

Uchwała Nr 143/2011
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie
z dnia 8 listopada 2011 r.

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń dyrektora Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zamościu do wniosku pokontrolnego.

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a w związku z art. 25b 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.), po rozpatrzeniu zastrzeżenia dyrektora Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zamościu do wniosku pokontrolnego zawartego w wystąpieniu Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie z dnia 1 września 2011 r. – Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie

uchwała, co następuje:

§ 1

Uwzględnia się zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych.

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie

Dyrektor Ośrodka Sportu i Rekreacji (OSiR) w Zamościu pismem z 19 września 2011 r. wniósł zastrzeżenia do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym w części objętej punktem 4 tego wystąpienia, zarzucając naruszenie prawa przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 67 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kontrolę przeprowadzili inspektorzy kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie w dniach od 30 maja do 15 czerwca 2011 r.

Zastrzeżenie dotyczyły stwierdzonych nieprawidłowości zawartych w punkcie 4 wystąpienia pokontrolnego, a dotyczących udzielenia zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki polegających na:

- 1) udzieleniu 23 kwietnia 2009 r. zamówienia dodatkowego na wykonanie drenażu boiska, w trybie zamówienia z wolnej ręki, za wynagrodzeniem w kwocie 495.000 zł brutto, w sytuacji, gdy przy zachowaniu należytej staranności konieczność wykonania drenażu obiektywnie można było przewidzieć na etapie projektowania,

- 2) udzieleniu 28 kwietnia 2010 r. zamówienia uzupełniającego w trybie zamówienia z wolnej ręki – na podstawie przepisów art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, za wynagrodzeniem w wysokości 420.900 zł, w sytuacji, gdy zamówienie to nie spełniało przesłanek zamówienia uzupełniającego, a było zamówieniem dodatkowym w rozumieniu przepisów art. 67 ust. 1 pkt 5 tej ustawy (polegało na wykonaniu części prac w innym zakresie i technologii, niż przewidywał projekt budowlany, a zgodnie z zapisami w protokole konieczności, roboty uzupełniające miały poprawić funkcjonalność obiektu) – w efekcie zamawiający nie doliczył wartości tego zamówienia do wartości udzielonych wcześniej (w dniu 12 grudnia 2008 r. i 23 kwietnia 2009 r.) zamówień dodatkowych i bezpodstawnie udzielił zamówień dodatkowych na łączną kwotę, przekraczającą 50% wartości zamówienia podstawowego.

W złożonych zastrzeżeniach dyrektor OSiR w Zamościu zarzucił Izbie błędną wykładnię i zastosowanie przepisów art.67 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych uważając, że w przypadku zamówienia z dnia 23 kwietnia 2009 r. spełnione zostały przesłanki wskazane w przepisach art.67 ust.1 pkt 5, a w przypadku zamówienia z dnia 28 kwietnia 2010 r. spełnione zostały przesłanki wskazane w przepisach art. 67 ust.1 pkt 6 tej ustawy, umożliwiające w obu tych przypadkach na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Zdaniem dyrektora OSiR w Zamościu robót objętych zamówieniem dodatkowym udzielonym 23 kwietnia 2009 r. nie można było przewidzieć pomimo zachowania należytej staranności. Według niego należytej staranności nie można rozumieć jako konieczności kwestionowania w każdym przypadku sporządzanych projektów oraz działań osób uprawnionych do wykonywania reglamentowanej prawnie działalności. Zamawiający polegał na wiedzy i doświadczeniu osób wykonujących projekt budowlany. Jednocześnie zwrócił uwagę na fakt, że dopiero po dokonaniu przez wykonawcę odkrywek na całej powierzchni podbudowy boiska, stwierdzono zaleganie nieprzepuszczalnych warstw gruntu i wówczas zakwestionowano rozwiązanie przyjęte w projekcie wykonania boiska. Dodatkowo, z uwagi na obfite opady deszczu, uległy zmianie warunki wodno-glebowe i podniósł się znacznie poziom wód gruntowych.

