



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Bydgoszczy

LBY – 4101-023-01/2014

P/14/009

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Bydgoszczy

ul. Wały Jagiellońskie 12, 85-950 Bydgoszcz

T +48 52 567 58 00, F +48 52 567 58 60

lby@nik.gov.pl

I. Dane identyfikacyjne kontroli

Numer i tytuł kontroli P/14/009 - Zamówienia publiczne współfinansowane z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Jednostka przeprowadzająca kontrolę Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Bydgoszczy

Kontroler Andrzej Szulc, starszy inspektor kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr 91254 z dnia 4 listopada 2014 r.

(dowód: akta kontroli str. 1, 2)

Jednostka kontrolowana Urząd Miasta Inowrocławia, ul. Prezydenta Franklina Roosevelta 36,
88-100 Inowrocław (dalej: „Urząd” lub „Zamawiający”)

Kierownik jednostki kontrolowanej Ryszard Brejza, Prezydent Miasta Inowrocławia

(dowód: akta kontroli str. 274, 275)

II. Ocena kontrolowanej działalności¹

Ocena ogólna

Zamawiający, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych² (dalej: „Pzp”), udzielił zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie rekreacyjnego basenu solankowego w Inowrocławiu, w ramach realizacji zadania Uzdrawisko Inowrocław” (dalej: „Zamówienie”), w związku z realizacją projektu „Uzdrawisko Inowrocław (rozwój funkcji uzdrowskiej) - II etap” (dalej: „Projekt”), współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007 – 2013. Zamówienia udzielono w trybie przetargu nieograniczonego określonego w art. 39 ust. 1 Pzp. Zamawiający powołał komisję przetargową do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz do badania i oceny ofert. Prawidłowo opisano przedmiot Zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny oraz koncepcji budowy obiektu. Ogłoszenie o Zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie zamawiającego, na jego stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych i zawierało wymagane dane. Wyznaczono prawidłowy termin składania ofert i wybrano ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z ustalonymi kryteriami. Odpowiadała ona postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) i została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania.

W wyniku kontroli stwierdzono nieprawidłowości polegające m.in. na:

- zawarciu w dniu 28 września 2011 r. umowy w sprawie Zamówienia³ (dalej: „umowa”), której istotne postanowienia odbiegały od postanowień SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz od zaakceptowanego przez wykonawcę wzoru

¹ ¹ Najwyższa Izba Kontroli stosuje 3-stopniową skalę ocen: pozytywna, pozytywna mimo stwierdzonych nieprawidłowości, negatywna. Jeżeli sformułowanie oceny ogólnej według proponowanej skali byłoby nadmiernie utrudnione, albo taka ocena nie dawałaby prawdziwego obrazu funkcjonowania kontrolowanej jednostki w zakresie objętym kontrolą, stosuje się ocenę opisową, bądź uzupełnia ocenę ogólną o dodatkowe objaśnienie.

² Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759, ze zm.

³ Nr ZZP.272.54.2011.

umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, czym naruszono art. 144 ust. 1 w związku z art. 140 ust. 1 Pzp;

- przyjęciu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zapisy ograniczające uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia roszczeń z tego zabezpieczenia, czym naruszono art. 147 ust. 2 Pzp;
- niewyegzekwowaniu od wykonawcy Zamówienia przedłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w związku z przedłużeniem terminu wykonania przedmiotu umowy, czym naruszono postanowienia SIWZ oraz art. 147 ust. 1 w związku z art. 151 ust. 1 Pzp;
- wskazaniu w SIWZ krótszego od dopuszczalnego terminu ważności dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane⁴ (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

III. Opis ustalonego stanu faktycznego

Udzielenie Zamówienia w ramach Projektu współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007 - 2013.

Opis stanu
faktycznego

1. W Urzędzie, zadania związane z planowaniem, przygotowaniem i udzielaniem zamówień publicznych podzielono pomiędzy poszczególne komórki organizacyjne. Przyjęte regulacje określały zadania pracowników Urzędu na poszczególnych etapach udzielania zamówień i nie powodowały przyznania im wyłącznych bądź nadmiernych kompetencji w tym zakresie.

