
Zabrze, dnia 01.03.2012 r.

Uzasadnienie do pisma Nr BK.1710.23.45.2012

Uzasadnienie odmowy podpisania protokołu kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Zabrze przeprowadzonej w okresie od 20 grudnia 2011 roku do 24 lutego 2012 roku

Zadanie: Adaptacja budynku przy ul. Roosevelta 32 w Zabrzu na potrzeby dydaktyczno-edukacyjne Wydziału Organizacji i Zarządzania Politechniki Śląskiej w ramach regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2012.

Z treści protokołu wynika, że osoba kontrolująca na podstawie stanu faktycznego określiła dwa zarzuty, z którymi jednostka kontrolowana nie może się zgodzić:

Zarzut 1

Brak dokumentacji projektowej oraz kosztorysu inwestorskiego dla przewidywanych zamówień uzupełniających w trybie art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy p.z.p.

Zarzut 2

Brak spełnienia ustawowej przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia publicznego, dotyczący możliwości przewidzenia robót do wykonania na etapie wykonywania dokumentacji projektowej stwierdzając, iż w toku postępowania kontrolnego Zamawiający nie udowodnił, iż w odniesieniu do pozycji robót, zleconych zamówieniami dodatkowymi udzielonymi w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie umów nr CRU/110/2011 z dn. 03.01.2011 r. (na podstawie protokołu konieczności nr 1 z dn. 01.12.2010), nr CRU/1448/2011 z dn. 20.05.2011 r. (na podstawie protokołu konieczności nr 2 z dn. 24.03.2011r.) i umowy nr CRU/2590/2011 z dn. 10.08.2011r. (na podstawie protokołu konieczności nr 3 z dn. 29.06.2011r.) wykonanie ich stało się konieczne wskutek wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Zamawiający, dochowując należytej staranności powinien był na etapie przygotowania dokumentacji projektowej przewidzieć konieczność wykonania w/w prac.

Ad. 1.

Uzasadnienie:

Kontrolowany stwierdza, posiłkując się także opinią Kancelarii Radcy prawnego Prof. dr hab. Bogdana Dolnickiego (w załączeniu wraz z zapytaniem BZP i załączonym do tego zapytania artykułem), że praktyka tego rodzaju stosowana w UM Zabrze, polegająca na szacowaniu wartości zamówień uzupełniających zgodnie z art. 33 p.z.p. dopiero przed ich wszczęciem, została uznana za prawidłową.

Po pierwsze należy zwrócić uwagę na fakt, że gdyby zamawiający znał i potrafił opisać przedmiot zamówienia uzupełniającego, a zatem szczegółowo znał jego zakres, co umożliwiłoby mu sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, to ująłby ten zakres w zamówieniu podstawowym. Zamówienie uzupełniające jest natomiast nowym, odrębnym zamówieniem¹. W przypadku gdyby podejść do tego problemu inaczej, szacując zamówienie podstawowe należałoby z wykorzystaniem konkretnych przepisów wykonawczych sporządzić odrębny kosztorys inwestorski i pełną dokumentację techniczną włącznie z projektami wykonawczymi, co nie ma oparcia w przepisach prawa i jest całkowicie nieracjonalne². Po drugie warto zwrócić uwagę, że przepis art. 67 ust 1 pkt. 6 p.z.p., choć zmienił nieco swą treść, został wprowadzony nową ustawą w 2004 r.

Wówczas zwracano uwagę³, że w przepisie mowa jest o „określeniu przedmiotu zamówienia uzupełniającego w SIWZ”, nie zaś o „opisie przedmiotu zamówienia”, co sprawia, że określenie przedmiotu zamówienia uzupełniającego może mieć charakter ramowy i tym samym nie musi spełniać wymagań ustawy p.z.p., wynikających z art. 29 i 30, a co zatem idzie, nie nakazuje i nie daje możliwości szacowania zamówienia na zasadach określonych w art. 33 p.z.p. Także w innych komentarzach do Prawa zamówień publicznych znalazły się stwierdzenia, iż: „zamawiający winien przynajmniej podać przedmiot zamówień uzupełniających, jeśli je przewiduje”⁴.

