

PREZYDENT MIASTA

63-400 Ostrów Wielkopolski
Aleja Powstańców Wielkopolskich 18
telefon: 62 582 21 30; 62 736 43 10
fax 62 736 64 07
e-mail: um@ostrow-wielkopolski.um.gov.pl

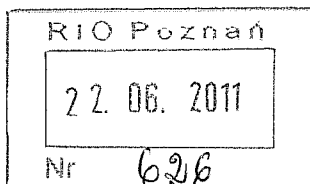
Ostrów Wielkopolski 17.06.2011 r.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Poznaniu

za pośrednictwem

Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej

w Poznaniu



WFN.1710.1.2011

2011-WFN - RKW - 3 - 0

for z dnia 20.06.11

*Kol. 27.06.07-2011
dysponer me
MR.*

Zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego

Kontrolowany: Prezydenta Miasta Ostrowa Wielkopolskiego al. Powstańców Wielkopolskich 18; 63 – 400 Ostrów Wielkopolski

Na podstawie art. 9 ust 3 ustawy z dnia 07 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jednolity z 2001 r. Dz. U nr 55 poz. 577 ze zmianami) składam zastrzeżenia do punktu 6 (w zakresie stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych) wystąpienia pokontrolnego nr Wk -0911 / 1 / 2011 z dnia 03 czerwca 2011 r.

Wystąpienie pokontrolne w zakresie zarzutu naruszenia przez kontrolowanego art. 67 ust 1 pkt 5 i (postępowanie dotyczyło przebudowy i rozbudowy Ostrowskiego centrum Kultury) i art. 26 ust 3 i 24 ust. 1 - 3 (postępowanie dotyczyło budowy budynków z lokalami socjalnymi przy ul. Olszynowej w Ostrowie Wielkopolskim) Prawa zamówień publicznych stanowi naruszenie prawa przez jego niewłaściwe zastosowanie.

Uzasadnienie

I. Odnośnie wniosku pokontrolnego Nr WK-0911/1/2011 z dnia 3 czerwca 2011 (data wpływu do tut. Urzędu 7.06.2011 r.) zawartego w pkt 12 a dotyczącego zarzutu naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych stwierdzam co następuje:

Zgodnie z art.67 ust. 1 pkt 5 lit. b aby zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki na wykonanie dodatkowych robót budowlanych konieczne jest łączne zaistnienie poniższych przesłanek:

1. udzielenie zamówienia może nastąpić wyłącznie jego dotychczasowemu wykonawcy,
2. przedmiotem zamówienia podstawowego są roboty budowlane,
3. przedmiotem udzielonego zamówienia powinny być roboty budowlane, których zakres nie był objęty zamówieniem podstawowym,
4. wartość zamówienia dodatkowego nie przekracza 50% wartości realizowanego zamówienia,
5. zamówienie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego,
6. wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia,
7. wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie kontrolujących zakres robót objętych umową nie dawał podstaw do udzielenia zamówienia dodatkowego. Zatem bezsporne wydaje się stwierdzenie że z ww. przesłanek zamawiający wypełnił wszystkie z wyjątkiem przesłanki nr 3. W celu ustalenia czy zakres przedmiotowy umowy dodatkowej stanowi nowe zamówienie, czy nie ma takiego charakteru, należy odnieść się do przepisu art. 140 Prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze przepis ust. 1 przywołanego artykułu, stwierdzić należy że zakres świadczenia wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, natomiast każdy zakres świadczenia nie objęty umową jest świadczeniem dodatkowym. Ponieważ zgodnie z przepisem art. 140 ust. 3 Prawa zamówień publicznych umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego zamawiający nie mógł zrealizować dodatkowego zakresu robót w oparciu o zawartą umowę. W wyjątkowych sytuacjach można zmienić umowę po zaistnieniu przesłanek, o których mowa w art. 144 ust. 1. Jednak w kontrolowanym postępowaniu zamawiający nie był uprawniony dokonać takiej zmiany ponieważ nie przewidział takiej możliwości oraz nie określił warunków takiej zmiany. Okoliczności, które doprowadziły do konieczności zwiększenia zakresu wykonywanych robót nie były możliwe do przewidzenia co potwierdza stanowisko kontrolujących, którzy nie wnieśli w tym zakresie żadnych zastrzeżeń.

