

Jastrzębie-Zdrój, 22 maj 2013r.

IKI.1710.8.2013

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej
W Katowicach
ul. Grabowa 3
40-172 Katowice

Po szczegółowej analizie wystąpienia pokontrolnego znak WK-6102/2/4/13 z dnia 6 maja 2013r. będącego wynikiem kontroli doraźnej przeprowadzonej w dniach 24 stycznia do 13 lutego 2013 w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Modernizacja i nadbudowa Hali Widowiskowo-Sportowej przy ul. Leśnej w Jastrzebiu-Zdroju” zgłaszamy następujące zastrzeżenia:

W odniesieniu do zakresu zleconego Umową nr IKI.08130-279-W/2010 z dnia 15 września 2010 roku informuję, iż rodzaje robót wyszczególnione w elementach rozliczenia wykonane w ramach w/w Umowy o zamówienie dodatkowe w pełni spełniają wszystkie przesłanki wynikające z art. 67 ust.1 pkt. 5 lit. b ustawy PZP tj.:

- zamówienie dodatkowe nie było objęte zamówieniem podstawowym
- nie przekroczyło łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia
- roboty budowlane w ramach zamówienia dodatkowego były niezbędne do prawidłowego wykonania robót podstawowych
- ich wykonanie stało się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia (ujawniły się w trakcie wykonywania zakresu robót rozbiórkowych, a także robót ziemnych pod fundamenty samej Hali, zakresu ujętego w zamówieniu podstawowym,)

Niemożliwym było przewidzenie istnienia bloków betonowych, które ujawniły się na głębokości poniżej poziomu – 1,20m (tj. podstawa fundamentu starej Hali), a kolidowały z fundamentem nowoprojektowanej Hali. Podobnie niemożliwe było przewidzieć, że grunty stanowiące urobek z wykopu szerokoprzestrzennego pod fundamenty Hali nie będą nadawały się do zasyпки. Zgodnie z dokumentacją geotechniczną wykonaną na podstawie 4 odwiertów 15 metrowych wynikało, że istniejące warunki gruntowe rozpatrywanego terenu zalicza się do prostych warunków gruntowych. Zgodnie z Normą PN-B-02479

określającą zasady dokumentowania geotechnicznego wyniku, że w przypadku prostych warunków gruntowych, grunty zalegające w podłożu powinny być jednorodne, genetyczne i powinny to być litologicznie równoległe warstwy gruntów dobrej nośności. Jednakże w trakcie wykopów okazało się, że warstwy są nieciągłe z przewarstwieniami gruntów organicznych i żużlowych, a grunty tego rodzaju nie nadają się do zagęszczenia więc tym samym są gruntami nienośnymi.

Podobnie nie można jednoznacznie stwierdzić, że rodzaje robót ujęte w tabeli nr 4 protokołu kontroli doraźnej, zgodnie z **Umową nr IKI.272.145.2011 z dnia 31 marca 2011r.**, nie spełniają wszystkich przesłanek wynikających z art. 67. ust. 1 pkt. 5b.

Roboty ujęte w pkt. 1 w/w tabeli były wynikiem ponadnormatywnego zużycia budynków socjalnych starej części związanych z wyłączeniem użytkowania na zbyt długi okres. Trudno było przewidzieć w momencie opracowywania aktualizacji dokumentacji projektowej w 2007r., że realizacja zadania nastąpi dopiero po 3 latach.

Niedopatrzaniem był brak w dołączonej do dokumentacji inwentaryzacyjnej uwagi, że zakres tych robót może ulec zmianie z uwagi na konieczność stwierdzenia stanu technicznego budynków na dzień rozpoczęcia robót remontowych. Dopiero w trakcie rozbiórek pod nowe ścianki działowe (wg zaktualizowanego projektu) stwierdzono mocno zawilgocone warstwy żużla oraz płyt suprema, które nie posiadały żadnych właściwości izolacyjnych, a jedynie były źródłem zagrzybienia. Konieczność wymiany podłoża pod posadzki wraz z podejściem wod.-kan. była bezsporna.