(dowód: akta kontroli str. 3-9)

2. W dniu 10 grudnia 2009 r. Miasto Inowrocław zawarło z Województwem Kujawsko-Pomorskim umowę o dofinansowanie Projektu⁵ w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007-2013. Projekt przewidywał między innymi realizację zadania „Wykonanie przebudowy kompleksu basenowo-hotelowego” (dalej: „Zadanie”). Zgodnie z § 11 ust. 1 powyższej umowy Zamawiający był zobowiązany do stosowania Pzp przy realizacji Projektu.

W celu realizacji powyższego Zadania, Urząd udzielił Zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przewidzianego art. 39 Pzp⁶.

(dowód: akta kontroli str. 11-45)

3. Zadanie obejmowało wybudowanie nowego basenu rehabilitacyjnego wyposażonego w atrakcje wodne wraz z budynkiem zaplecza. W otoczeniu basenu przewidziano tereny rekreacyjne: place do plażowania, zabaw i gier, boiska do gry oraz zabawową kręgielnię. Wysokość zaplanowanych wydatków (ogółem i kwalifikowalnych) przypisanych w Projekcie na to zadanie wynosiła 6 995,8 tys. zł.

(dowód: akta kontroli str. 20-30)

⁴ Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817.

⁵ Nr WPW.I.3043-6-3-117/09, zmieniona Aneks nr 3 z dnia 19 lipca 2012 r.

⁶ Oznaczenie sprawy ZPP.271.46.2011.

4. Z wnioskiem o wszczęcie postępowania o udzielenie Zamówienia, opracowanym zgodnie z załącznikiem do Regulaminu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych przez Miasto Inowrocław⁷ wystąpił Naczelnik Wydziału Inwestycji, Rozwoju Gospodarczego i Funduszy Europejskich Urzędu, stosownie do § 4 tego Regulaminu. Wniosek, zaakceptowany przez pracownika Zespołu Zamówień Publicznych Urzędu (pod względem formalnym) i Skarbnika Miasta (pod względem finansowym), zatwierdził Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia (dalej: „Zastępca Prezydenta”), któremu Prezydent pisemnie powierzył wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie tego Zamówienia. W powyższym wniosku zaproponowano skład komisji przetargowej oraz wskazano inne osoby uczestniczące w przygotowaniu postępowania.

Prezydent Miasta powołał komisję przetargową do przeprowadzenia postępowania o udzielenie Zamówienia, określił jej organizację, tryb pracy oraz zakres obowiązków jej członków. Komisji nie powierzono czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu złożyły oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia ich z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Żadna z tych osób nie podlegała wyłączeniu.

(dowód: akta kontroli str. 31, 38, 39, 46-49)

5. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie Zamówienia 12 sierpnia 2011 r. zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Ze względu na wartość Zamówienia, ogłoszenie zamieszczono również w Biuletynie Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 40 ust. 2 Pzp. Zawierało ono dane wymagane art. 41 Pzp. W ogłoszeniu zawarto informację o dokumentach jakie powinni składać oferenci krajowi, o sposobie dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez oferentów z zagranicy, a także o dofinansowaniu zamówienia z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego. Nie dokonano zmian treści ogłoszenia albo SIWZ prowadzącej do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający nie skorzystał z możliwości przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieszczenia na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, wstępnego ogłoszenia informacyjnego o planowanych⁸ zamówieniach.

(dowód: akta kontroli str. 32, 40, 41, 50-61, 153)

6. Przedmiot Zamówienia opisano w zatwierdzonej przez Zastępcę Prezydenta, w dniu 12 sierpnia 2011 r. SIWZ oraz w załączonym do niej programie funkcjonalno-użytkowym. Opisu dokonano za pomocą cech technicznych i jakościowych, przy zastosowaniu nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień. Zawarty w SIWZ opis przedmiotu Zamówienia był zgodny z zakresem Zadania przewidzianym w Projekcie.