Odnosnie drugiej części zaleceń dyrektor OSiR w Zamościu swoje stanowisko uzasadnia tym, że przedmiot zamówienia był szeroki i zawierał różnego rodzaju prace budowlane. W dokumentacji projektowej załączonej do specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego przedstawiono cały zakres robót, obejmujący m.in. kompletne oświetlenie boiska i pełne ogrodzenie terenu. Projekt techniczny przewidywał więc wykonanie robót określonych przez zamawiającego jako uzupełniające, a zatem roboty objęte zamówieniem uzupełniającym były zgodne z zamówieniem podstawowym, bowiem przy tak różnych pracach trudno mówić o identyczności prac objętych zamówieniem podstawowym z pracami objętymi zamówieniem uzupełniającym.

W dniu 26 października 2011 r., na posiedzeniu Kolegium, przedstawiciele skarżącego podtrzymali złożone do Kolegium zastrzeżenia. W trakcie składanych wyjaśnień dyrektor OSiR w Zamościu powiedział, że konieczność wykonania drenażu o odpowiedniej

technologii (ułożenie rurociągów) wynikała po rozpoczęciu prac związanych z budową boiska i wykonaniu kilku odwiertów. Wykazały one, że grunt nie ma takiej przepuszczalności jaką przyjęto w projekcie. Potwierdzeniem tego może być prowadzona korespondencja z projektantem i menadżerem projektu, poprzedzająca udzielenie tego zamówienia dodatkowego. Wskazuje się w niej na pewne wady w dokumentacji projektowej oraz zawiera ona sugestię wykonawcy tych robót przyjęcia rozwiązania innego (ułożenie rurociągów), niż pierwotnie przewidywano (drenaż w oparciu o podsypkę z tłucznia i piasku). W odniesieniu do drugiej części złożonych zastrzeżeń dotyczących zamówień uzupełniających, przedstawiciele skarżącego dodatkowo wyjaśnili, że w dokumentacji projektowej tego zadania elementy te występowały, a nie zostały ujęte na etapie zamówienia podstawowego w związku z brakiem odpowiednich środków finansowych na ich realizację. Założono więc, że po ewentualnym otrzymaniu środków z Urzędu Marszałkowskiego, z Totalizatora Sportowego i od prezydenta miasta te pierwotnie usunięte z zamówienia roboty zostaną zlecone w trybie zamówienia uzupełniającego.

Przystępując do analizy sprawy Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Lublinie ustaliło, że zastrzeżenia złożone przez Dyrektora OSIR w Zamościu 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, wysłuchaniu przedstawicieli OSIR w Zamościu i zapoznaniu się z dokumentami dostarczonymi w ramach zarządzonych dodatkowych czynności wyjaśniających Kolegium stwierdziło, że zastrzeżenie zasługuje na uwzględnienie.

1. Odnosząc się do umowy zawartej w dniu 23 kwietnia 2009 r. należy zauważyć, że kwestią sporną było to, czy obiektywnie dało się przewidzieć konieczność wykonania drenażu („rurowego”) boiska.

W wyniku kontroli ustalono, że w dokumentach przetargowych zamówienia podstawowego, takich jak SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz przyszła umowa, określony został przewidywany zakres robót, w ramach którego wymienione było wykonanie „*systemu odwadniającego boisko – drenażu*”. Niemniej jednak projekt techniczny nie przewidywał odwodnienia w systemie drenażu „rurowego”. Odwodnienie miało polegać na wsiąkaniu wody w warstwy podbudowy i glebę, co zostało potwierdzone przez zamawiającego w ramach wyjaśnień na pytanie jednego z wykonawców przed złożeniem ofert. Wykonawca dokumentacji projektowej Przedsiębiorstwo Projektowo - Budowlane „EKOBUD” s.c. Dmosin II, Pracownia Projektowa ul. Więckowskiego Łódź w projekcie technicznym zawarł zapis „*z uwagi na dużą miąższość gruntów przepuszczalnych i 48 cm podbudowę z tłucznia i piasku, nie ma podstaw do stosowania drenażu*”.

