



PREZES

REGIONALNEJ IZBY OBRACHUNKOWEJ
W KATOWICACH

Katowice, 7 sierpnia 2019 r.

Znak: WK-612/10/4/19

**Pan
Piotr Handwerker
Dyrektor
Miejskiego Zarządu
Ulic i Mostów
w Katowicach**

Wystąpienie pokontrolne

Inspektorzy Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach przeprowadzili w dniach w okresie 8 maja 2019 r. do 27 maja 2019 r. kontrolę doraźną w zakresie realizacji zadania pn. „Przebudowa wiaduktu drogowego w ciągu ul. Lwowskiej nad ul. Bagienną w Katowicach” w **Miejskim Zarządzie Ulic i Mostów w Katowicach** za okres od 1 stycznia 2017 r. do 27 maja 2019 r.

Ustalenia kontroli zostały zawarte w protokole kontroli podpisanym w dniu 6 czerwca 2019 r., którego jeden egzemplarz pozostawiono w jednostce kontrolowanej.

Poniżej przedstawiam poszczególne nieprawidłowości, wskazując wnioski zmierzające do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności oraz osoby odpowiedzialne za nieprawidłowe wykonywanie czynności służbowych, stosownie do art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 561 z późn. zm.).

W zakresie zamówień publicznych:

– *W zakresie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane w zadaniu inwestycyjnym pn. Przebudowa wiaduktu drogowego w ciągu ulicy Lwowskiej nad ulicą Bagienną (DK 79) w Katowicach” stwierdzono:*

- *ustanowienie w przetargu nieograniczonym - przeprowadzonym w 2017 r. w celu wyłonienia Wykonawcy dla tego zadania - warunku realizacji niniejszego zamówienia, będącego jednym z najistotniejszych elementów zawartej umowy, z naruszeniem przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. 2164 z późn. zm.) w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z ww. przepisami przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie*

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający zgodnie z pkt 2.2 wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ zobowiązał przyszłego Wykonawcę do bezwzględnego wykonania w 2017 r., zakresu robót o wartości 2.977.000,00 zł brutto, co stanowi 52,68% wartości zamówienia, określonej pierwotnie w umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Ww. wartość robót, które zgodnie z tym warunkiem „bezwzględnie” musiały zostać zrealizowane przez przyszłego Wykonawcę w 2017 r., nie była uzasadniona rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.

Zgodnie z wyjaśnieniami Dyrektora MZUiM w Katowicach, wymóg wykonania robót w 2017 r. na kwotę 2.977.000,00 zł brutto był uzasadniony dofinansowaniem zadania z rezerw subwencji ogólnej w wysokości 1.523.000,00 zł brutto, które było również uzależnione od wkładu własnego Inwestora, który wynosił 1.477.000,00 zł brutto.

Jednak dla rozliczenia otrzymanych środków z rezerwy subwencji ogólnej nie było wymagane wykorzystanie środków własnych. Środki własne, które faktycznie zostały poniesione przez Zamawiającego w kwocie 99.572,00 zł okazały się wystarczające.

Tak określony przez Zamawiającego warunek realizacji przedmiotu zamówienia z jednej strony nie był obiektywnie uzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, z drugiej zaś niewątpliwie mógł kształtować krąg potencjalnych Wykonawców oraz wpływać na poziom oferowanych przez Wykonawców cen. Umowa o realizację niniejszego zamówienia została bowiem podpisana z Wykonawcą w dniu 7 września 2017 r. natomiast przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 18 września 2017 r. Tym samym, Wykonawcy ubiegający się o to zamówienie musieli posiadać odpowiednią zdolność techniczną oraz finansową, żeby do końca 2017 r. wykonać zakres robót o wymaganej przez Zamawiającego wartości, tj. 2.977.000,00 zł brutto. Tym bardziej, że w perspektywie zbliżającego się okresu zimowego do głównych ryzyk kontraktowych przyszłego Wykonawcy należało wysokie prawdopodobieństwo występowania niesprzyjających warunków atmosferycznych, co mogło spowodować np. spowolnienie robót budowlanych lub nawet czasowe ich wstrzymanie.

