



WOJEWODA MAZOWIECKI

WBZK-V.431.7.2016

Warszawa, 25 maja 2017 r.

**Pan
Adam Struzik
Marszałek Województwa
Mazowieckiego**

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

Na podstawie art. 175 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.), w trybie określonym w ustawie z dnia 15 lipca 2011 roku o kontroli w administracji rządowej (Dz. U. z 2011 roku Nr 185, poz. 1092), kontrolerzy:

1. Agata Zbyszyńska - przewodniczący zespołu kontrolującego, główny specjalista w Wydziale Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie;
2. Michał Tomusiak - członek zespołu kontrolującego, starszy specjalista w Wydziale Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie;
3. Roman Trzcieleński- członek zespołu kontrolującego, inspektor wojewódzki w Wydziale Kontroli Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie;
4. Józef Łabuz - członek zespołu kontrolującego, starszy inspektor wojewódzki w Wydziale Kontroli Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie;

przeprowadzili w dniach 19-23 września 2016 r. kontrolę planową problemową w:

1. **Urzędzie Marszałkowskim Województwa Mazowieckiego w Warszawie,**
2. **Wojewódzkim Zarządzie Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie,**
3. **Wojewódzkim Zarządzie Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie o/Radom.**

Przedmiot kontroli obejmował kontrolę zadania pod nazwą „**Wał lewy rzeki Wisły odc. Mniszew – Potycz w km 4+861 – 5+482, gm. Warka**”.

Kontrola problemowa miała na celu potwierdzenie prawidłowej realizacji zadania pod względem rzeczowym, z zachowaniem przepisów prawa zamówień publicznych oraz stwierdzenie prawidłowego wydatkowania środków przekazanych z rezerwy celowej budżetu państwa.

Kontrolą objęto okres realizacji zadania przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie o/Radom, od ogłoszenia o zamówieniu do rozliczenia końcowego.

Niniejszym, przekazuję Panu Marszałkowi projekt wystąpienia pokontrolnego.

W okresie objętym kontrolą Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie o/Radom realizował zadanie z zakresu administracji rządowej zlecone Marszałkowi Województwa pod nazwą „*Wał lewy rzeki Wisły odc. Mniszew – Potycz w km 4+861 – 5+482, gm. Warka*”. Zadanie zostało zrealizowane ze środków rezerwy celowej budżetu państwa na przeciwdziałanie i usuwanie skutków klęsk żywiołowych na urządzeniach melioracji wodnych podstawowych przewidzianych do realizacji w 2015 r., będącej w dyspozycji Ministra Administracji i Cyfryzacji.

W ramach kontroli realizacji zadania, ocenie poddane zostały następujące zagadnienia:

- a) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez sprawdzenie, czy postępowanie zostało przeprowadzone z zachowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, obowiązującej na dzień wszczęcia postępowania (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) – dalej: „ustawa Pzp”,
- b) realizacja zakresu rzeczowego zadania wraz z dokumentacją dotyczącą jego realizacji poprzez sprawdzenie efektów mierzalnych planowanych do wykonania, przedstawionych w wykonanej dokumentacji,
- c) realizacja zakresu finansowego zadania, poprzez sprawdzenie, czy przekazane środki zostały wykorzystane zgodnie z przeznaczeniem i obowiązującymi przepisami.

Zadanie polegało na przeprowadzeniu prac budowlanych w celu zabezpieczenia przeciwfiltracyjnego podłoża i korpusu wału przeciwpowodziowego na długości 621 m, zgodnie z wykonaną dokumentacją, na terenie działki nr 441 obręb Podgórzycze, w gminie Warka, powiat grójecki, województwo mazowieckie.

Dokumentacja przedstawiona do kontroli potwierdziła wykonanie wyżej wymienionego zadania zawierając stosowne informacje dotyczące wprowadzenia robót zaniechanych, jak i zamiennych.

Beneficjent posiada dokumentację techniczną i fotograficzną potwierdzając tym samym wykonanie założonych prac budowlanych związanych z realizacją niniejszego zadania.

Wartość kontrolowanej inwestycji wyniosła 917 087,07 zł i była finansowana zgodnie z klasyfikacją budżetową dział 010, rozdział 01078, paragraf 2210, jako zadanie bieżące.