Również w trakcie wykonywania robót ziemnych (korytowania) pod parkingi i drogi dojazdowe (opisane w poz.:5 w/w tabeli) na projektowanej głębokości wystąpiły grunty miękkoplastyczne. Konieczna była wymiana tych gruntów na piasek zagęszczony do stopnia zgodnego z dokumentacją.

Natomiast w przypadku robót ujętych w poz.: 2 i 4 w/w tabeli było konieczne spełnienie wymogów dotyczących bezpieczeństwa i warunkowały wykonanie zadania podstawowego gdyż limitowały krycie dachu i ukończenie elewacji budynku.

Ponadto zmiany w dokumentacji elektrycznej były też związane z koniecznością spełnienia wymogów ustawy o zabezpieczeniu imprez masowych z dnia 20 marca 2009r. Podobnie roboty ujęte w poz.: 6, 7 w/w tabeli wynikły z wymogów w/w ustawy.

Natomiast roboty wyszczególnione w poz.: 3, 8 i 9 ujawniły się po skuciu okładzin na słupach konstrukcji żelbetowej przyczółków. Nie można było przewidzieć, że istniejące

wsporniki żelbetowe wymagają wzmocnienia, a należało to zrobić przed dodatkowym obciążeniem stropu na poziomie +4,85 wynikającym z montażu central wentylacyjnych.

Podczas odkrywania ściągów (dla sprawdzenia ich stanu technicznego, co wynikało z dokumentacji podstawowej) odkryto kanały wentylacyjne murowane nakryte płytami betonowymi. Płyty były spękane i dla bezpieczeństwa przyszłych użytkowników Hali należało je rozebrać, a kanały zasypać piaskiem. Nie można było przewidzieć tych robót gdyż pod posadzką starej Hali miały być tylko ściagi żelbetowe, które po ocenie technicznej miały zostać naprawione.

Podobnie w zakresie robót zleconych **Umową nr IKI.272.223.2011 z dnia 28 czerwca 2011** ujętych w Tabeli nr 5 protokołu kontroli doraźnej, a mianowicie wykonanie robót wskazanych w poz.: 11 i 12 stało się konieczne dla zapewnienia prawidłowego wykonania zakresu podstawowego, a wynikło w trakcie wykonania wykopu pod fundamenty wejścia B i odkrycia stropu żelbetowego na przejściu do starego budynku socjalnego. Nie można było przewidzieć braku izolacji na w/w stropie gdyż była nad nim nawierzchnia asfaltowa przed wejściem do starej Hali.

Roboty ujęte w poz.: 22 w/w tabeli wynikły z konieczności zastosowania zabezpieczającego systemu odwodnień liniowych w pomieszczeniach pryszniców przeznaczonych dla zawodników. Kratki ściekowe ujęte w dokumentacji podstawowej (wykonane zgodnie z projektem i normą) nie zapewniały szybkiego odprowadzenia wody podczas korzystania z wszystkich pryszniców. Istniało niebezpieczeństwo zalania sąsiednich pomieszczeń (szatni, sal treningowych).

W odniesieniu do poz.: 30 należy stwierdzić, iż zakres tam zawarty wyniknął w trakcie wykonywania dróg w rejonie rozebranej starej stacji Trafo. Ponadto regulacji wymagały studnie na włączeniu kanalizacji do istniejących studni, które były poza zakresem opracowanej dokumentacji, a było to warunkiem odbioru kanalizacji przez Jastrzębski Zakład Wodociągów i Kanalizacji (przyszłego użytkownika kanalizacji).

Uwzględnienie tych w/w okoliczności świadczących o nieprzewidywalności zaistniałych sytuacji sprawia, że spełnione są przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki dla zamówień dodatkowych udzielonych w latach 2010-2011 na rzecz dotychczasowego wykonawcy.

Ponadto podniesiona okoliczność wykonania robót budowlanych bez uprzedniego pisemnego zlecenia przez osoby umocowane do składania oświadczeń woli w imieniu Zamawiającego tj. Miasta Jastrzębie-Zdrój jest zbyt daleko idąca. Przedmiotowy zakres na żadnym etapie realizacji inwestycji nie został wykonawcy zlecony. Jednocześnie wykonawca zgodnie ze sztuką budowlaną i wiedzą techniczną przedmiotowy zakres wykonał. Wiadomym jest, iż każdorazowo w takich okolicznościach należałoby spisać protokół konieczności. W tej konkretnej sytuacji protokół ten nie został zatwierdzony przez osoby składające oświadczenia woli w imieniu Zamawiającego, zatem brak było przyzwolenia z naszej strony na ich realizację. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż wykonawca był świadom kto ze strony zamawiającego jest upoważniony do podpisywania zobowiązań, a kto wykonuje czynności czysto techniczne.