Program funkcjonalno-użytkowy sporządzono zgodnie z postanowieniami Rozdziału 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego⁹.

⁷ Załącznik do zarządzenia nr 55/2010 Prezydenta Miasta Inowrocławia z dnia 5 marca 2010 r. w sprawie ustalenia regulaminu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych przez Miasto Inowrocław.

⁸ Zgodnie z art. 13 ust. 1 Pzp zamieszczenie ogłoszenia informacyjnego stanowi uprawnienie zamawiającego a nie obowiązek.

⁹ Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.

Zawarty w tym programie opis przedmiotu Zamówienia był zgodny z opisem zawartym w SIWZ.

(dowód: akta kontroli str. 20-32, 36, 37, 39, 46, 64-67, 87-95)

7. Szacunkową wartość Zamówienia na kwotę 4 436,8 tys. zł netto, tj. 1 155,7 tys. euro¹⁰ ustalono w dniu 12 sierpnia 2011 r., na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 2 Pzp. Była ona mniejsza niż kwoty, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części.

(dowód: akta kontroli str. 31, 37, 38)

8. Zamawiający udostępnił SIWZ na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o Zamówieniu do upływu terminu składania ofert. SIWZ zawierała dane wymagane art. 36 ust. 1 Pzp. Ustalone warunki udziału w postępowaniu pozwalały na zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę części Zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy.

Wykonawcy trzykrotnie zwrócili się o wyjaśnienie treści SIWZ. Wnioski wpłynęły po upływie połowy terminu składania ofert (tj. po 21 sierpnia 2011 r.) w związku z czym zamawiający nie był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi, zgodnie z art. 38 ust. 1a Pzp. Odpowiedzi udzielono w terminie od jednego do dwóch dni oraz zamieszczono je na stronie internetowej Urzędu. Wyjaśnienia treści SIWZ nie prowadziły do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. W wyniku wyjaśnień zmieniono treść wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, dostosowując go do treści SIWZ. Dokonane zmiany nie prowadziły do wydłużenia terminu składania ofert.

Dane zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ były zgodne. Zamawiający ustalił w SIWZ kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny oraz koncepcji budowy obiektu. Określone kryteria oceny ofert nie utrudniały uczciwej konkurencji oraz nie naruszały zasady równego traktowania wykonawców.

(dowód: akta kontroli str. 31, 32, 40, 46, 61-86, 96, 97, 153)

9. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 30 sierpnia 2011 r., tj. 18 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o Zamówieniu, co było zgodne z art. 43 ust. 1 Pzp. Do upływu wyznaczonego terminu wpłynęły cztery oferty. Na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał dwóch wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie: wiedzy i doświadczenia (wybudowanie co najmniej dwóch basenów rekreacyjnych) – w jednym przypadku i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia – w drugim przypadku. Wykonawcy odpowiedzieli na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, przy czym wyjaśnień pierwszego z nich nie uznano, wykluczając go z udziału w tym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (wykonawca podtrzymywał, że wskazane w ofercie doświadczenie spełnia warunki udziału w postępowaniu).

10. Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 50 tys. zł, która stanowiła 1,1% wartości Zamówienia i była zgodna z art. 45 ust. 4 Pzp. Wykonawcy wnieśli

¹⁰ Wg kursu 3,839 określonego w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 224, poz. 1796).

wadium przed upływem terminu składania ofert, trzech w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a jeden w formie gwarancji bankowej.

(dowód: akta kontroli str. 34, 53, 74-75)

11. Wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano w dniu 19 września 2011 r., na podstawie kryteriów oceny określonych w SIWZ. Wybrana oferta była zgodna z postanowieniami SIWZ, nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, a składający ją wykonawca – wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Pzp. Złożone oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny, która w każdym przypadku przewyższała szacunkową wartość zamówienia.

