

Uchwała Nr 210/XVIII/2012
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Katowicach

z dnia 10 lipca 2012 roku

**w sprawie: rozpatrzenia zastrzeżeń Prezydenta Miasta Gliwice do wniosków zawartych
w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Katowicach z dnia 25 maja 2012 roku.**

Na podstawie art. 25b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.) Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach uchwała co następuje:

§ 1.

Oddala się zastrzeżenia wniesione przez Prezydenta Miasta Gliwice pismem znak UM-274880/2012 z dnia 11 czerwca 2012 roku do wystąpienia pokontrolnego Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 25 maja 2012 roku znak: WK-6100/47/4/11/12.

§ 2.

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie:

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach rozpatrując zastrzeżenia wniesione przez Prezydenta Miasta Gliwice pismem znak UM-274880/2012 z dnia 11 czerwca 2012 roku do wystąpienia pokontrolnego Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach z dnia 25 maja 2012 roku znak: WK-6100/47/4/11/12 z dnia 25 maja 2012 roku ustaliło co następuje:

Wystąpienie pokontrolne skierowane do Prezydenta Miasta Gliwice zawierało ustalenia w zakresie stwierdzonych nieprawidłowości oraz wnioski zmierzające do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności.

Zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.) do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń do kolegium izby. Z kolei ust. 4 tego artykułu stanowi, iż podstawą zgłoszenia zastrzeżenia może być tylko zarzut naruszenia prawa poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie.

Obowiązkiem składającego zastrzeżenia jest zastosowanie się do wskazanych wymogów ustawowych albowiem w myśl przepisów nie ma możliwości zgłoszenia zastrzeżeń do nieprawidłowości sformułowanych w wystąpieniu pokontrolnym.

Biorąc pod uwagę powyższe Kolegium oddaliło zastrzeżenia Prezydenta Miasta Gliwice dotyczące wniosku nr 3 oraz dotyczące długu publicznego, gdyż zastrzeżenia te nie

były złożone do wniosków lecz do nieprawidłowości i brak było zarzutów dotyczących naruszenia prawa (przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie) stwierdzonych we wniosku.

W przypadku zaś zastrzeżeń do wniosku Nr 11 i Nr 14 Kolegium uznało, iż zastrzeżenia te dotyczą niewłaściwego zastosowanie lub niewłaściwej interpretacji wskazanych we wniosku przepisów prawa, a zatem spełniają wymóg określony art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych.

Wniosek nr 11 nakazywał wzmocnić nadzór nad Naczelnikiem Wydziału Inwestycji i Remontów, który udzielił zamówień dodatkowych w trybie z wolnej ręki, w zakresie weryfikacji przesłanek udzielania zamówień w ww. trybie - stosownie do wymogów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), mając na uwadze przepisy art. 68 oraz art. 69 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

Podstawą do jego sformułowania stały się następujące ustalenia:

Udzielono w 2011 r. w toku realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa i rozbudowa stadionu przy ul. Okrzei w Gliwicach” - zamówień dodatkowych w trybie z wolnej ręki na łączną kwotę 1.054.044,31 zł brutto, pomimo braku zaistnienia przesłanki do zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia, wymaganej w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b ustawy - Prawo zamówień publicznych zamówieniami dodatkowymi mogą być wyłącznie zamówienia, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:

- *z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub*
- *wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.*

Tym samym, nie każde rozszerzenie zakresu zamówienia podstawowego będzie skutkowało tym, iż wystąpi zamówienie dodatkowe. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem tutaj o roboty budowlane nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia - pomimo zachowania należytej staranności.

W opisywanym przypadku Zamawiający udzielił w trybie z wolnej ręki na rzecz dotychczasowego wykonawcy – zamówień dodatkowych na podstawie następujących umów: Nr IR/11/3425/3/1336 z dnia 8 czerwca 2011 r., Nr IR/11/3425/4/2039 z dnia 30 sierpnia 2011 r. i Nr IR/11/3425/7/2800 z dnia 27 października 2011 r.

W wyniku kontroli ustalono, iż zlecenie w trybie z wolnej ręki na podstawie ww. umów części zakresu robót budowlanych nie jest uzasadnione spełnieniem wszystkich obligatoryjnych przesłanek ustawowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, które pozwalają na zastosowanie tego niekonkurencyjnego trybu. Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki dotyczącej okoliczności, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Powyższe dotyczyło m.in. następujących pozycji zamówień dodatkowych: montażu dodatkowej podkonstrukcji pod oświetlenie płyty murawy stadionu, wykonania dodatkowych, stalowych nadbudów trybun, uszczelnienia połączeń między elementami prefabrykowanymi, wykonania dodatkowej stalowej konstrukcji ramowej nad budynkami pomocniczymi do mocowania blach trapezowych obudów stadionu, robót okładzinowych