Po rozpoczęciu prac związanych z budową boiska, wykonano ponownie 5 odwiertów, które wykazały, że grunt nie ma takiej przepuszczalności jaką przyjęto w projekcie (pismo

wykonawcy Moris Sport Sp. z o.o. z dnia 17.11.2008 r.). Zasugerowano, aby projektant wykonał projekt drenażu pod płytą boiska (protokół z narady w OSiR w Zamościu w dniu 5.12.2008 r.). W protokole konieczności z dnia 08.12.2008 r. komisja powołana w tym celu stwierdziła, że ze względu na nieprzepuszczalne warstwy geologiczne pod płytą boiska, odwodnienie założone w projekcie będzie nieskuteczne i zdecydowano o zleceniu projektantowi opracowanie projektu drenażu płyty boiska.

Stosownie do przepisów art.67 ust.1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i jeśli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, bądź wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Analizując to zastrzeżenie Kolegium RIO uznało, że zamawiający dochował należytej staranności w procesie przygotowywania inwestycji. Na tym etapie założono konieczność wykonania systemu odwadniającego boisko (drenażu). Zamawiający zlecił opracowanie projektu uprawnionym projektantom, którzy po dokonaniu wszystkich wymaganych przepisami uzgodnień wykonali projekt. W oparciu o taki projekt zamawiający uzyskał pozwolenie na budowę, a pełnienie funkcji menedżera projektu zlecił Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji, jednostce specjalizującej się w usługach tzw. pośrednictwa inwestycyjnego. Na etapie przygotowania zamówienia i zawierania umowy na zamówienie podstawowe nic nie wskazywało na to, że w projekcie zastosowano złe rozwiązania projektowe w części dotyczącej odwodnienia boiska. Ponadto z opisu projektu wynikało, że zawarte w nim stwierdzenie o braku konieczności wykonania drenażu rurowego pod płytą boiska poparte było badaniem gruntu, który cechował się odpowiednią chłonnością. Należy zgodzić się ze skarżącym, że należytej staranności nie można rozumieć jako konieczności kwestionowania czy też weryfikowania w każdym przypadku sporządzonych przez uprawnione podmioty projektów, a w szczególności przyjętych w nich rozwiązań technicznych, bowiem takie rozumienie należytej staranności prowadziłoby do potrzeby dodatkowego sprawdzania wszystkich projektów budowlanych. Można zatem uznać, że w ustalonych okolicznościach faktycznych sprawy w chwili dokonywania zamówienia podstawowego nie można było przewidzieć konieczności zmiany sposobu odwodnienia boiska i wynikającej z tego potrzeby dokonania zamówienia dodatkowego. Udzielenie zamówienia dodatkowego pozostawała w ścisłym związku z wykonaniem zamówienia podstawowego, a realizacja zamówienia podstawowego uwarunkowana była wykonaniem zamówienia dodatkowego. W tym stanie rzeczy skarżący mógł zatem udzielić zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego zawarte w części pierwszej punktu 4 należało uwzględnić.

2. Odnosząc się do umowy z dnia 28 kwietnia 2010 r., kwestią sporną jest czy udzielone w tym dniu zamówienie było zamówieniem uzupełniającym czy zamówieniem dodatkowym. Podstawowym argumentem Izby było to, że zakres robót uzupełniających nie był tożsamy z zakresem zamówienia podstawowego i to stało się podstawą do kwestionowania tego zamówienia.