(dowód: akta kontroli str. 31-34, 40-43, 60, 76-78, 98, 99, 100-102)

12. W dniu 20 września 2011 r. Zamawiający zawiadomił pocztą elektroniczną oraz faksem wszystkich wykonawców ubiegających się o Zamówienie, o:

- a) wyborze najkorzystniejszej oferty wraz ze wskazaniem nazwy i adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnieniem jej wyboru,
- b) punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
- c) odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania,
- d) wykonawcy wykluczonym z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym,
- e) pięciodniowym terminie, po upływie którego umowa może być zawarta.

Zamawiający zamieścił informacje o wyborze na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym, zgodnie z art. 92 ust. 2 Pzp.

W postępowaniu nie zaistniały, określone w art. 93 ust. 1 Pzp, przesłanki jego unieważnienia. Wykonawcy nie korzystali ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 34, 43, 44, 61, 100-102)

Protokół postępowania o udzielenie Zamówienia sporządzono wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹¹. Zawierał on wszystkie informacje wymagane art. 96 ust. 1 Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 36-45)

13. Umowę w sprawie Zamówienia zawarto w dniu 28 września 2011 r. z wykonawcą, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Określony w tej umowie zakres przedmiotowy odpowiadał wybranej ofercie. Umowę opatrzono emblematem Unii Europejskiej oraz logo Narodowej Strategii Spójności i Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego¹². Termin wykonania Zamówienia określono zgodnie z SIWZ, na 15 miesięcy od dnia jej zawarcia wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Do tego terminu nie wliczały się okresy oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę oraz o pozwoleniu na użytkowanie. Zamawiający zamieścił w dniu 30 września 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia¹³.

W dniu 12 lutego 2013 r. do umowy o udzielenie Zamówienia wprowadzono istotną zmianę, polegającą na przedłużeniu terminu wykonania części Zamówienia (wykonanie terenów zielonych) do dnia 30 kwietnia 2013 r. Zmiana była

¹¹ Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458.

¹² Wymagane § 14 ust. 4 pkt 2 umowy o dofinansowanie nr WPW.I.3043-6-3-117/09 z dnia 10 grudnia 2009 r., w brzmieniu nadanym Aneksem nr 3 z dnia 19 lipca 20012 r.

¹³ nr 313738.

podyktowana wystąpieniem niekorzystnych warunków pogodowych i była przewidziana w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu.

(dowód: akta kontroli str. 34, 35, 44, 103-133)

Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w wysokości 326,9 tys. zł, co stanowiło 5% przewidzianego wynagrodzenia. Zabezpieczenie z tytułu rękojmi za wady wykonawca ustanowił w kwocie 98,1 tys. zł, co stanowiło 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wysokość wniesionego zabezpieczenia odpowiadała wymaganiom SIWZ oraz była zgodna z art. 150 ust. 2 i 151 ust. 2 Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 80-81, 108, 134-136)

Ustalone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Zamawiający, po wyborze oferty najkorzystniejszej, zawarł umowę o udzielenie Zamówienia na warunkach innych niż zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o Zamówieniu i zaakceptowanym przez wybranego wykonawcę wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, w części dotyczącej terminu wykonania Zamówienia. W § 2 dodano ust. 4, który m.in. wydłużał pięciomiesięczny termin wykonania projektu budowlanego poprzez wskazanie, że okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę (licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie takiej decyzji do dnia jej uprawomocnienia) nie podlega wliczeniu do pięciomiesięcznego terminu wykonania Zamówienia.

Wprowadzony zapis był niezgodny z postanowieniami Rozdziału V SIWZ oraz pkt VI.4.16 ppkt 2 ogłoszenia o Zamówieniu, stanowiącymi iż termin wykonania projektu budowlanego łącznie z uzyskaniem dla Zamawiającego prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę wynosi pięć miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy.