Podsumowując, aby wykonać dodatkowy zakres robót budowlanych, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji, której nie można było przewidzieć i od wykonania których uzależnione jest wykonanie zamówienia podstawowego zamawiający miał prawo zawrzeć umowę po postępowaniu przeprowadzonym w trybie z wolnej ręki ponieważ spełniał wszystkie przesłanki wymagane do jego zastosowania.

II. Odnośnie wniosku pokontrolnego Nr WK-0911/1/2011 z dnia 3 czerwca 2011 (data wpływu do tut. Urzędu 7.06.2011 r.) zawartego w pkt 12 b zarzutu naruszenia art. 26 ust 3 i art 24 ust 1 – 3 Prawa zamówień publicznych stwierdzam co następuje:

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w art 26 ust 3 stanowi że: „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”.

Zgodnie z cytowanym wyżej przepisem zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jednakże istnieją wyjątki kiedy zamawiający jest zwolniony z tego obowiązku. Wyjątki te to okoliczności że mimo złożenia dokumentów w wyniku wezwania oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Przed wypełnieniem tego obowiązku zamawiający powinien przeanalizować czy mimo uzupełnienia oferta nie będzie podlegała odrzuceniu lub konieczne będzie unieważnienie postępowania. Jeśli zachodzi przynajmniej jeden z wymienionych przypadków wezwanie o uzupełnienie dokumentów jest bezprzedmiotowe i nie ma zastosowania.

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów wykonawcy, który złożył ofertę nr 4 **FIRMA BUDOWLANA „Antczak Marek” Sp. z o.o. ul. Metalowców 13-19, 62-800 Kalisz**. Cena złożonej oferty wynosiła 1.359.600,92 zł natomiast zamawiający mógł przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 1.250.000,00 zł. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiającemu nie wolno było wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów ponieważ jeśli w wyniku uzupełnienia oferta nr 4 jako poprawna okazałaby się najkorzystniejszą to zamawiający i tak miałby obowiązek unieważnienia

postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ponieważ cena oferty przekraczałaby środki jakie zamawiający mógłby przeznaczyć na realizację zamówienia.

Podobne stanowisko ustalone jest w orzecznictwie.

W wyroku z dnia 28.12.2010 r. sygn. KIO / UZP / 2688 / 10 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła że „każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być bowiem poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie” . W uzasadnieniu do tej tezy Izba stwierdza że „ z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy p.z.p. Ponadto zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu, na podstawie jednej z przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 lub art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p.

W wyroku z dnia 27 grudnia 2010 r. sygn. KIO/UZP 2661/10; KIO/UZP 2662/10; KIO/UZP 2663/10 – Krajowa Izba Odwoławcza orzekła że „przepis art. 26 ust. 3 p.z.p., choć pozwala na odstąpienie od takiego wezwania w stosunku do wykonawców, których oferta podlega i tak odrzuceniu, to jednak nie zwalnia z obowiązku poprzedzającego takie wezwanie badania czy złożone oferty zawierają braki w zakresie dokumentów na potwierdzenie warunków podmiotowych, przedmiotowych lub w zakresie pełnomocnictw.

Podsumowując uważam, że nie wzywając do uzupełnienia dokumentów zamawiający postąpił zgodnie z obowiązującym prawem, natomiast naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 miałyby miejsce gdyby zamawiający zachował się tak jak określono w pkt 6 wystąpienia pokontrolnego.

ZAM. PREZYDENTA MIASTA
S. Kucinski
Miejski Sejmik Krakowski
Prezydent Miasta

Otrzymują:

- 1) Adresat,
- 2) A/a.