(płytkarskich) w budynkach pomocniczych i budynku klubowym, robót dodatkowych instalacji wentylacji mechanicznej w kompleksie pomieszczeń kuchennych, zasilanie elektryczne przepompowni wód deszczowych, kontenera szatniowego, oświetlenia szybu windy oraz wejścia do windy, dodatkowej oprawy oświetlenia elewacji, zasilania wentylatora i kurtyny powietrznej, zasilanie oraz sterowanie dodatkowych klap pożarowych w ciągach wentylacyjnych, zasilania pompy nawadniania murawy, zasilania kurtyn powietrznych, wykonania pod trybunami stadionu dwóch pomieszczeń garażowych oraz wykonania dwóch pomostów technicznych do wentylatorowni na budynku klubowym. Zamawiający powinien był na etapie przygotowania dokumentacji projektowej przewidzieć konieczność wykonania wyżej wymienionych prac.

Jako podstawę złożenia zastrzeżenia Prezydent Miasta Gliwice wskazał błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów art. 67 ust. 1 pkt. 5 lit. b ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, a tym samym naruszenia prawa w tym zakresie. Zdaniem Prezydenta zarzut, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki dotyczącej okoliczności, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia nie ma uzasadnienia z powodów (określonych na stronie 2 do strony 5 zastrzeżeń) dotyczących między innymi następujących faktów:

- dokumentacja projektowa została wykonana i sprawdzona przez osoby posiadające stosowane uprawnienia
- zamawiający mając na uwadze złożoność zagadnienia inwestycyjnego i stopień skomplikowania dokumentacji podjął działania związane z pozyskaniem niezależnej oceny sporządzonej przez instytucję o doświadczeniu w zakresie sprawdzeń dokumentacji projektowych
- zamawiający podjął wszelkie możliwe działania w sferze organizacyjnej, technicznej i finansowej dla uzyskania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia
- zakres prac ujętych w przedstawionych umowach jako roboty dodatkowe był tak znikomy w stosunku do przedmiotu zamówienia, że nie został zauważony na wielu etapach procesu inwestycyjnego
- zakres obowiązków wykonawcy robót w równej mierze wynika z dokumentacji projektowej i zasad wiedzy technicznej
- z dniem 1.08.2009r weszła w życie ustawa z 20.03.2009 o bezpieczeństwie imprez masowych
- charakter obiektywny ma również nieprzewidywalność sytuacji związanych ze zmianami technologii czy zmianami eksploatacyjnymi inwestycji wpływającymi na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia
- konieczność udzielenia zamówień dodatkowych wynikała z sytuacji niemożliwych do przewidzenia czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania postępowania przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności.

Kolegium Izby rozpatrując zastrzeżenia do wniosku Nr 11 po analizie zgromadzonego materiału dowodowego ustaliło, że:

- Miasto Gliwice udzieliło w trybie z wolnej ręki na rzecz dotychczasowego wykonawcy zamówień dodatkowych o łącznej wartości 5.074.163,32 zł
- wartość robót których udzielenie z wolnej ręki zostało w wyniku kontroli zakwestionowane to 1.054.044,31 zł i dotyczy tylko umów:
 1. Umowa IR/11/3425/3/1336 z dnia 8.06.2011r
 2. Umowa IR/11/3425/4/2039 z dnia 30.08.2011r
 3. Umowa IR/11/3425/7/2800 z dnia 27.10.2011r
- udzielenie w trybie z wolnej ręki zamówień dodatkowych, których konieczność wyniknęła ze zmiany przepisów o imprezach masowych (§1 umowy Nr IR/11/3425/7/2800 z dnia

27.10.2011 r. w zakresie robót do poprawy bezpieczeństwa imprez masowych) nie była kwestionowana przez inspektorów kontroli.

- zarówno Naczelnik Wydziału Inwestycji i Remontów w Urzędzie Miasta w Gliwicach (w wyjaśnieniach złożonych w toku kontroli) jak i Prezydent Miasta Gliwice (w zastrzeżeniach na stronie 3) potwierdzają, że część robót dodatkowych wniknęła z błędów, rozbieżności i niedociągnięć w dokumentacji projektowej, które na tym etapie wymagały doprecyzowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach nie podzieliło poglądów składającego zastrzeżenia Prezydenta Miasta Gliwice i dlatego postanowiło oddalić zastrzeżenia do wniosku Nr 11. Nie każde rozszerzenie zakresu zamówienia podstawowego skutkuje dopuszczalnością wystąpienia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem tutaj o roboty budowlane nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia- pomimo zachowania należytej staranności.