W § 8 ust. 1 pkt 1 umowy przewidziano karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy w odniesieniu do jego zaprojektowania. Termin wykonania projektu wraz z otrzymaniem pozwolenia budowlanego miałyby (gdyby nie wprowadzono niedozwolonych zmian) w dniu 28 lutego 2012 r. Tymczasem pozwolenie na budowę wydano w dniu 18 kwietnia 2012 r., a decyzja stała się prawomocna z dniem 4 maja 2012 r. czyli 66 dni po terminie. Kara umowna z tego tytułu wyniosłaby 1 294 425,39 zł.

(dowód: akta kontroli str. 60, 81-83, 96-97, 104, 111, 117, 137-147)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, który zawarł powyższą umowę wyjaśnił m.in., że zmiana nie dotyczyła istotnych postanowień lecz stanowiła uporządkowanie i doprecyzowanie umowy, bez zmian merytorycznych na etapie zawierania umowy. Wzór umowy nie stanowi umowy i jest dostosowywany do przyszłego wykonawcy przy oczywistym zachowaniu ekwiwalentności świadczeń. Dodanie w § 2 umowy ust. 4 było zmianą redakcyjną polegającą na umieszczeniu w oddzielnym ustępie i doprecyzowaniu zdania z § 2 ust. 3 wzoru umowy. Termin wykonania przedmiotu zamówienia ustalono na 15 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy, a w tym termin wykonania projektu budowlanego na 5 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy. Wykonawców poinformowano (w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ, wzorze umowy – zmienionym w dniu 29 sierpnia 2011 r.), że okres oczekiwania na wydanie przez właściwy organ decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, licząc od dnia złożenia w imieniu zamawiającego wniosku o wydanie tych decyzji do dnia ich uprawomocnienia,

nie zostanie wliczony do 15-miesięcznego terminu wykonania zamówienia. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli więc przed terminem składania ofert poinformowani, że okres oczekiwania na ww. prawomocne decyzje faktycznie może przedłużyć 15-miesięczny i częściowy 5-miesięczny termin wykonania przedmiotu umowy. Tak określony termin wykonania przedmiotu umowy nie wymagał przewidywania zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania. Ponadto Prezydent dodał, że Wykonawca nie złożył w ofercie wzoru umowy a Zamawiający go nie wymagał.

U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych Urzędu, która przygotowywała wzór umowy, potwierdziła w wyjaśnieniach podane przez Prezydenta Miasta Inowrocławia przyczyny zmiany postanowień umowy.

(dowód: akta kontroli str. 156, 157, 164-168, 246-248, 251-252)

Powyższe wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za zasadne ponieważ wydłużenie terminu o okres oczekiwania na uzyskanie ww. decyzji odnosiło się wyłącznie do terminu 15 miesięcy wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, również wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 28 sierpnia 2011 r. nie zawierały zapisów wskazujących, że czasu oczekiwania na wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę nie wlicza się do pięciomiesięcznego terminu wykonania projektu budowlanego. Taki zapis dodano dopiero w zawartej umowie. Wprowadzona zmiana w istotny sposób zmieniała obowiązki Wykonawcy, który uzyskał dłuższy termin na wykonanie tej części zamówienia, przez co nie można jej uznać za zmianę redakcyjną. Wybrany Wykonawca w pkt 4 swojej oferty oświadczył, że zapoznał się z warunkami wzoru umowy i zobowiązał się do jej zawarcia na ustalonych warunkach. Zapisy zawartej umowy mogą różnić się od wzoru umowy zawartym w SIWZ, jednak różnice takie mogą dotyczyć wyłącznie postanowień nieistotnych. Zmiany istotnych postanowień można dokonać jeżeli zostały przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu, co w omawianej sprawie nie miało miejsca¹⁴.

2. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie Zamówienia, wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, zawierało zapisy ograniczające uprawnienia zamawiającego do zaspokojenia roszczeń z tego zabezpieczenia, czym naruszono art. 147 ust. 2 Pzp oraz ust. 2 Rozdziału XV SIWZ, który przewidywał, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, wyjaśnił m.in., że Zamawiający nie ograniczył swoich uprawnień w dochodzeniu roszczeń z tytułu wad wykonanego przedmiotu umowy w okresie rękojmi oraz nienależytego wykonania lub niewykonania umowy. Gwarancja ubezpieczeniowa wykonawcy obejmowała bezwarunkowe i nieodwołalnie wypłacenie należności powstałej szkody z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy.

