4, któremu nadano brzmienie: „Podstawą do wystawienia częściowych faktur VAT będą protokoły bezusterkowego odbioru wykonanych robót w toku podpisywane przez inspektora nadzoru i odbierającego”. Na tej podstawie ww. faktura została sprawdzona pod względem merytorycznym i formalno-rachunkowym przez właściwych pracowników Starostwa Powiatowego oraz zatwierdzona do wypłaty przez skarbnika oraz starostę powiatu w dniu 25.09.2009 r. Fakturę zapłacono poleceniem przelewu w dniu 01.10.2009 r.

Po dokonanej analizie stanu faktycznego i prawnego Kolegium RIO stwierdziło, że w dniu podpisywania aneksu do umowy obowiązywał przepis art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym przez art. 1 pkt 40 ustawy z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. Nr 171 poz. 1058) zmieniającej ustawę Pzp z dniem 24 października 2008 r. Stosownie do jego treści, zakazuje się jakichkolwiek zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Ustalono, że zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidział możliwości dokonania zmian postanowień zawartej umowy. Dokonana więc zmiana umowy naruszała art. 144 ustawy. Wniesiony przez składającego zastrzeżenia argument, że zmiana umowy miała charakter nieistotny, nie ma w tym przypadku znaczenia, gdyż ta przesłanka umożliwiająca zmianę umowy pojawiła się w treści art. 144 dopiero z dniem 22 grudnia 2009 r., a więc już po zmianie umowy.

Na marginesie jednak nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem skarżącego, że przedmiotowa zmiana umowy nie miała charakteru istotnego. Prawo do zmiany umowy jest jednym z elementów zasady swobody umów gwarantowanej przepisami art.353 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16,poz.93 z późn.zm.). W przypadku zamówień publicznych zasada ta doznaje daleko idących ograniczeń. Ustawodawca przyjął generalną zasadę zakazu zmian umowy o zamówienie publiczne (art. 144 ust. 1 w związku z art. 139 ust. 1 Prawo zamówień publicznych), co podyktowane jest dbałością o zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Jednak uwzględniając praktykę wykonywania umów cywilnoprawnych przewidział wyjątki od tej zasady. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów zmiana umowy jest możliwa w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, gdy nie ma charakteru istotnego, po drugie, gdy możliwość i warunki zmiany zostały przedstawione wykonawcom podczas toczącego się postępowania. Obie sytuacje uwzględniają zasadę równego traktowania wykonawców. Zmiana nieistotna to zmiana, która nie ma hipotetycznego wpływu na decyzje wykonawców o udziale postępowaniu lub o sposobie kalkulacji ich ofert. Zmiana taka nie preferuje wykonawcy, któremu udzielono zamówienia wobec jego konkurentów w toczącym się wcześniej postępowaniu. Taka interpretacja pojęcia „ istotna zmiana umowy” wynika z art. 7 ust. 1 w związku z art. 144 ustawy.

W ocenie Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie zezwolenie wykonawcy, któremu udzielono zamówienia na etapowe (częściowe) rozliczanie finansowe wykonanych robót w sposób oczywisty preferuje go w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu, których poinformowano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że przewiduje się jednorazowe rozliczenie prac po zakończeniu robót.

W tej sytuacji zastrzeżenie Starosty Parczewskiego dotyczące wniosku pokontrolnego sformułowanego w punkcie 5 należało oddalić.

W tym stanie faktycznym i prawnym postanowiono jak w sentencji.

Na tę uchwałę nie przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie.

Otrzymuje:

Starosta Parczewski