

UCHWAŁA Nr 0102-331/15  
KOLEGIUM REGIONALNEJ IZBY OBRACHUNKOWEJ  
w Olsztynie  
z dnia 21 września 2015 roku

w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Burmistrza Miasta Lubawa do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 14 sierpnia 2015 r. znak RIO.II.600-46/2015.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie

działając na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a w związku z art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (j.t. Dz. U. z 2012 r. poz. 1113 z późn. zm.)

uchwała, co następuje:

postanawia się uwzględnić zastrzeżenia wniesione przez Burmistrza Miasta Lubawa do wniosku nr 26 zawartego w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 14 sierpnia 2015 r. znak RIO.II.600-46/2015.

UZASADNIENIE

W okresie od 29 kwietnia do 10 lipca 2015r. Regionalna Izba Obrachunkowa w Olsztynie przeprowadziła kontrolę kompleksową gospodarki finansowej Gminy Miejskiej Lubawa.

W dniu 10 lipca 2015r. jednostka kontrolowana podpisała protokół kontroli. Na tej podstawie w dniu 14 sierpnia 2015r. pismem znak: RIO.II.600-46/2015 skierowane zostały do Gminy Miejskiej Lubawa wnioski pokontrolne, w tym wniosek dotyczący:

- przestrzegania zasady wynikającej z art. 140 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz.907 ze zm.), zgodnie z którą zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

- stosowania art. 144 ust.1 ustawy – Prawo zamówień publicznych w przypadku wystąpienia konieczności zmian ilościowych wielkości poszczególnych robót budowlanych.

Wniosek zawarty w wystąpieniu pokontrolnym sformułowany został na podstawie ustalenia w trakcie prowadzonej kontroli kompleksowej, iż w dniu 17 czerwca 2014 r. zawarto pomiędzy Gminą Miejską Lubawa a firmą F.H.U. „Las Vegas” umowę nr IGK.272.12.2014 na „Modernizację ul. Pawiej wraz z łącznikiem do ul. 19-go stycznia”. Przedmiot umowy i wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zakresu prac wynikających z umowy zostały określone zgodnie z formularzem ofertowym złożonym przez wykonawcę.

Kontrolujący stwierdzili, że wartość wykonanych robót budowlanych wyniosła wg faktury VAT nr 00035/2014 z dnia 7.11.2014 r. 400.342,75 zł i była wyższa od kwoty ustalonej w umowie o kwotę 12.877,67 zł brutto. Podczas analizy rozliczenia kontrolujący stwierdzili

rozbieżności w wielkościach wykonania poszczególnych prac budowlanych w stosunku do wynikających z umowy a faktycznie wykonanych i wskazali przykładowo:

- poz. 1 kosztorysu inwestorskiego złożonego w ofercie przewidywała wykonanie wykopów oraz przekopów koparkami przedsięwziętymi 0,40 m<sup>3</sup> na odkład w gruncie kat. IV — gł. do 1,5 — w ilości 165,43 m<sup>3</sup>. Tymczasem z kosztorysu powykonawczego sporządzonego po wykonaniu zadania stwierdzono wykonanie w/w prac w ilości 193,03 m<sup>3</sup>,

- poz. 4 kosztorysu inwestorskiego złożonego w ofercie przewidywała ułożenie podsypki piaskowej gr. 20 cm i obsypki 30 cm w ilości 171,36 m<sup>3</sup>. Tymczasem z kosztorysu powykonawczego sporządzonego po wykonaniu zadania stwierdzono wykonanie w/w prac w ilości 958,92 m<sup>3</sup>.