Na etapie rozliczenia zadania powstała konieczność uregulowania roszczeń wykonawcy z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia się (art. 405 KC). Mając na uwadze ewentualne koszty sądowe, które znacznie mogły przekraczać wymaganą kwotę ostatecznie podjęto decyzję o zawarciu ugody niwelując ryzyko procesowe poniesienia o wiele większych kosztów, w tym kosztów odsetek, zastępstwa procesowego i samych kosztów sądowych. Powyższe było między innymi przedmiotem kontroli przeprowadzonej przez Departament Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej Urzędu Zamówień Publicznych.

Na potwierdzenie powyższego w załączeniu przedstawiam ponownie kopię protokołu z kontroli przedmiotowego zadania o nr UZP/DKUE/W2/425/8(6)/13/JL dot. SK/448/12DKUE z dnia 14.02.2013r., który wpłynął do tutejszego Urzędu pismem datowanym 20.02.2013r. (wpływ 26.02.2013r.). W tym miejscu należy podkreślić, iż analizując protokół Departamentu Kontroli Zamówień oraz wystąpienie pokontrolne RIO występują rozbieżności w klasyfikacji w/w robót.

Zgodnie ze stanowiskiem UZP w powyższym zakresie powinien być zastosowany tryb z wolnej ręki, natomiast zgodnie ze stanowiskiem zawartym w wystąpieniu wskazane roboty mają charakter prac dodatkowych zgodnie z art. 630 §1 Kodeksu Cywilnego. Również ta okoliczność świadczy o braku jednoznacznego stanowiska w przedmiotowym zakresie.

Należy pamiętać, iż na każdym etapie realizacji inwestycji rozmowy na temat realizacji zakresu będącego przedmiotem kontroli mogły odbywać się tylko i wyłącznie z wykonawcą robót podstawowych, wybranym w drodze postępowania przetargowego.

W zakresie stwierdzenia zaniechania zamieszczenie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w przypadku przesunięcia terminu składania ofert informuję, iż:

W dniu 4 czerwca 2009 r. przesunięty został termin składania i otwarcia ofert o siedem dni tj. z dnia 9 czerwca 2009 r. na dzień 16 czerwca 2009 r., natomiast treść ogłoszenia o zamówieniu w pkt. IV.3.4 i IV.3.8 pozostała bez zmian.

Stosownie do treści art. 38 ust. 4a pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwany dalej : Pzp) obowiązującego w miesiącu czerwcu 2009 r. : „jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

- 1) /.../
- 2) przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.”

Z kolei obowiązujący w tym samym czasie ust. 6 cyt. art.38 Pzp, stanowił, że : „jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.”

Jak wynika z zestawienia obu zapisów ustawy, art. 38 ust. 4a pkt. 2 Pzp odnosi się do sytuacji zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwany dalej : SIWZ) prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, natomiast art. 38 ust. 6 Pzp stanowi o sytuacji w której zmiana treści SIWZ nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Oznacza to zatem, że oba przepisy odnoszą się do dwóch różnych stanów faktycznych i prawnych, tj. do takiej zmiany treści SIWZ która z jednej strony prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 4a pkt. 2 Pzp), a z drugiej strony nie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 6 Pzp).

W przypadku sytuacji określonej w art. 38 ust. 4a pkt. 2 Pzp zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, natomiast w sytuacji określonej w art. 38 ust. 6 Pzp zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

W przedmiotowej sprawie zmiana terminu składania ofert była wynikiem tylko i wyłącznie dużej ilości zapytań, które wpłynęły do wykonawców zainteresowanych przetargiem. W wyniku tychże zapytań zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ, które to zmiany nie miały wpływu na treść ogłoszenia. Słusznie zatem zamawiający skorzystał z treści art. 38 ust. 6 Pzp, zamiast z treści art. 38 ust. 4a pkt. 2 Pzp.