Co istotne, mimo postawionego w treści SIWZ tak restrykcyjnego warunku realizacji zamówienia, Zamawiający w przeprowadzonym przetargu nie żądał od Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie przedłożenia przy ofercie jakiegokolwiek dokumentu określającego: zakres rzeczowy robót, ich koszt, a także czasy ich realizacji, który mógłby podlegać ocenie Zamawiającego pod kątem przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Zgodnie z treścią SIWZ, obowiązkiem sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego został obciążony wyłącznie przyszły Wykonawca.

Zamawiający w toku wykonywania przedmiotu umowy nie wyegzekwował od Wykonawcy prawidłowo sporządzonego harmonogramu rzeczowo-finansowego, który uwzględniałby tak określony warunek realizacji zamówienia. Dokument ten zgodnie z wytycznymi Zamawiającego powinien być zostać przedstawiony przez Wykonawcę w ciągu 2 dni od podpisania umowy.

Ponadto, Zamawiający w treści SIWZ oraz wzorze Umowy nie usankcjonował w jakiś szczególny sposób (np. w postaci kar umownych) przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania przez przyszłego Wykonawcę ww. obowiązków, tj. sporządzenia

oraz przedłożenia HRF po podpisaniu umowy, aktualizacji HRF oraz wykonaniu w 2017 r. zakresu robót z obmiaru na żadaną kwotę 2.977.000,00 zł brutto.

Wartość rzeczywiście wykonanego przez Wykonawcę zakresu robót do dnia 31 grudnia 2017 r. wynosiła jedynie 1.599.572,20 zł brutto, co stanowi ok 54% pożądaną przez Zamawiającego w SIWZ wartości robót (tj. 2.977.000,00 zł brutto).

Wykonawca, pomimo że nie wykonał obowiązków umownych w powyższym zakresie, nie poniósł żadnych negatywnych konsekwencji z tego tytułu.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosił p. Piotr Handwerker – Dyrektor MZUiM w Katowicach, który w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powierzył pisemnie wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom Zamawiającego oraz zatwierdził specyfikację istotnych warunków zamówienia.

- wprowadzenie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego nr 2/TM/2017 z dnia 7 września 2017 r. w stosunku do treści oferty, wybranej jako najkorzystniejszej, polegających na:

- przedłużeniu umownego terminu wykonania przedmiotu umowy, stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert, łącznie o 95 dni, tj. do „365 dni” co nastąpiło na mocy aneksów nr 3 i 5 do umowy, z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 140 ust. 1 ww. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z ww. przepisami, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a zmiana umowy jest dopuszczalna jedynie wówczas, gdy Zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Zgodnie z treścią SIWZ maksymalny termin realizacji całości niniejszego zamówienia wynosił 360 dni kalendarzowych, licząc od dnia przekazania placu budowy. Ponadto, „termin wykonania” stanowił jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 10%. Zamawiający określając „termin wykonania” jako kryterium oceny ofert, nie wskazał żadnego terminu minimalnego a jedynie maksymalny, tj. 360 dni kalendarzowych, licząc od dnia przekazania placu budowy.

Wybrany Wykonawca zaoferował 270 dni od dnia przekazania placu budowy.

W związku z faktem, że przekazanie Wykonawcy placu budowy nastąpiło w dniu 18 września 2017 r., to zawarty w pkt 6 umowy 270-dniowy termin na wykonanie niniejszego zamówienia upływał w dniu 15 czerwca 2018 r.

Zmiany Umowy, polegające na przedłużeniu umownego 270-dniowego terminu wykonania zamówienia, zostały wprowadzone:

- ✓ aneksem nr 3 z dnia 8 czerwca 2018 r., na mocy którego przedłużono termin wykonania zamówienia o 78 dni, tj. do dnia 31 sierpnia 2018 r. Zamawiający dokonując zmiany umowy w tym zakresie powołał się na art. 144 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy w związku z przesłanką zmiany umowy, polegającą na: „wystąpieniu potrzeby realizacji robót dodatkowych”, która została przewidziana w sekcji IV.5) pkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu w oraz w pkt 15.2 projektu umowy (stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ).