Ustalili, że zmiany ilościowe wielkości poszczególnych robót budowlanych nie zostały potwierdzone aneksem do umowy, co według nich, stanowiło naruszenie art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ponieważ zakres świadczenia prac wykonanych przez wykonawcę nie był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2015r. /wpływ 31 sierpnia 2015 r./ Burmistrz Miasta Lubawa działając na podstawie art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych, wniósł do Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie zastrzeżenia do wniosku nr 26 zawartego w wystąpieniu pokontrolnym, wskazując na błędną wykładnię i błędne zastosowanie art. 140 i 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podniósł, że w wyniku zrealizowanych prac zmianie uległy jedynie ilości poszczególnych robót/pozycji kosztorysowych, natomiast nie zostały dodane nowe pozycje robót - nieprzewidziane w projekcie budowlanym lub nieuwjęte w przedmiarze robót i ofercie wykonawcy. Wskazał, że przy prowadzeniu prac remontowych i modernizacyjnych naturalnym jest, iż nie da się w pełni określić ilości robót niezbędnych do wykonania zadania. W tym celu, dla zachowania przejrzystości, zamawiający ustalił w SIWZ, iż będzie rozliczał się z wykonawcą z faktycznie wykonanych robót.

Następnie wnoszący zastrzeżenia podkreślił, że w przypadku rozbieżności pomiędzy rozmiarem robót budowlanych przewidzianych w projekcie budowlanym, a ilością robót wynikającą z przedmiaru, wykonawca zobowiązany jest do wykonania zamówienia zgodnie z projektem budowlanym. Istotą rozliczania inwestycji metodą rozliczenia powykonawczego jest zmienność. Zamawiający jasno wskazał w umowie, iż kwota wskazana przez wykonawcę w kosztorysie jest kwotą wyjściową, a nie jak w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego ceną ostateczną. Według wnoszącego zastrzeżenie nie został naruszony artykuł 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż przedmiot zamówienia określony w projekcie technicznym i w specyfikacji, które stanowią załączniki do SIWZ nie był zmieniany ani uzupełniany. Działania podjęte przez zamawiającego były wykonywaniem postanowień umowy w zakresie rozliczenia

zadania. Rozliczenie to polegało na obmierzeniu wykonanych robót, zestawieniu ich z cenami z kosztorysu ofertowego wykonawcy oraz ustaleniu ostatecznej wartości zrealizowanego zadania. W ocenie wnoszącego zastrzeżenia wszystkie te elementy zawiera protokół odbioru końcowego wraz z załącznikiem - kosztorysem powykonawczym, który jest dokumentem kluczowym w rozliczeniu zadania, a co najważniejsze jest dokumentem sporządzonym w formie pisemnej. Podpisanie aneksu do umowy ustalającego ostateczne ilości wykonanych robót wykonawcy byłoby działaniem wtórnym i tylko powtórzeniem zapisów dokumentów, które są częściami składowymi umowy podstawowej.

W ocenie Burmistrza Miasta Lubawa zmiany ilości poszczególnych robót/pozycji kosztorysowych były niewielkimi modyfikacjami świadczenia wykonawcy wynikającymi z charakteru prowadzenia robót remontowych w ramach określonego przedmiotu zamówienia pn. „Modernizacja ul. Pawiej wraz z łącznikiem do ul. 19-go Stycznia”. Dlatego też należy uznać, iż zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, co nie wymagało zmiany treści umowy w formie aneksu.

Wnoszący zastrzeżenia wskazał również, że do przedmiotowej sprawy nie ma zastosowania art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zakres świadczenia wykonawcy był tożsamy z jego ofertą.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie, po rozpoznaniu w dniu 21 września 2015 r. zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, postanowiło uwzględnić zastrzeżenia Burmistrza Miasta Lubawa.

Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 2 i 3 Umowy nr IGK.272.12.2014 zawartej w dniu 17 czerwca 2014 r. pomiędzy Gminą Miejską Lubawa a Piotrem Musiałem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „LAS VEGAS” rozliczenie przedmiotu umowy nastąpiło kosztorysem powykonawczym na podstawie faktycznej ilości wykonanych robót. Poszczególne składniki kosztorysu powykonawczego nie różniły się od tych, które zostały wykazane w kosztorysie ofertowym. Cena za wykonanie przedmiotu umowy określona w § 3 pkt. 1 umowy jest ceną wyjściową. „Maksymalne zobowiązanie zamawiającego w stosunku do realizacji niniejszego zamówienia wynosi 110 % kwoty wyjściowej”.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie stwierdza, że cena wykonania przedmiotowego zamówienia określona w § 3 pkt. 1 w/w umowy, wyniosła 387.465,08 zł brutto, w tym podatek VAT - 72.452,82 zł, a wartość wykonanych robót budowlanych wyniosła według faktury VAT Nr 00035/2014 z dnia 17 listopada 2014 r. 400.342,74 zł i była wyższa od kwoty ustalonej w umowie o 12.877,67 zł brutto, co stanowi 103,32 % kwoty wyjściowej.