Dopiero nowelizacja art. 38 ust. 6 dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) zwaną dalej ustawą nowelizacyjną) wprowadziła istotną zmianę w omawianym zakresie, wprowadzając dodatkowy zapis o treści: „Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio”.

Powyższa zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadziła zatem dopiero obowiązek przekazywania urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, również w przypadkach zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost nie prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ta weszła jednak w życie dopiero z dniem 29 stycznia 2010 roku tj. 9 miesięcy po wszczęciu naszego postępowania. W art. 4 ust. 1 cyt. ustawa nowelizująca wprowadziła zapis, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.”

Biorąc zatem pod uwagę treść ustawy nowelizującej, stwierdzić należy, iż jej zapisy nie miały zastosowania w przypadku naszego postępowania. Brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw prawnych do przyjmowania, że znowelizowana treść art. 38 ust. 6 Pzp, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 roku miała zastosowanie do zdarzeń z miesiąca czerwca 2009 roku, gdyż w oczywisty sposób naruszałoby to zasadę niedziałania prawa wstecz. Zasada nieretroaktywności prawa jest tymczasem traktowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako jedna z istotnych składników demokratycznego państwa prawnego statuowanego w polskim prawie konstytucyjnym, poczynając od ustawy konstytucyjnej 29 grudnia 1989 roku (art.1) , po zapis art. 2 Konstytucji RP z 1997 roku. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zasada niedziałania prawa wstecz stanowi istotny element demokratycznego państwa prawnego. Istotne może być w tym względzie orzeczenie trybunału konstytucyjnego z 30 listopada 1993 r. K 18/92 (OTK 1993, z.2, poz. 41), zawierające następujący pogląd: „Zasada niedziałania prawa wstecz stanowiła wielokrotnie przedmiot rozważań Trybunału konstytucyjnego: trybunał konstytucyjny wypowiadał się o jej znaczeniu jako istotnym składniku konstytucyjnej zasady państwa prawnego /.../ Trybunał Konstytucyjny wyjaśniał, że ustawa działa z mocą wsteczną, kiedy początek jej stosowania ustalony został na czas wcześniejszy aniżeli ten, w którym ustawa stała się obowiązująca to jest, w którym została prawidłowo ogłoszona. Treścią zasady lex retro non agit jest bowiem zakaz nadawania prawu

mocy wstecznej. Zakaz ten dotyczy zwłaszcza przepisów normujących prawa i obowiązki obywateli, jeżeli prowadzi to do pogorszenia ich sytuacji w stosunku do stanu poprzedniego”.

W związku z powyższym Zarząd Województwa Śląskiego w dniu 1 marca 2012 roku wydał Decyzję na mocy, której zobowiązał Miasto do zwrotu kwoty 394.708,01 zł wraz z ustawowymi odsetkami. Od wydanej decyzji Miasto w dniu 18 maja 2012r. wniosło odwołanie. Po rozpoznaniu sprawy na rozprawie w dniu 27 września 2012, wyrokiem z dnia 8 października 2012 Wojewódzki Sąd Administracyjny uchylił decyzję Zarządu Województwa Śląskiego. Do dnia dzisiejszego postępowanie nie zostało zakończone.

W odniesieniu do umowy nr IKI.84130-159-W/2006 z dnia 05 czerwca 2006r firma: *Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych ŚLĄSK Sp. z o.o.* wykonała część robót rozbiórkowych wynikających z tejże umowy, a po ujawnieniu się wad konstrukcji żelbetowych dokończyła roboty na podstawie umowy dodatkowej o nr IKI.8130-144-W/2007 z dnia 25 maja 2007r. Umową dodatkową zlecono wykonanie dodatkowej rozbiórki oraz ograniczono zakres umowy podstawowej do wykonania zakresu robót możliwych do kontynuowania pomimo wad konstrukcji żelbetowej słupów i wieńca. Potrzeba natychmiastowego wykonania robót dodatkowych nie wynikała zatem z ekspertyzy wykonanej przez p. Zbigniewa Kusiora, lecz z potrzeby dokończenia robót rozbiórkowych. Wykonanie tylko części robót rozbiórkowych groziłoby katastrofą budowlaną, jak również stanowiłoby niebezpieczeństwo dla osób poruszających się w pobliżu obiektu. Między innymi stąd wynika prędkość działania czyli wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki.