Tym samym należy uznać, że wykładania literalna art. 33 p.z.p. w z art. 67 ust 1 pkt. 6 p.z.p., która prowadziłaby do wniosku, iż wartość zamówienia uzupełniającego winna być szacowana tak samo i w tym samym momencie, co zamówienie podstawowe, jest oczywiście błędna. Także obecnie treść przepisu art. 67 ust 1 pkt. 6 p.z.p. stanowi, że zamówienie uzupełniające musi być „przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu” i musi być „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”. Ta treść przepisu podobnie jak fakt, że zamówienia uzupełniającego można udzielić w terminie do 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego przesądza, że celem ustawodawcy nie było zmuszenie zamawiającego do ponoszenia nieracjonalnych nakładów w celu sporządzenia kosztorysu inwestorskiego i przewidzenia zapewne nierealnego zakresu zamówienia uzupełniającego (gdyż oczywistym jest, że przy jego wszczynaniu zakres ten ulegnie zmianie).

Należy więc podnieść, że w związku z art. 35 p.z.p. każdorazowo uruchomienie zamówienia uzupełniającego w sposób oczywisty powodowałoby konieczność aktualizacji pierwotnie wykonanego kosztorysu inwestorskiego, nie mówiąc już o konieczności ustalenia jego właściwego zakresu, który

¹ Z. Leszczyński, Obliczanie wartości robót budowlanych. „Przetargi publiczne”, marzec 2010 r., s. 19.

² Por. tamże, s. 18-21.

³ G. Wiciak, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Suplement aktualizacyjny. Wydawnictwo C.H. „Beck”, Warszawa 2007, s. 385.

⁴ M. Płużański, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie II. Wydawnictwo C.H. „Beck”, Warszawa 2007, s. 387.

może w toku wykonywania zamówienia podstawowego ujawnić się, jako zupełnie inny, niżby pierwotnie przewidywał zamawiający. Zarówno ilość robót do wykonania jak i miejsce ich wykonania (np. malowanie korytarzy a nie pokoi) oraz ich rodzaj może sprawić, że sporządzenie kosztorysu powtórnie okaże się niezbędne.

Wreszcie warto zwrócić uwagę, że wydanych przez Prezesa UZP „Wytycznych pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki” czytamy: „Udzielenie zamówienia uzupełniającego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych może zostać udzielone w trybie z wolnej ręki w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Za moment udzielenia zamówienia podstawowego należy uznać moment podpisania umowy z wybranym wykonawcą a nie zakończenia realizacji zamówienia podstawowego. Zamówienie musi być udzielone dotychczasowemu wykonawcy, nie przekraczać 50% wartości zamówienia podstawowego i polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia. Ponadto, zamówienie podstawowe powinno zostać udzielone w trybie przetargu ograniczonego lub nieograniczonego (w przypadku zamówień sektorowych również w trybie negocjacji z ogłoszeniem), a w ogłoszeniu o zamówieniu powinno być przewidziane udzielenie zamówienia uzupełniającego. Zamówienie uzupełniające powinno dotyczyć przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ dla podstawowego zamówienia. Z tej przesłanki można zatem skorzystać na przykład w sytuacji, kiedy zamawiający już na etapie przygotowania postępowania wie, że kolejny etap prac, polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zadania, będzie chciał powierzyć temu samemu wykonawcy”. Z przytoczonego fragmentu wynika, że celem ustawodawcy nie było na pewno zmuszenie zamawiającego do wykonywania kosztorysu inwestorskiego dla zamówienia uzupełniającego w momencie wszczynania zamówienia podstawowego.

Celem z kolei art. 44 ustawy o finansach publicznych jest stworzenie takiego stanu, żeby wydatki publiczne były dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań i w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Zważywszy, że nie ma obowiązku a istnieje jedynie możliwość ustawowa udzielenia zamówień uzupełniających, opracowanie kosztorysu inwestorskiego dla zakresu zamówienia uzupełniającego sztucznie ustalonego, może okazać się wydatkowaniem środków publicznych w sposób nieracjonalny, a nawet nieuprawniony, tym samym narażałoby zapewne zamawiającego na zarzut niegospodarności.