Jednocześnie zamawiający nie określił jakie okoliczności zostaną uznane za wystąpienie potrzeby przy realizacji tychże robót, które będą podstawą zmiany umowy (np. pismem zgłoszenie, czy protokół konieczności, czy aneks do umowy). Interpretacja tych okoliczności zależała wyłącznie od Zamawiającego.

Z wyjaśnień Dyrektora MZUiM w Katowicach wynikało, że zdaniem Zamawiającego wystąpienie potrzeby realizacji robót dodatkowych następowało zgodnie z zapisem treści ogłoszenia o zamówieniu sekcja IV.5 pkt 1 od zawarcia przez strony stosownego aneksu do umowy, na podstawie którego nastąpiło zwiększenie zakresu rzeczowego wynikającego z oferty wykonawcy oraz zawartej umowy o zamówienie podstawowe.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz umowy nr 2/TM/2017 z dnia 7 września 2017 r., wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy winny zostać dokonane wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez obie strony, pod rygorem nieważności, zgodnie z art. 144 (sekcja IV.5 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu); jakkolwiek zmiana umowy i jej części składowych (załączników) mogła nastąpić za zgodą obydwu stron, wyrażoną na piśmie w formie aneksu (pkt 11 Umowy); wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy winny zostać dokonane wyłącznie w formie aneksu podpisanego przez obie strony, pod rygorem nieważności (pkt 14 Umowy).

Strony w dniu 6 czerwca 2018 r. podpisały protokół konieczności wykonania robót dodatkowych oraz zamiennych. Osoby uczestniczące po stronie Zamawiającego w sporządzeniu i podpisaniu tego protokołu, tj. Kierownik Sekcji Mostowej, Starszy Referent d/s mostowych oraz Inspektor nadzoru inwestorskiego nie posiadały umocowania do składania oświadczeń woli w obrocie cywilnoprawnym dotyczącym zadań powierzonych jednostce przez Miasto Katowice, w tym również do zawierania oraz zmiany umowy w zakresie niniejszego zadania. Ponadto, w treści protokołu konieczności zawarto informację, że niniejszy protokół stanowi podstawę wykonania ww. robót i sporządzenia aneksu nr 3 do umowy. Protokół konieczności z dnia 6 czerwca 2018 r. mógł zatem stanowić jedynie podstawę do zawarcia aneksu nr 3 z Wykonawcą, w wyniku którego strony mogły zwiększyć zakres rzeczowy umowy o konieczne roboty dodatkowe oraz zamienne, a co z tym się wiąże przesunąć umowny termin wykonania zamówienia.

Jednakże Zamawiający zawierając aneks nr 3 z dnia 8 czerwca 2018 r. do Umowy o zamówienie podstawowe, faktycznie nie zlecił dotychczasowemu Wykonawcy ww. robót dodatkowych i/lub zamiennych, a co z tym się wiąże nie doszło także do zwiększenia umownego wynagrodzenia Wykonawcy.

Z wyjaśnień Dyrektora MZUiM w Katowicach wynika, że Zamawiający przed faktycznym zleceniem tych robót, tj. 13 sierpnia 2018 r. nie był przygotowany na rozpoczęcie przedmiotowych robót dodatkowych i/lub zamiennych, gdyż prowadzone były jeszcze analizy i ustalenia z Wykonawcą dotyczące ostatecznego zakresu tych robót. Wykonawca nie realizował ww. robót dodatkowych i/lub zamiennych, przed faktycznym ich zleceniem w formie pisemnej, co nastąpiło dopiero w dniu 13 sierpnia 2018 r.

Ponadto, Zamawiający zabezpieczył w planie finansowym środki finansowe na realizację robót dodatkowych i/lub zamiennych dopiero w dniu 29 czerwca 2018 r. Natomiast zwiększenie zakresu rzeczowego umowy w sprawie zamówienia publicznego o ww. roboty dodatkowe i/lub zamienne nastąpiło faktycznie dopiero na podstawie aneksu nr 4 podpisanego przez strony w dniu 13 sierpnia 2018 r.