Roboty budowlane w ograniczonym zakresie objęte Umową nr IKI.84130-159-W/2006 z dnia 05 czerwca 2006r. były wykonywane przez firmę: „Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych ŚLĄSK Sp. z o.o.” do czerwca 2007r. i obejmowały:

- kontynuacja rozbiórki dachu i obudowy hali
- wykonanie konstrukcji dachu głównego
- roboty budowlane i instalacyjne w budynku socjalnym (nowym)
- roboty budowlane na przyczółkach A i B

Toteż uzgodniono, iż firma: „Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych ŚLĄSK Sp. z o.o.” wykona na prowadzonym przez siebie placu budowy (ogrodzonym i dozorowanym) roboty rozbiórkowe. W przeciwnym wypadku Inwestor byłby zmuszony czekać z inwentaryzacją robót rozbiórkowych do zakończenia ww. zakresu robót. A następnie przejąć plac budowy, wykonać nowe ogrodzenie, zlecić dozorowanie, dokonać inwentaryzacji pozostałej konstrukcji w celu wyceny i przygotowania przetargu, a następnie dopiero rozpocząć procedurę przetargową. Prowadziłoby to do wydłużenia procesu budowlanego co najmniej o 1 rok, naraziło Inwestora na dodatkowe koszty

ogrodzenia i dozorowania i kosztów oświetlenia placu budowy. Biorąc powyższe pod uwagę podjęta decyzja była korzystna dla Zamawiającego.

Dodatkowy zakres dotyczący rozbiórki tak naprawdę ze względów technologicznych nie powinien być realizowany w oderwaniu od robót rozbiórkowych zleconych Wykonawcy pierwotnie. Stąd też jedynym wyjściem było zakwalifikowanie powyższego jako zamówienie dodatkowe chociażby z uwagi na konieczność zsynchronizowania prac rozbiórkowych zakresu podstawowego i dodatkowo zleconego, co stanowi kolejny dowód na to, iż nie można tego było zakwalifikować jako zamówienie całkowicie odrębne od zamówienia podstawowego.

W czasie od rozpoczęcia robót budowlanych do dnia zakończenia prac przez wykonawcę – „Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych ŚLĄSKI sp. z o.o.” z Katowic teren, na którym znajdował się modernizowany obiekt Hali był ogrodzony i strzeżony przez firmę „Śląsk”, a wymóg ten wynika wprost z przepisów Prawa Budowlanego.

Negocjacje z firmą PBOiUT „Śląsk” w dniu 25.04.2007r. w imieniu miasta przeprowadziły kancelarie radców prawnych i w wyniku tych rokowań ustalono zakres robót dodatkowych, do wykonania przez firmę „Śląsk”, dzięki czemu została zminimalizowana wysokość odszkodowań za rozwiązanie umowy z wykonawcą, przyspieszając jednocześnie zakończenie tej części realizacji (likwidacja zagrożeń na placu budowy, na którym leżały hałdy gruzu oraz istniejące resztki konstrukcji).

Przyjęty sposób postępowania uważamy za korzystny dla miasta.

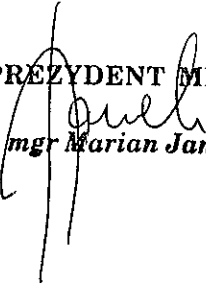
Zadanie było przedmiotem następujących kontroli:

- kontrola audytowa - Firma „Audmax” Biliński & Piotr Dwórnik s.c. – w terminie 10-18 luty 2011r.
- IZ RPO WSL – w terminie 23-24 marzec 2011r.
- IZ RPO WSL – w terminie 25-26 październik 2011r.
- Urząd Kontroli Skarbowej w Katowicach – w terminie 8 listopad – 15 grudzień 2011r.
- IZ RPO WSL – w terminie 22-24 luty 2012r.
- UZP Departament Kontroli Zamówień – 14. 02.2013r.

Załączniki:

1x kopia z protokołu kontroli z dnia 14.02.2013.

PREZYDENT MIASTA


mgr Marian Janecki

Kopia:

1x Adresat

1x a/a