Ocena poszczególnych zagadnień objętych kontrolą prezentuje się następująco:

a) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – ocena pozytywna pomimo nieprawidłowości.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „*Remont odcinka wału Mniszew-Potycz w km 4+861-5+482*” zostało wszczęte w dniu 11.08.2015r. Termin zakończenia wykonania zadania został określony na 01.12.2015r., z zastrzeżeniem, że jednym z kryteriów oceny ofert był okres realizacji zadania. Punkty w ramach tego kryterium były przyznawane za skrócenie terminu wykonania przedmiotu zamówienia o każdy dzień kalendarzowy względem terminu maksymalnego określonego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 31.08.2015r., zgodnie z zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu. Swoje oferty na realizację przedmiotu zamówienia złożyło 5 wykonawców.

Ze względu na czas niezbędny na zebranie satysfakcjonujących wyjaśnień, jakich Zamawiający żądał od Wykonawców (w szczególności dotyczących wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny), w trzydziestodniowym terminie związania ofertą Zamawiający nie wybrał oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie wzywał Wykonawców, którzy złożyli oferty do przedłużenia terminu związania umową i terminu ważności wadium. Samodzielnie termin związania ofertą i ważność wadium przedłużyło dwóch Wykonawców: RPM Spółka Akcyjna, ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec oraz Konsorcjum firm REM-WOD KIELCE Sp. z o.o. Sp. k. i REM-WOD Sp. z o.o. Pozostali trzej Wykonawcy zostali wykluczeni z powodu nie przedłużenia ważności wadium (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), a ich oferty Zamawiający odrzucił, gdyż Wykonawcy, którzy je złożyli zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Poprzez samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem terminu ważności wadium pozostali wykonawcy zadeklarowali gotowość do realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w ofercie, przez okres na jaki związanie ofertą jest przedłużane.

Z dokumentacji przedłożonej do kontroli wynika, że spośród Wykonawców którzy nie zostali wykluczeni, Zamawiający, jako najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny, wybrał ofertę firmy RPM Spółka Akcyjna i podpisał z nią w dniu 07.10.2015 r. umowę nr PIR/R-4100.ZP.11/2015 (zwaną dalej „umową”). Wybrany Wykonawca deklarował w ofercie, w ramach kryterium „okres realizacji”, skrócenie czasu wykonania zamówienia o 30 dni w stosunku do terminu maksymalnego określonego w SIWZ (01.12.2015), zatem termin wykonania zamówienia został ustalony w pierwotnej wersji umowy na 02.11.2015 r. Czas pozostały na wykonanie zamówienia już na etapie podpisywania umowy powinien budzić wątpliwości. Realizacja pełnego zakresu przedmiotu umowy w tak krótkim czasie (od 07.10.2015r. do 02.11.2015r.) mogła być niemożliwa ze względów technologicznych (ok. 30 dni potrzeba na samo zastygnięcie przesłony bentonitowo-cementowej), czego Zamawiający miał świadomość na etapie podpisywania umowy.

Należy zauważyć, że projekt umowy, będący załącznikiem do SIWZ został sporządzony w sposób niewłaściwy. Zapis umowy, ustalający ścisły termin dzienny wykonania zamówienia, określony datą końcową, nie zaś jako okres czasu od momentu podpisania umowy do wykonania jej przedmiotu, nie uwzględnia ryzyka związanego z m.in. przedłużającą się procedurą przetargową.