Mając powyższe na uwadze, roboty dodatkowe, o których mowa w Protokole konieczności z dnia 6 czerwca 2018 r., nie mogły uzasadniać przedłużenia w dniu 8 czerwca 2018 r. umownego terminu wykonania zamówienia, nie tyle o 78 dni, co w ogóle.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Piotr Handwerker – Dyrektor MZUiM w Katowicach, który w imieniu Zamawiającego podpisał Aneks nr 3 z dnia 8 czerwca 2018 r.

✓ aneksem nr 5 z dnia 31 sierpnia 2018 r., na mocy którego strony przedłużyły termin wykonania zamówienia o kolejne 17 dni (łącznie o 95 dni), tj. do dnia 17 września 2018 r. Zamawiający dokonując zmiany umowy w tym zakresie powołał się na art. 144 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, w związku z przesłanką zmiany umowy, która została przewidziana w sekcji IV.5 ogłoszenia o zamówieniu w oraz w pkt 15.2 projektu umowy (stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ) w następującym brzmieniu: „Zamawiający przewiduje następujące możliwości dokonania zmiany niniejszej Umowy: w zakresie terminu realizacji umowy (wykonanie robót) zwłaszcza gdy dotrzymanie terminu wskazanego pierwotnie okazało się niemożliwe z powodów, za które nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca, w tym jeżeli pojawiły się okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, zwłaszcza w przypadku wystąpienia potrzeby realizacji robót dodatkowych”.

Wykonawca pismem z dnia 28 sierpnia 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu wykonania wiaduktu w ciągu ul. Lwowskiej do 30 września 2018 r. „w związku z zaistniałymi problemami przy wykonywaniu napraw PCC na obiekcie”.

Wykonawca w uzasadnieniu powyższego podał, że w miesiącach lipiec-sierpień 2018 r. zostały rozpoczęte prace związane z wykonaniem napraw betonów na obiekcie, a nakładana zaprawa nie wiązała w sposób dla niej charakterystyczny oraz posiadała zmniejszoną przyczepność do podłoża, co było spowodowane panującymi wysokimi temperaturami.

Z wyjaśnień Dyrektora MZUiM w Katowicach wynikało, że Wykonawca zgłosił inspektorowi nadzoru oraz Zamawiającemu, że podczas wykonywania prac naprawczych zaprawami PCC wystąpił problem z wynikami badań „pull-off”. W związku z powyższym należało zdiagnozować, jaka jest tego przyczyna, czy leży ona po stronie Wykonawcy i błędnej technologii nakładania zapraw, czy wina leży po stronie materiału. Zamawiający wyliczył niezbędny termin na wykonanie badań - 10 dni. Ponadto, Zamawiający mając na uwadze konieczność wykonywania przez Wykonawcę prac związanych z naprawami PCC doliczył 7 dni na ich realizację, jednakże Wykonawca mógł wykonywać te prace w ciągu 17 dni.

Do zgłoszonego przez Wykonawcę problemu dot. prac naprawczych zaprawami PCC odniósł się producent zaprawy, wykazując w piśmie z dnia 28 sierpnia 2018 r., że przyczyny problemów w zakresie wykonania napraw betonów na obiekcie należy upatrywać po stronie samego Wykonawcy, tj. w błędnej technologii nakładania zapraw. Producent zalecił Wykonawcy polepszenie procesu pielęgnacji zaprawy przez zwielokrotnienie nawilżania powierzchni wodą przez okres minimum 4-5 dni od daty położenia zaprawy naprawczej.

Ponadto, Inspektor nadzoru budowlanego w piśmie z dnia 17 listopada 2018 r. wskazał, m.in. że: w dzienniku budowy nie ma żadnego wpisu o braku możliwości wykonania robót w technologii PCC z powodu wysokich temperatur. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego zauważył także, że jeżeli temperatura max. w ciągu dnia była zbyt wysoka to prace należało rozpoczynać skoro świt, robić przerwę w godzinach popołudniowych i kontynuować pracę w godzinach wieczornych.