(dowód: akta kontroli str. 159)

Zgodnie z treścią gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu¹⁵ oraz gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek¹⁶ możliwość dochodzenia przez Zamawiającego roszczeń ograniczono do roszczeń bezspornych. Ponadto w gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu dochodzenie roszczeń ograniczono do zapłaty wymagalnych kar umownych.

¹⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano m.in., że zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy (LEX nr 1124956).

¹⁵ Nr 04GG02/0001/11/0056, z dnia 27 września 2011 r.

¹⁶ Nr 06GG02/0001/11/0057, z dnia 27 września 2011 r. wraz z aneksem nr 1 z 2 sierpnia 2013 r.

Ograniczenie możliwości dochodzenia roszczeń tylko do roszczeń bezspornych powoduje niemożność korzystania przez Zamawiającego z gwarancji w przypadku nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, który zgłosiłby zastrzeżenia. Funkcją instytucji zabezpieczenia jest umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy ze zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez pokrycie ich z kwoty zabezpieczenia bez konieczności występowania na drogę sądową¹⁷. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest uprawnieniem zamawiającego, którego celem jest zapewnienie zamawiającemu ściągальności roszczeń, przysługujących mu m.in. z tytułu odszkodowań, kar umownych, wykonania zastępczego.

(dowód: akta kontroli str. 80, 81, 108, 134-136)

3. Zamawiający nie wyegzekwował od wykonawcy przedłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czym naruszono art. 147 ust. 1 w związku z art. 151 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z ust. 11 pkt 1a Rozdziału XV SIWZ zabezpieczenie powinno obejmować okres od dnia zawarcia umowy do 30 dnia po zakończeniu robót. Zgodnie z ust. 11 pkt 2 Rozdziału XV SIWZ stanowiącej integralną część umowy o udzielenie Zamówienia (§ 15 pkt 2), wykonawca był zobowiązany do przedłużenia ważności zabezpieczenia o okres przedłużenia terminu wykonania zamówienia.

Wniesiona przez Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa¹⁸ była ważna w okresie od 28 września 2011 r. do 27 stycznia 2013 r. Aneks z dnia 12 lutego 2013 r. dodano ust. 5 do § 2 umowy, którym ustalono termin wykonania terenów zielonych na 30 kwietnia 2013 r. i zgodnie z postanowieniami pkt 11 ppkt 2 Części XV SIWZ wykonawca zobowiązany był do przedłużenia terminu ważności gwarancji do 30 maja 2013 r.

(dowód: akta kontroli str. 80, 81, 108, 120, 121, 135-136)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że w okresie do 30 maja 2014 r. dochodzenie ewentualnych roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy było zabezpieczone należnym Wykonawcy wynagrodzeniem z tytułu niezapłaconych faktur o wartości przekraczającej wielkość zabezpieczenia kontraktu, co było zgodne z postanowieniami ust. 11 pkt 3 Rozdziału XV SIWZ. Dwie ostatnie faktury opiewające na łączną kwotę 937 501,97 zł zostały zapłacone w dniach 30 kwietnia i 5 czerwca 2013 r. (odbiór końcowy odbył się 15 kwietnia 2013 r., a odbiór terenów zielonych 6 maja 2013 r.).