Zgodnie z art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zagadnienie wynagrodzenia za roboty budowlane określają przepisy Kodeksu cywilnego a przede wszystkim przepisy Tytułu XVI dotyczące umowy o roboty budowlane i Tytułu XV dotyczące umowy o dzieło. W przypadku konstruowania umowy o roboty budowlane można posłużyć się regulacjami z obu Tytułów KC albowiem regulacje dotyczące umowy o dzieło uzupełniają regulacje wprost odnoszące się do umowy o roboty budowlane. Przepisy KC dopuszczają przyjęcie przez strony umowy formy wynagrodzenia kosztorysowego lub ryczałtowego / art. 629 i art. 632 KC/. Brak jest podstaw prawnych do kwestionowania prawa stron umowy do przyjęcia jednej z form wynagrodzenia za roboty budowlane a ustalenie wynagrodzenia kosztorysowego nie stoi także w sprzeczności z przepisami ustawy o finansach publicznych.

Strony przyjmując w umowie wynagrodzenie kosztorysowe zakładają, że ostateczne jego określenie nastąpi w oparciu o poniesione nakłady pracy i wskazane podstawy do jej ustalenia. W przypadku robót budowlanych można mówić o rozliczeniu, przy uwzględnieniu faktycznie wykonanych ilości robót stwierdzonych dokonany obmiar (obmiar to określenie rodzaju i ilości robót po wykonaniu zadania, w przeciwieństwie do przedmiaru, przy którym rodzaj i ilość robót określa się na podstawie projektów budowlanych, wykonawczych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przed wykonaniem robót) oraz cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym (w chwili obecnej, coraz częściej w kalkulacji robót budowlanych przyjmuje się metodę uproszczoną opartą na stosowaniu cen jednostkowych robót).

Zawierając umowę strony powinny w sposób wyraźny określić sposób końcowego rozliczenia za wykonanie przedmiotu umowy, co w przedmiotowej sprawie strony uczyniły w § 3 powołanej wyżej umowy z dnia 17 czerwca 2014 r.

Mając na uwadze powyższe Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie stwierdza, że wykonując zamówienie publiczne pn. „Modernizacja ul. Pawiej wraz z łącznikiem do ul. 19 stycznia” wynikające z umowy Nr IGK.272.12.2014 z dnia 17 czerwca 2014 r., strony ustaliły zgodne z prawem wynagrodzenie kosztorysowe, które zostało wypłacone zgodnie z postanowieniami w/w umowy, a wykonawca realizując zamówienie nie zmienił zakresu (rodzaju) prac wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i złożonej oferty, w związku z czym w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Kolegium Izby nie został także naruszony przepis art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, określający zakaz zmian umów z zastrzeżeniem przewidzianych przez zamawiającego okoliczności zmiany umowy. Umowa o roboty budowlane, zawierająca postanowienia o wynagrodzeniu kosztorysowym i dopuszczająca wykonanie zamówienia do 110% „kwoty wyjściowej” nie wymagała podpisania aneksu do umowy albowiem w jej treści ustalony został system automatycznej /samoczynnej/ zmiany warunków zamówienia. Zakaz zmian umów o zamówienie publiczne i okoliczności zmian dopuszczone

przez ustawodawcę w art. 144 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odbierają stronom prawa wprowadzania mechanizmów zmiany wysokości wynagrodzenia chociażby w przypadkach waloryzacji ceny lub zmian wynikających z przyjętej zasady rozliczenia kosztorysem powykonawczym.

Mając na uwadze powyższe Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie postanowiło, jak w sentencji.