Jednocześnie w nawiązaniu do udzielonych wyjaśnień w toku kontroli, kontrolowany nadal podtrzymuje stanowisko, iż jako Zamawiający dochował należytej staranności na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego. Zgodnie z art. 20 ust. 1 Prawa Budowlanego

Zamawiający zapewnił opracowanie dokumentacji budowlanej przez osoby posiadające wymagane doświadczenie i uprawnienia projektowe oraz w oparciu o ust. 2 w/w artykułu projektant zapewnił sprawdzenie projektu pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno budowlanymi przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń. Ponadto dokumentacja projektowa została sprawdzona przez właściwych rzeczoznawców budowlanych, którzy w świetle przepisów prawa budowlanego stanowią najbardziej wykwalifikowaną kadrę budowlaną.

Obowiązujące przepisy nie nakładają na Zamawiającego obowiązku opracowania koreferatu do dokumentacji budowlanej, przy czym należy podkreślić, iż z doświadczenia Zamawiającego wynika, że w przedmiotowym przypadku koreferaty nie dałyby w przedmiocie podlegającym kontroli wystarczającego efektu dla ochrony Zamawiającego przez robotami dodatkowymi, które faktycznie wystąpiły na adaptowanym obiekcie.

Koreferat zabezpieczający Zamawiającego przed wszelkimi robotami dodatkowymi, w tym przypadku musiałby być poprzedzony skomplikowanymi badaniami polegającymi m.in. na pobraniu próbek z wszystkich, w tym niedostępnych miejsc na obiekcie i podaniu ich badaniu w laboratorium. Badania musiałby potwierdzić jakość i jednorodność zabudowanych materiałów przy równoczesnym określeniu ich parametrów technicznych, w tym w szczególności wytrzymałości na ściskanie i rozciąganie oraz określenia przekrojów itd.

Tego typu badania oraz sporządzenie na ich podstawie koreferatu oznaczałoby w konsekwencji wykonanie zakresu przewyższającego wymagany prawem zakres prac projektowych (dla projektu budowlanego i wykonawczego).

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno użytkowym oraz w oparciu o środowiskowe zasady wyceny prac projektowych – 2009r. pkt. 1.9.2 kategoria 4 przyjmuje się, że wskaźnik procentowy kosztów dokumentacji projektowej w kosztach robót budowlanych wynosi od 3,55 do 7,55 % (przyjęto średnio 5,55%).

Należy zatem przyjąć: $13\,799\,668,50 \text{ zł (koszt inwestycji)} \times 5,55\% \text{ (wskaźnik)} = 765.881,60\text{zł brutto}$.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że koszty opracowania koreferatu (wg powyższych założeń) byłyby wyższe od faktycznie poniesionych kosztów na wykonania robót budowlanych dodatkowych, co z punktu widzenia gospodarności byłoby nieuzasadnionym i niedopuszczalnym dla Zamawiającego.

Zamawiający otrzymał projekt budowlany i uzyskał cesję pozwolenia na budowę od poprzedniego inwestora, którym była Politechnika Śląska, a autorem dokumentacji był projektant legitymujący się tytułem profesorskim oraz wymaganymi uprawnieniami z wieloletnim doświadczeniem w projektowaniu o wiele bardziej skomplikowanych obiektów oraz doświadczeniem wykładowcy przedmiotów z zakresu architektury i budownictwa, co w rozumieniu Zamawiającego, gwarantowało uzyskanie poprawnej technicznie i rzetelnej dokumentacji.

Należy podnieść dodatkowo, że Zamawiający zapewnił opracowanie projektów wykonawczych we wszystkich branżach wraz z przedmiarami i kosztorysami inwestorskimi przez autorów projektu budowlanego, co zdaniem Zamawiającego gwarantowało uzyskanie dokumentacji bez wad pozwalającej na uznanie jej za zapewniającą rzetelne przygotowanie planowanej inwestycji.

Ad. 2.