Z ustaleń faktycznych wynika, że 15 grudnia 2009 r. spisano dwa protokoły konieczności, w których wskazano na potrzebę zmiany sposobu oświetlenia boiska, wykonania tzw. piłkochwyków i uzyskania w związku z tym nowego pozwolenia na budowę. W protokole konieczności wskazano, że zmiany te mają poprawić funkcjonalność wykonywanego boiska. Zamawiający uzasadniał zmiany protestami właścicieli posesji sąsiadujących z boiskiem. Zmiany obejmowały odstępianie od wykonania projektowanego ogrodzenia wokół działki (cokół + słupki ogrodzeniowe) na rzecz wykonania pełnego ogrodzenia od strony północnej i wschodniej (słupki + panele); wykonanie piłkochwyków wokół boiska na słupkach 4,0m i 6,0 m z wypełnieniem siatką w kolorze zielonym (w zakresie zadania przewidziano tylko piłkochwyty z trzech stron boiska); wykonanie chodnika, bramy wjazdowej i uporządkowania terenu umożliwiające swobodne i nieuciążliwe korzystanie z boiska; zmianę ilości i rodzaju słupów oświetleniowych służących do oświetlania realizowanego boiska (roboty zamienne); montaż projektorów oświetleniowych Coloseum Gewiss na uprzednio wykonanych słupach (roboty uzupełniające). Z ustaleń kontroli wynika, że konieczność zmiany przedmiotu zamówienia wynikała z okoliczności nie dających się przewidzieć na etapie projektowania (protesty właścicieli działek sąsiadujących) oraz chęci poprawienia funkcjonalności obiektu (w postaci robót zamiennych) – co w ocenie WKGF wyłącza możliwość potraktowania zamówienia jako zamówienia uzupełniającego. Zdaniem skarżącego, przedmiot zamówienia był szeroki i zawierał różnego rodzaju prace budowlane, które należało wykonać. Zamawiający w dokumentacji przetargowej przewidywał możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego. W dokumentacji projektowej załączonej do specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego przedstawiono cały zakres robót budowlanych w tym m.in. kompletne oświetlenie boiska, czy pełne ogrodzenie terenu. Projekt techniczny przewidywał więc wykonanie robót określonych przez zamawiającego jako uzupełniające. Z przyczyn finansowych – jak wyjaśnił skarżący – roboty te jednak zostały wyłączone z zakresu zamówienia podstawowego.

Należy zauważyć, że stosownie do przepisów art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało

udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Aby określone zamówienia na roboty budowlane mogły zostać uznane za zamówienia uzupełniające, w myśl art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, nie mogą one dotyczyć takich robót, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego (inaczej nie różniłyby się zasadniczo od zamówień dodatkowych). W danym przypadku, wprawdzie zamówienie na roboty uzupełniające zrealizowano kiedy pojawiły się dodatkowe środki finansowe, ale roboty te były przewidziane w dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ. Zamówienie uzupełniające, w sytuacji gdy zamówienie podstawowe zawiera różnego rodzaju roboty, nie musi wiernie odzwierciedlać w swej strukturze rodzajowej struktury zamówienia podstawowego. Przy budowie tak złożonego obiektu jakim jest boisko sportowe, a zatem i różnorodnych prac wchodzących w jego zakres trudno mówić o identyczności (tożsamości) prac objętych zamówieniem podstawowym z pracami objętymi zamówieniem uzupełniającym. Cytowany przepis ustawy posługuje się terminem rodzajowego podobieństwa pomiędzy zamówieniem podstawowym i uzupełniającym. W ocenie zatem Kolegium możliwym jest udzielenie zamówienia uzupełniającego w oparciu o powołany przepis ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy dotyczy ono wyższego – ale przewidzianego również w zamówieniu podstawowym – zakresu robót budowlanych aniżeli ten, który przewidziany był w tym ostatnim zamówieniu (podstawowym).

W tym stanie rzeczy zastrzeżenie do wniosku pokontrolnego zawarte w części drugiej punktu 4 należało uwzględnić.

W tym stanie faktycznym i prawnym postanowiono, jak w sentencji.

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

Otrzymuje:

Pan Tadeusz Lizut
Dyrektor Ośrodka Sportu i Rekreacji w Zamościu
ul. Królowej Jadwigi 8
22 – 400 Zamość