(dowód: akta kontroli str. 159-160)

Powyższe wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie ponieważ, faktura zapłacona w dniu 30 kwietnia 2013 r. została wystawiona w dniu 3 kwietnia 2013 r. i dopiero od tego dnia Zamawiający dysponował należnym wynagrodzeniem wykonawcy i w okresie od 27 stycznia do 3 kwietnia 2013 r. nie mógł zatrzymać wynagrodzenia wykonawcy z tej faktury. Wcześniejsza faktura (nie wymieniona w wyjaśnieniach Prezydenta Miasta Inowrocławia) została wystawiona w dniu 20 marca 2013 r., (zapłacona w dniu 18 kwietnia 2013 r.) i również nie dotyczyła całego okresu nieobjętego gwarancją. Ponadto zabezpieczenie powinno obejmować okres do 30 maja 2014 r., a po zapłaceniu faktury z dnia 3 kwietnia 2013 r. wartość

¹⁷ Opinia prawna zamieszczona na portalu Urzędu Zamówień Publicznych „Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy” - <http://www.uzp.gov.pl>.

¹⁸ nr 04GG02/0001/11/0056, z dnia 27 września 2011 r.

ostatniej faktury, wystawionej w dniu 9 maja 2012 r., wynosząca 137,5 tys. zł była niższa od wymaganej wartości zabezpieczenia w wysokości 326,9 tys. zł. W dniu przedłużenia terminu wykonania umowy nie można było ustalić czy pozostała nieodebrana część Zamówienia o wartości 1 737,5 tys. zł zostanie należycie wykonana i Zamawiający będzie mógł zatrzymać ewentualne wynagrodzenie wykonawcy.

(dowód: akta kontroli str. 122)

4. W SIWZ wskazano krótszy od dopuszczalnego termin ważności dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zgodnie z ust. 1.1 pkt 2 Rozdziału VII SIWZ od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej żądano złożenia dokumentów potwierdzających odpowiednio, że nie otwarto ich likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów termin ten powinien wynieść 6 miesięcy.

(dowód: akta kontroli str. 72, 73)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że podanie niewłaściwego terminu wynikało z pomyłki.

Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia, który zatwierdził SIWZ oraz U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych sporządzająca SIWZ potwierdzili wyjaśnienia złożone przez Prezydenta Miasta Inowrocławia.

(dowód: akta kontroli str. 46, 62, 155, 251, 269)

5. W SIWZ oraz ogłoszeniu o Zamówieniu nie wskazano wszystkich form w jakich można wnosić wadium, w czym naruszono art. 36 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 45 ust. 6 Pzp.

W ust. 3 Rozdziału VIII SIWZ oraz pkt III.1. ppkt. 3 ogłoszenia o Zamówieniu, nie wskazano, że wadium może być wniesione również w formie poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości¹⁹. Błędnie wskazano, że wadium może być wniesione w formie poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6 ust. 3 pkt 4 lit. b ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, czyli w brzmieniu Pzp nadanym w tekście pierwotnym, który uległ zmianie w dniu 10 lipca 2004 r.²⁰. Wg stanu na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie Zamówienia, tj. 12 sierpnia 2011 r., treść art. 6 ust. 3 ww. ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości przedstawiała się następująco: „za czynności określone w ust. 1 pkt 1-7 Agencja może pobierać opłaty w wysokości nieprzekraczającej ponoszonych kosztów.”

(dowód: akta kontroli str. 53, 75)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że przez przeoczenie wymieniono dozwolone formy wniesienia wadium bez uwzględnienia zmian w Pzp.

¹⁹ Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 ze zm.

²⁰ Zmiana Pzp na podstawie art. 3 ustawy z dnia 28 maja 2004 r. o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2004 r. Nr 145, poz. 1537).

Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia, który zatwierdził SIWZ oraz U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych sporządzająca SIWZ potwierdzili wyjaśnienia złożone przez Prezydenta Miasta Inowrocławia.

(dowód: akta kontroli str. 46, 62, 155, 156, 251, 269)

6. W SIWZ nie wskazano wszystkich form w jakich można wносить zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w czym naruszono art. 36 ust. 1 pkt 15 w związku z art. 148 ust. 1 Pzp.