Mając powyższe na uwadze, nie można zatem uznać, że dotrzymanie terminu wykonania zamówienia okazało się niemożliwe z powodów, za które nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca, a zatem z powodu konieczności przeprowadzenia ww. badań nie należał się Wykonawcy dodatkowy (10 dniowy) czas na wykonanie zamówienia. Nieuzasadnionym

było także doliczenie przez Zamawiającego do tego 10 dniowego okresu potrzebnego do przeprowadzenia badań „pull-off”, kolejnych 7 dni na realizację napraw PCC. Zamawiający nie wskazał, jakie to okoliczności uzasadniały „doliczenie 7 dni” na realizację prac związanych z naprawami PCC.

Wobec powyższego zmiana umowy na mocy aneksu nr 5, poprzez przesunięcie terminu wykonania zamówienia - będącego kryterium oceny ofert - o kolejne 17 dni było nieuzasadnione i niezgodne z art. 144 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy w związku z postanowieniem pkt 15 ppkt 2 Umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Piotr Handwerker – Dyrektor MZUiM w Katowicach, który w imieniu Zamawiającego podpisał Aneks nr 5 z dnia 31 sierpnia 2018 r.

- zmianie zakresu świadczeń i zobowiązań wynikających z oferty Wykonawcy, poprzez:
 - usunięcie i/lub zmniejszenie pozycji kosztorysu ofertowego o łącznej wartości 500.674,53 zł netto/ 615.829,67 zł brutto, co nastąpiło na mocy aneksu nr 4 do umowy z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 140 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ww. ustawy oraz
 - dodanie i/lub zwiększenie pozycji kosztorysu ofertowego o łącznej wartości 918.824,32 zł netto/ 1.130.153,91 zł brutto, co nastąpiło na mocy aneksów nr 4 i 6 do umowy z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 140 ust. 1 ww. ustawy.

Aneksem nr 4 z dnia 13 sierpnia 2018 r., Strony wprowadziły zmiany zakresu rzeczowego Umowy, polegające na:

- ✓ usunięciu i/lub zmniejszeniu pozycji robót w stosunku do treści oferty o łącznej wartości: 500.674,53 zł netto/ 615.829,67 zł brutto wraz z jednoczesnym
- ✓ dodaniu i/lub zwiększeniu pozycji robót w stosunku do treści oferty o roboty dodatkowe i/lub zamiennie o łącznej wartości: 877.081,89 zł netto/ 1.078.810,72 zł brutto wraz z jednoczesnym zwiększeniem wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu o kwotę 464.713,51 zł brutto, tj. do wysokości ogółem: 6.115.727,06 zł brutto.

Wynikiem rozliczenia z Wykonawcą, powstałym wskutek ww. zmian zakresu rzeczowego, winno być podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 462.981,05 zł brutto, nie zaś o kwotę 464.713,51 zł brutto, jak to faktycznie wynika z Aneksu nr 4. Zamawiający w toku kontroli nie wyjaśnił różnicy na korzyść Wykonawcy w wysokości 1.732,46 zł brutto.

W uzasadnieniu prawnym zmiany tzw. zmniejszającej zakres umowy w stosunku do treści oferty, Zamawiający powołał się na art. 144 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy w związku z przewidzianą w pkt 15 ppkt 6 projektu umowy przesłanką, w następującym brzmieniu: „Zamawiający przewiduje następujące możliwości dokonania zmiany niniejszej Umowy w zakresie zmniejszenia wynagrodzenia, zwłaszcza w sytuacji zmniejszenia zakresu robót”. Takie określenie przesłanki zmiany umowy jest niewyczerpujące oraz niezgodne z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy, który możliwość zmiany umowy uzależnia od tego czy Zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określił charakter oraz warunki wprowadzenia zmian (okoliczności umożliwiające skorzystanie z klauzuli), a także dopuszczalny zakres takiej modyfikacji.

Tymczasem Zamawiający nie określił w żaden sposób zakresu możliwej zmiany przedmiotu świadczenia ani okoliczności, w których to miałyby nastąpić tak, aby ograniczyć ryzyko występujące w tym przedmiocie po stronie Wykonawcy na etapie wyceny swojej oferty. Jeżeli Zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia

w sposób niczym nieograniczony, to czyni to opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie mogli mieć w tym zakresie uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty.