W ocenie kontrolującego Zamawiający dopuścił się nieprawidłowości podpisując z Wykonawcą aneks nr 1 z dnia 14.10.2015 r. Postanowieniami aneksu zmieniono termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy z terminu pierwotnego 02.11.2015r. (zgodnego z treścią złożonej oferty) na 30.11.2015r. W treści aneksu jako podstawę do wprowadzenia zmiany terminu strony wskazały §11 ust. 2b umowy, a jako uzasadnienie - przedłużoną procedurę wyboru Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu przetargowym. Zgodnie z wyjaśnieniami jednostki kontrolowanej, przekazany pismem z 10 listopada 2016 r. znak: KO-II.1710.41.2016.PB, podstawą prawną do zawarcia aneksu był §11 ust. 2 pkt 2b umowy (w treści aneksu popełniono w tym miejscu omyłkę pisarską podając jako podstawę prawną §11 ust. 2b umowy), zaś podstawą faktyczną – działanie tzw. „siły wyższej” w szerszym rozumieniu niż przykładowe sytuacje wskazane w SIWZ. Dodatkowo, w swoim wystąpieniu, Sekretarz Województwa Mazowieckiego stwierdził, że ze względów technologicznych niemożliwe było wykonanie przedmiotu umowy w przewidzianym w ofercie terminie, a z uwagi na pilną potrzebę uszczelnienia wału wykonanie zamówienia było konieczne i leżało w interesie publicznym. Przepis §11 ust. 2 pkt 2b umowy został przez Zamawiającego zastosowany nieprawidłowo, nie odnosi się on bowiem do okoliczności jakie zaistniały w rzeczywistości. Siła wyższa interpretowana jest w sposób powszechnie przyjęty w polskim orzecznictwie (Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2007 r., III CZP 100/07) jako zdarzenie zewnętrzne, nieuchronne, nadzwyczajne i niemożliwe do przewidzenia. Konieczność uzyskania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, przedłużająca procedurę wyłonienia wykonawcy nie jest okolicznością nadzwyczajną. W praktyce prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest okolicznością przewidywalną, której wystąpienie powinien brać pod uwagę każdy Zamawiający dysponujący środkami publicznymi. Zdarzenie to nie spełnia zatem przesłanek definicji siły wyższej ani w znaczeniu powszechnie przyjętym, ani w znaczeniu określonym w §11 ust. 2 pkt 2b umowy.

Art. 144 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie zakazuje dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość i warunki dokonania takiej zmiany w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Ustawodawca, według stanu z dnia zawierania przedmiotowej umowy, nie podawał w art.144 Pzp definicji legalnej pojęcia istotnej zmiany postanowień zawartej umowy, jednakże orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z dnia 13 marca 2014 r. sygn. akt II GSK 12/13) precyzuje, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni. Termin wykonania zamówienia, zaraz obok opisu przedmiotu zamówienia, jest jednym z najistotniejszych czynników kształtujących krąg potencjalnych wykonawców mogących skutecznie złożyć ofertę oraz wpływających na poziom oferowanych przez nich cen. Istnieje uzasadnione przypuszczenie, że wiedza o możliwości przedłużenia terminu realizacji umowy o 28 dni bez konieczności zapłaty kar określonych w §10 ust.1 pkt 1b umowy, umożliwiłaby pozostałym wykonawcom złożyć oferty korzystniejsze w świetle określonych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia tego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze nie można traktować przedłużającej się procedury wyłonienia wykonawcy jako uzasadnienia do przedłużenia terminu wykonania zamówienia, w stosunku do terminu określonego w przyjętej przez Zamawiającego ofercie. Wskazane przez Kierownika

Jednostki Kontrolowanej uzasadnienie zawarcia aneksu nie może być podstawą faktyczną do wprowadzenia zmiany umowy w zakresie terminu realizacji jej przedmiotu, dlatego też działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Wprowadzona do umowy aneksem nr 1 z dnia 14.10.2015r. zmiana podlega unieważnieniu, na podstawie art. 144 ust. 2 ustawy Pzp, rozumianemu jako nieważność względna, ustalana w drodze konstytucyjnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu (Bazan A., Nowicki J.E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz., LEX, 2015).

Dodatkowo, przedłużenie terminu wykonania przedmiotu zamówienia poprzez zawarcie aneksu nr 1 z dnia 14.10.2015r. wiązało się z faktycznym odstępianiem przez Zamawiającego od możliwości egzekwowania kar umownych, określonych w §10 ust.1 pkt 1b umowy. Doprowadziło to do nie uzyskania korzyści finansowych z tytułu przekroczenia przez Wykonawcę terminu wykonania zamówienia określonego umową. Zadanie zostało odebrane protokołem końcowego odbioru robót z dnia 30.11.2015r., co oznacza przekroczenie pierwotnie zastrzeżonego terminu realizacji przedmiotu umowy (02.11.2015r.) o 28 dni. Uwzględniając zapis §10 ust.1 pkt 1b umowy, który stanowi, że Wykonawca płaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w oddaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki, całkowita kara umowna powinna wynieść 28% wynagrodzenia określonego w §3 umowy, tj. 252 548,26 zł.