Roboty których udzielenie w trybie z wolnej ręki zostało zakwestionowane wynikały z błędów i rozbieżności w dokumentacji projektowej i nie były następstwem sytuacji niemożliwej do przewidzenia przy dochowaniu należytej staranności. W takim stanie rzeczy- skoro nie została spełniona jedna z podstawowych przesłanek udzielenia zamówienia dodatkowego, o której mowa w art. 67 ust.1 pkt. 5 b ustawy- Prawo zamówień publicznych- brak było podstaw by zamawiający mógł udzielić w opisanym przypadku robót dodatkowych w trybie z wolnej ręki.

Wniosek nr 14 nakazywał podjąć działania zmierzające do uregulowania formy prawnej władania nieruchomościami przez Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach, mając na uwadze przepisy art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.), art. 43 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zm.) w związku z art. 61 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.).

Podstawą do jego sformułowania były następujące ustalenia:

W latach 2007 – 2011 Ośrodkowi Pomocy Społecznej w Gliwicach zaniechano przekazania nieruchomości w trwały zarząd, co było wymagane przepisem art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 z późn. zm. oraz Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 z późn. zm.).

Zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem, trwały zarząd jest formą prawną władania nieruchomością przez jednostkę organizacyjną. Stosownie do przepisu art. 25 ust. 1 ww. ustawy, gminnym zasobem nieruchomości gospodaruje p. Zygmunt Frankiewicz - Prezydent Miasta Gliwice.

Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach włada mieniem gminnym na podstawie umowy użyczenia nr GN – 72243/197/2010/ID z dnia 1 lipca 2010 r. zawartej w imieniu Miasta Gliwice przez p. Adama Neumanna – Zastępcę Prezydenta Miasta Gliwice. Ponadto, Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach włada mieniem gminnym na podstawie umów użyczenia zawartych pomiędzy Miastem Gliwice - Zakładem Gospodarki Mieszkaniowej w Gliwicach, w imieniu którego działa Zarząd Budynków Miejskich I bądź II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Gliwicach.

Prezydent Miasta Gliwice w swoim piśmie z dnia 11.06.2012r stwierdza, że nie wnosi zastrzeżeń co do możliwości ustanowienia na rzecz Ośrodka Pomocy Społecznej trwałego zarządu na użyczonych do tej pory nieruchomościach. Stoi jednak na stanowisku, że w przypadku ustanowienia trwałego zarządu wszczęcie postępowania możliwe jest jedynie na

wniosek strony. Zdaniem Prezydenta we wniosku nr 14 niewłaściwie proponuje się zastosowanie art. 61 Kodeksu Postępowania Administracyjnego, gdyż OPS posiada tytuł prawny do nieruchomości prawidłowy z punktu widzenia ustawy o gospodarce nieruchomościami, zatem nie można uzasadnić szczególnie ważnego interesu strony dla uzyskania tytułu prawnego w postaci trwałego zarządu.

Kolegium Izby po analizie podtrzymuje w tym zakresie stanowisko zaprezentowane w wystąpieniu pokontrolnym Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Katowicach dotyczące możliwości właściwego zastosowania w tym przypadku art. 61 K.p.a.

Kolegium podziela pogląd Prezydenta Miasta Gliwice, że trwały zarząd nie może być ustanowiony bez wniosku –bez zgody- jednostki organizacyjnej, gdyż zgodnie z art. 44 ust 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami z wnioskiem o ustanowienie trwałego zarządu występuje jednostka organizacyjna.

Jednocześnie jednak Kolegium zwraca uwagę, że zgodnie z art. 61 §2 Kodeksu postępowania administracyjnego organ administracji publicznej może ze względu na szczególnie ważny interes strony wszcząć z urzędu postępowanie także w sprawie w której przepis prawa wymaga wniosku strony. Organ obowiązany jest w tym przypadku uzyskać na to zgodę strony w toku postępowania, a w razie nie uzyskania zgody- postępowanie umorzyć. W tym przypadku ważnym interesem strony jest zachowanie prawidłowej formy władania mieniem komunalnym przez jednostkę organizacyjną bez osobowości prawnej, tj. Ośrodek Pomocy Społecznej w Gliwicach, mając na uwadze przepis art. 43 ustawy o gospodarce nieruchomościami zgodnie z którym to trwały zarząd jest formą prawną władania nieruchomością przez jednostki organizacyjne.

Nie bez znaczenia (przy załatwieniu tej sprawy) jest też fakt, iż zgodnie z art. 33 ust 5 ustawy z dnia 8 marca 1990 o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001r Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) to Prezydent Miasta Gliwice jako kierownik urzędu wykonuje uprawnienia zwierzchnika służbowego w stosunku do kierowników gminnych jednostek organizacyjnych w tym też kierownika Ośrodka Pomocy Społecznej w Gliwicach.

Biorąc pod uwagę powyższe Kolegium orzekło jak w § 1 uchwały.



Przewodniczący Kolegium


Daniel Kołodziej