Wskutek nieprawidłowego skorzystania przez Zamawiającego ze swojego uprawnienia do zmiany Umowy, określonego w art. 144 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, w tym przypadku brak było możliwości wprowadzenia zmiany zmniejszającej zakres zawartej umowy.

W wyniku zmiany umowy, polegającej na zmniejszeniu zakresu rzeczowego umowy o pozycje robót o łącznej wartości 615.829,67 zł brutto, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 144 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy w związku z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Natomiast w uzasadnieniu prawnym wprowadzenia zmian tzw. zwiększających zakres umowy, Zamawiający wskazał art. 144 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy, który dopuszcza możliwość zmiany Umowy w przypadku kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

- gdy łączna wartość zmian wprowadzonych do umowy o zamówienie jest mniejsza niż kwoty tzw. „progów unijnych” oraz
- gdy łączna wartość zmian jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

W opisywanym przypadku, „łączna wartość zmian” związanych z dodaniem i/lub zwiększeniem pozycji robót wraz z jednoczesnym usunięciem i/lub zmniejszeniem pozycji robót w stosunku do treści oferty wynosi: 1.377.756,42 zł netto/ 1.694.640,39 zł brutto, co stanowi: 29,99% wartości zamówienia netto/ brutto, określonej pierwotnie w Umowie w wysokości: 4.594.319,96 zł netto/ 5.651.013,55 zł brutto.

Norma wynikająca z art. 144 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy odnosi się bowiem nie tylko do „zmiany zwiększającej” zakres zamówienia, ale także do „zmian zmniejszających” oraz wskazuje na wielokrotność zmian. Z analizowanego przepisu wynika bowiem również możliwość zmniejszania wartościowego przedmiotu zamówienia. Dlatego też „łączną wartość zmian” treści Umowy, dokonywaną na podstawie wskazanego przepisu należy ustalać z uwzględnieniem wartości (kwoty) obu rodzajów zmian.

Przy czym, należało wydzielić zmiany umowy wprowadzone na mocy aneksu nr 4 i nie sumować wartości zmian: „zmniejszających” ze „zwiększającymi” wartość przedmiotu umowy, gdyż zostały one wprowadzone przez Zamawiającego na podstawie odrębnych przesłanek.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, że samo zwiększenie wartościowe przedmiotu umowy, do którego zastosowanie miał art. 144 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy, wynosi kwotę 877.081,89 zł netto/ 1.078.810,72 zł brutto, co stanowi 19,09% wartości zamówienia netto/ brutto, określonej pierwotnie w umowie w wysokości odpowiednio: 4.594.319,96 zł netto/ 5.651.013,55 zł brutto.

Dlatego też, wprowadzenie zmian zwiększających na podstawie aneksu nr 4 nastąpiło z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy, gdyż nie została tutaj spełniona jedna z kluczowych przesłanek ustawowych nakazująca, żeby „łączna wartość zmian” była mniejsza od 15% wartości zawartej umowy na roboty budowlane.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Piotr Handwerker – Dyrektor MZUiM w Katowicach, który w imieniu Zamawiającego podpisał Aneks nr 4 z dnia 13 sierpnia 2018 r.

Z kolei aneksem nr 6 z dnia 3 września 2018 r. Strony wprowadziły kolejne zmiany zakresu rzeczowego Umowy, polegające na dodaniu i/lub zwiększeniu pozycji robót o roboty dodatkowe, których konieczność wykonania została stwierdzona protokołem konieczności z dnia 30 lipca 2018 r. wraz z jednoczesnym zwiększeniem wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu o kwotę 51.343,19 zł brutto, tj. do wysokości ogółem: 6.167.070,25 zł brutto.

W uzasadnieniu prawnym wprowadzenia zmiany Umowy na podstawie aneksu nr 6, Zamawiający powołał się na przepis art. 144 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy. Przepis ten wskazuje na możliwość wielokrotnego dokonywania zmian Umowy, jednakże pod warunkiem, że ich łączna wartość nie przekroczy wartości w nim określonych. W przypadku zamówień na roboty budowlane, łączna wartość zmian winna być jednak mniejsza, niż 15% wartości zamówienia, określonej pierwotnie w Umowie.