- b) Realizacja zakresu rzeczowego zadania wraz z dokumentacją dotyczącą jego realizacji – ocena pozytywna. Przeprowadzone oględziny potwierdziły wykonanie wskaźników mierzalnych przedstawionych w dokumentacji projektowej dotyczącej zadania. Nie stwierdzono rozbieżności pomiędzy zakładanymi, a osiągniętymi efektami mierzalnymi. Jednostka kontrolowana posiada niezbędne dokumenty, które potwierdzają realizację zadania zgodnie z decyzją przyznającą środki dotacji i obowiązującymi przepisami prawa.
- c) Realizacja zakresu finansowego zadań – ocena pozytywna. Zakres finansowy zadania, zrealizowany został zgodnie z umową wykonawczą i obowiązującymi przepisami. Kontrola potwierdziła, że Beneficjent prowadzi wyodrębnioną ewidencję księgową w sposób przejrzysty, umożliwiający identyfikację poszczególnych operacji księgowych oraz zgodnie z treścią oświadczenia, nie odlicza podatku VAT z tytułu realizowanego zadania pn.: „Wał lewy rzeki Wisły odc. Mniszew- Potycz w km 4+861-5+482, gm. Warka”. W ramach przeprowadzonych czynności kontrolnych nie stwierdzono nieprawidłowości lub uchybień.

Wnioski i zalecenia pokontrolne:

1. W związku ze stwierdzeniem w toku prowadzonej kontroli zmiany terminu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zawarcie aneksu nr 1 z dnia 14.10.2015 r. do umowy nr PIR/R-4100.ZP.11/2015 z 07.10.2015r., zobowiązuję Marszałka Województwa Mazowieckiego, aby Dyrektor Oddziału w Radomiu Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie wystąpił do sądu

o unieważnienie ww. aneksu na podstawie art. 144 ust. 2 ustawy Pzp oraz następnie wystąpił z roszczeniami do Wykonawcy RPM Spółka Akcyjna, ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec o zapłatę należnej kary umownej z tytułu przekroczenia terminu realizacji przedmiotu umowy.

2. Stwierdzenie w toku prowadzonej kontroli naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na zmianie umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z art. 17 ust. 6 Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 168 z późn. zm.) podlega złożeniu przez Wojewodę Mazowieckiego zawiadomienia o ujawnionych okolicznościach wskazujących na naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez Kierownika Zamawiającego – Dyrektora Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie, oddział w Radomiu do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Warszawie.
3. Zaleca się, aby Zamawiający konstruując umowy na wykonanie robót budowlanych, których wykonanie obarczone jest wysokim ryzykiem (związanym z koniecznością wydatkowania wygasających środków finansowych, przyznanych w ramach dotacji) dołożył wszelkich starań, aby zapisy umowne uwzględniały zdiagnozowane ryzyka i zawierały możliwość dokonywania odpowiednich zmian mitygujących. Zapisy umowne powinny uwzględniać charakter prac przewidzianych do realizacji w ramach przedmiotu zamówienia. Jeśli, zgodnie z najlepszą wiedzą i doświadczeniem zamawiającego, na wykonanie pełnego zakresu robót nie wystarczy czasu w przypadku skrócenia przez wykonawców terminu realizacji zamówienia, wówczas należy, przy uwzględnieniu pozostałych uwarunkowań finansowo-technicznych, jeszcze na etapie przygotowywania dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego zastosować inne pozacenowe kryteria oceny ofert, wydłużyć bazowy termin realizacji zamówienia, bądź zmniejszyć jego zakres poprzez np. etapowanie prac. Nie jest dopuszczalne zawieranie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli na etapie kontraktowania z zasad wiedzy technicznej wynika pierwotna niemożność wykonania umowy w terminie wynikającym z oferty, ponieważ może to prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji(art.7 ustawy Pzp) .

Jednocześnie zobowiązuję Pana Marszałka do przekazania, w terminie 30 dni od daty otrzymania niniejszego wystąpienia pokontrolnego, pisemnej informacji o sposobie realizacji zobowiązania określonego w pkt. 1 *Wniosków i zaleceń pokontrolnych*.

Zdzisław Szipera
Wojewoda Mazowiecki

Do wiadomości:

1. Pan Bernard Mucha, Dyrektor Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie,
2. Pan Czesław Kwiecień, Dyrektor Oddziału w Radomiu Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Warszawie.