Uzasadnienie:

W toku postępowania kontrolnego, obejmującego m.in. realizację zadania pn. „Adaptacja budynku przy ul. Roosevelta 32 w Zabrze na potrzeby dydaktyczno-edukacyjne Wydziału Organizacji i Zarządzania Politechniki Śląskiej w ramach regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2012”, Regionalna Izba Obrachunkowa stwierdziła: „Z analizy dokumentacji niniejszego postępowania wynika, iż nie zachodzi sytuacja, w której spełnione byłyby wszystkie przesłanki obligatoryjne wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. w szczególności zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki dotyczącej okoliczności, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia”.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej „p.z.p.”) zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- 1) istnienie dotychczasowego wykonawcy usług lub robót budowlanych,
- 2) konieczność wykonania robót (zamówień) dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym,
- 3) zamówienie dodatkowe nie może przekraczać łącznie 50% wartości zrealizowanego zamówienia,
- 4) zamówienie dodatkowe musi być niezbędne do prawidłowego wykonania całego zamówienia podstawowego, a jego wykonanie musi stać się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych udzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernych kosztów lub

- b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Regionalna Izba Obrachunkowa kwestionuje wystąpienie jedynie przesłanki konieczności wykonania zamówienia dodatkowego na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2010 r. (KIO/KD 5/10, LexPolonica nr 2144684) „Izba uznaje (...) za uzasadnione przepisami prawa stwierdzenie (...), iż możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich przesłanek wskazanych w powołanym przepisie ustawy. Istotna jest przy tym uwaga, że jedną z właściwości zamówienia dodatkowego jest konieczność jego wykonania na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do wykonania, a **nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny, bezwzględny i wynikać ma z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego.** Chodzi zatem o sytuacje, których Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania zamówienia podstawowego konieczność wykonania pewnych robót lub usług”.

Tym samym, z powyższą przesłanką uprawniającą do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, mamy do czynienia w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót.

Biuro Zamówień Publicznych zgodnie z aktami wewnętrznymi funkcjonującymi w UM Zabrze wymaga od Wydziałów zamawiających złożenia przed uruchomieniem każdego zamówienia publicznego wniosku o przeprowadzenie postępowania wraz z uzasadnieniem wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego oraz SIWZ. Dodatkowo przy zamówieniach uzupełniających i dodatkowych BZP prosi o przedłożenie protokołów konieczności. W protokołach konieczności do w/w zamówień dodatkowych zapisano, że Komisja w 6 osobowym składzie także przy udziale Projektanta stwierdziła konieczność wykonania zamówień dodatkowych w oparciu o przesłankę art. 67 ust 1 pkt. 5 b p.z.p., wskazując faktyczne przesłanki wykonania robót oraz wskazując na dokładne przeanalizowanie dokumentacji projektowej przed wnioskowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowego. Wręcz w jednym z protokołów konieczności z dnia 29.06.2011 r. znalazł się zapis: „bez dodatkowych odkrywek niemożliwych do wykonania na etapie projektu nie można było właściwie zaprojektować robót koniecznych do wykonania”.

O braku możliwości przewidzenia przedmiotowych robót dodatkowych może świadczyć również fakt, że pomimo zamieszczenia dokumentacji projektowej, jako załącznika do SIWZ oraz obowiązku wizji lokalnej dla oferentów, w ocenie potencjalnych Wykonawców dokumentacja była

wystarczająca do złożenia oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia w trybie przetargu publicznego nieograniczonego.

Wobec powyższego Zamawiający stoi na stanowisku, że dochował należytej staranności na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego i na tym etapie nie miał przesłanek faktycznych do przewidywania robót dodatkowych.

W tego typu obiektach, jak badany, z tytułu uprzedniej realizacji budowy systemem gospodarczym, przy zastosowaniu różnorodnych dostępnych w owych czasach materiałów, realizowanych przez jednostkę wojskową, w świetle braku udokumentowanego przebiegu budowy oraz specyfice robót modernizacyjnych na byłych obiektach powojсковych i poprzemysłowych wystąpienie robót niemożliwych do przewidzenia (pomimo zachowania należytej staranności przy opracowywaniu dokumentacji projektowej) jest zjawiskiem powszechnie występującym w kraju.