Tymczasem łączna wartość zmian tzw. zwiększających zakres Umowy, wprowadzonych przez Zamawiającego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy, w wyniku zawarcia aneksów nr 4 oraz nr 6 wynosi: 918.824,32 zł netto/ 1.130.153,91 zł brutto, co stanowi 19,99% wartości zamówienia, określonej pierwotnie w umowie w wysokości odpowiednio: 4.594.319,96 zł netto/ 5.651,013,55 zł brutto.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że także wprowadzenie zmian zwiększających na podstawie niniejszego aneksu nr 6 nastąpiło z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 6 ww. ustawy, gdyż nie została tutaj spełniona jedna z kluczowych przesłanek ustawowych nakazująca, żeby „łączna wartość zmian” była mniejsza od 15% wartości zawartej umowy na roboty budowlane.

Odpowiedzialność w powyższym zakresie ponosi p. Piotr Handwerker – Dyrektor MZUiM w Katowicach, który w imieniu Zamawiającego podpisał Aneks nr 6 z dnia 3 września 2018 r.

Wniosek nr 1

Wzmocnić nadzór nad Pracownikami Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Katowicach w zakresie:

- określania warunków realizacji zamówienia w sposób obiektywnie uzasadniony oraz zgodny z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, stosowanie do art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn zm.) zwanej dalej „uPzp”, w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy;
- merytorycznej oceny ustawowych przesłanek dopuszczających istotne zmiany Umowy w sprawie zamówienia publicznego, mając na uwadze, że generalną zasadą jest zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, a jej aneksowanie jest ściśle reglamentowane przepisami o zamówieniach publicznych, których zamawiający nie może interpretować rozszerzająco, stosowanie do art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 6 „uPzp” w związku z art. 140 ust. 1 i 3 „uPzp”, mając na uwadze art. 68 i art. 69 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 869).

W zakresie realizacji planu finansowego:

- Zaniechano przedłożenia Skarbnikowi Miasta Katowice do kontrasygnaty umowy nr 2/TM/2017 z dnia 7 września 2017 r. wraz z aneksami na kwotę 6.167.070,25 zł

zawartej na wykonanie zadania pn.: „Przebudowa wiaduktu drogowego w ciągu ul. Lwowskiej nad ul. Bagienną w Katowicach”. Zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2017 r. poz. 1875 z późn. zm.), jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej.

Na umowie nr 2/TM/2017 z dnia 7 września 2017 r. wraz z aneksami widniał podpis p. Marii Zaremby – byłego Głównego Księgowego Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Katowicach, która nie posiadała upoważnienia Skarbnika Miasta Katowice do składania kontrasygnaty.

Stosownie do art. 54 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych czynność głównego księgowego polega na wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym oraz kontroli kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących operacji gospodarczych i finansowych. Taka wstępna kontrola na etapie poprzedzającym zaciągnięcie zobowiązania zapewnia między innymi, że nie dochodzi do sytuacji, w której zaistnieją przesłanki odmowy kontrasygnaty.

Wniosek nr 2

Przedłożyć do kontrasygnaty Skarbnikowi Miasta Katowice umowę nr 2/TM/2017 z dnia 7 września 2017 r. wraz z aneksami, mając na uwadze wymogi art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2018 r. poz. 994 z późn. zm.).

Stosownie do treści art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 561 z późn. zm.) sprawozdanie o sposobie realizacji wniosków pokontrolnych należy przedłożyć Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Katowicach, **w terminie 30 dni** od daty otrzymania niniejszego wystąpienia.

Do wniosków pokontrolnych zawartych w niniejszym wystąpieniu przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń **w zakresie wymienionym w art. 9 ust. 4** ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych. Zastrzeżenia można wносить do **Kolegium** tutejszej Izby, **w terminie 14 dni** od daty otrzymania wystąpienia pokontrolnego.

PREZES
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Katowicach

Daniel Kołodziej