W ust 3 Rozdziału XV. SIWZ nie wskazano, że zabezpieczenie może być wniesione również w poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej wymienionych w art. 148 ust. 1 pkt 2 Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 80)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, w powyższej sprawie wyjaśnił m.in., że w SIWZ przez przeoczenie pominięto i nie zapisano formy wniesienia zabezpieczenia w postaci poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

Ireneusz Stachowiak Zastępca Prezydenta Miasta Inowrocławia, który zatwierdził SIWZ oraz U.B. główny specjalista w Zespole Zamówień Publicznych sporządzająca SIWZ potwierdzili wyjaśnienia złożone przez Prezydenta Miasta Inowrocławia.

(dowód: akta kontroli str. 46, 62, 156, 251, 269, 270)

7. W treści umowy z dnia 28 września 2011 r. nie zamieszczono informacji o udziale Unii Europejskiej oraz Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego we współfinansowaniu Projektu, czym naruszono § 14 ust. 4 pkt 2 umowy o dofinansowanie Projektu²¹. Obowiązek zamieszczenia powyższej informacji wynikał również z pkt 5 Wytocznych dla beneficjentów z zakresu promocji projektów realizowanych w ramach RPO WK-P²².

(dowód: akta kontroli str. 19, 103-112)

Ryszard Brejza Prezydent Miasta Inowrocławia, który zawarł powyższą umowę wyjaśnił m.in., że zapis o udziale Unii Europejskiej oraz Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego we współfinansowaniu Projektu został zamieszczony w nagłówku umowy, w SIWZ stanowiącej zgodnie z § 15 pkt. 1 umowy jej integralną część oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

(dowód: akta kontroli str. 158)

Zgodnie z § 14 ust. 4 pkt 2 umowy o dofinansowanie obowiązkiem Zamawiającego było zarówno oznaczenie dokumentów odpowiednimi logo i emblematami oraz zamieszczenie w dokumencie informacji o udziale Unii Europejskiej oraz Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego we współfinansowaniu Projektu. Były to dwa odrębne obowiązki Zamawiającego. Ogłoszenie o Zamówieniu nie stanowiło integralnej części umowy.

IV. Uwagi i wnioski

Wnioski pokontrolne

Przedstawiając powyższe oceny i uwagi wynikające z ustaleń kontroli, Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli²³, wnosi o wystąpienie do wykonawcy umowy z dnia

²¹ Nr WPW.I.3043-6-3-117/09, zmieniona Aneks nr 3 z dnia 19 lipca 2012 r.

²² Z dnia 16 grudnia 2009 r. opublikowane http://www.moiregion.eu/tl_files/moiregion/dokumenty-rpo/rpo/wytoczne_z_zakresu_informacji_i_promocji.pdf

²³ Dz. U. z 2012 r., poz. 82

28 września 2011 r. o wniesienie gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek nie zawierającej zapisów ograniczających uprawnień Zamawiającego.

V. Pozostałe informacje i pouczenia

Prawo zgłoszenia
zastrzeżeń

Wystąpienie pokontrolne zostało sporządzone w dwóch egzemplarzach; jeden dla kierownika jednostki kontrolowanej, drugi do akt kontroli.

Zgodnie z art. 54 ustawy o NIK kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia na piśmie umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, w terminie 21 dni od dnia jego przekazania. Zastrzeżenia zgłasza się do dyrektora Delegatury NIK w Bydgoszczy.

Obowiązek
poinformowania
NIK o sposobie
wykorzystania uwag
i wykonania wniosków

Zgodnie z art. 62 ustawy o NIK proszę o poinformowanie Najwyższej Izby Kontroli, w terminie 21 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego, o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków pokontrolnych oraz o podjętych działaniach lub przyczynach niepodjęcia tych działań.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, termin przedstawienia informacji liczy się od dnia otrzymania uchwały o oddaleniu zastrzeżeń w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego.

Bydgoszcz, dnia stycznia 2015 r.

Kontroler
Andrzej Szulc
starszy inspektor k.p.

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Bydgoszczy

Dyrektor
Barbara Antkiewicz

.....
podpis

.....
podpis