Kontrolowany stwierdza, że posiłkując się obowiązującymi w Urzędzie wzorami SIWZ i umów akceptowanych przez Biuro Prawne, realizował przedmiotowe zadanie zgodnie z obowiązującą praktyką i prawem.

Zamawiający zlecał wykonanie robót dodatkowych w trybie negocjacyjnym przewidzianym przez Ustawodawcę. Należy podkreślić, że oferta Wykonawcy na zakres podstawowy była uzyskana w trybie przetargu nieograniczonego przy pełnej konkurencyjności oraz zachowaniu jedynego warunku 100% cena.

Ponadto należy podnieść, że przerwanie robót dla zapewnienia trybu realizacji robót dodatkowych wskazanego w protokole, w reżimie czasowym wynikającym z umowy o dofinansowanie, skutkowałoby utratą dofinansowania, na co Zamawiający nie znalazłby oparcia w obowiązujących przepisach.

Należy podkreślić, że w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę konieczności wykonania robót nie ujętych w dokumentacji i przedmiarze, zgodnie ze stanowiskiem Wykonawcy, podniesionym również przez kontrolujących oraz zapisami umowy, Wykonawca był uprawniony do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co skutkowałoby koniecznością zapłaty kar umownych w wys. 10% wartości umowy podstawowej. tj. 962.457 zł, czyli w wysokości faktycznie przewyższającej koszt kwestionowanych przez kontrolujących robót dodatkowych. Należy dodatkowo podnieść, że nie do uniknięcia zapłata kar umownych była by wydatkiem nieprzynoszącym pożądanych efektów rzeczowych w przeciwieństwie do efektywnych nakładów poniesionych z tytułu robót dodatkowych.

Zamawiający zachowując należytą staranność poprzez zapewnienie udziału nadzoru inwestorskiego i nadzoru autorskiego na każdym etapie oceny zasadności i celowości uznania robót dodatkowych prawidłowo przygotowywał i przeprowadził procedury zlecenia zamówienia z wolnej ręki. W protokołach konieczności spisanych komisyjnie na każdą z tych okoliczności ujęto przesłanki faktyczne udzielenia w/w zamówień w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Analizując przebieg przedmiotowej budowy problem robót dodatkowych pojawiał się kilkakrotnie na różnych etapach budowy, czyli proces wstrzymania budowy dla wyłonienia poszczególnych wykonawców w trybie przetargu nieograniczonego powtarzałby się kilkakrotnie.

Wykonanie robót dodatkowych w każdym przypadku uzależniało zakończenie zamówienia podstawowego.

Ponadto rozdzielenie zamówienia podstawowego od wykonania robót dodatkowych, nierozzerwalnie związanych z zamówieniem podstawowym, skutkowałoby poważnymi komplikacjami przy dochodzeniu ewentualnych roszczeń z tytułu udzielonej gwarancji i wzajemnym przerzucaniem odpowiedzialności pomiędzy Wykonawcami.

Podkreślić należy, że w rozpatrywanej sprawie, mimo wykonania dokumentacji projektowej, stanowiącej podstawę opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez specjalistyczny podmiot, nie stwierdzono konieczności wykonania robót, objętych później zamówieniami dodatkowymi. Posłużenie się profesjonalnym podmiotem, posiadającym specjalistyczną wiedzę z wymaganego zakresu, przesądza o tym, że Zamawiający dochował należytej staranności i nie może być mowy w tym zakresie o źle przeprowadzonym procesie inwestycyjnym. Mimo posłużenia się profesjonalistą, nie stwierdzono potrzeby wykonania spornych robót dodatkowych, co w konsekwencji musi prowadzić do stwierdzenia, że wykonanie zamówień dodatkowych stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia.

PREZYDENT MIASTA

Małgorzata Kosińska-Szulińska

Załączniki:

1. Opinia prawna z dn. 17 maja 2011 r.,
2. Prośba o sporządzenie opinii prawnej z dn. 12 maja 2011 r., wraz z artykułem powołanym w treści
3. Stanowisko w sprawie szacowania wartości zamówień publicznych na roboty budowlane przygotowane przez

3 Skarbnik Miasta

mgr Piotr Barczyk