

Malczyce 26-03-2019 r.

**Szef Centralnego Biura**  
**Antykorupcyjnego**  
**Al. Ujazdowskie 9**  
**00 - 583 Warszawa**

W nawiązaniu do protokołu kontroli z dnia 20 marca 2019 r. dotyczącego „Kontroli przestrzegania przez Gminę Malczyce określonych przepisami prawa procedur podejmowania i realizacji decyzji związanych z przygotowaniem, udzieleniem i realizowaniem zamówienia publicznego pn. Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków w Malczycach oraz remont stacji uzdatniania wody w Malczycach, Mazurowicach, Wilczkowie oraz Dębicach” (doręczonym do Urzędu Gminy w dniu 20-03-2019 r.) składam umotywowane zastrzeżenia w zakresie wniosków kontroli ujętych w pkt. 16 Protokołu kontroli.

\_\_\_\_\_Odnosząc się do protokołu kontroli DR/61/18 wyjaśniam co następuje:

ad 1 i ad 2

Dokumentację projektowo – kosztorysową na wykonanie rozbudowy i przebudowy oczyszczalni ścieków w Malczycach opracowała firma: NBM Technologie Mroczka i Wspólnicy Spółka Jawna; 42-202 Częstochowa; ul. Bór 143/157.

Oferty na wykonanie robót budowlanych dotyczących wykonania rozbudowy i przebudowy oczyszczalni ścieków w Malczycach oraz remont stacji uzdatniania wody w Malczycach, Mazurowicach, Wilczkowie oraz Dębicach złożyło czterech Oferentów między innymi Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT sp. z o.o; ul. Bór 139; 42-202 Częstochowa.

Zdaniem Zamawiającego tj. Gminy Malczyce wszyscy Oferenci ubiegający się o udzielenie zamówienia na roboty budowlane posiadali taką samą wiedzę dotyczącą przedmiotu zamówienia.

Do specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wykonanie przedmiotu zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego włączone zostały jako załączniki: kompletny projekt budowlano – wykonawczy, przedmiary robót oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych.

Zdaniem Zamawiającego były to kompletne dokumenty niezbędne do przygotowania przez Oferentów ofert na realizację przedmiotu zamówienia. Do materiałów zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego nie zostały włączone jedynie kosztorysy inwestorskie na w/w przedmiot zamówienia, które to posłużyły Zamawiającemu do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, a do opisu przedmiotu zamówienia nic dodatkowego nie wносиły.

Zamawiający w SIWZ nie przewidział zorganizowania obowiązkowej wizji w obiektach oczyszczalni ścieków jak również stacjach uzdatniania wody, ale też nie zabronił oferentom możliwości uczestnictwa w wizji terenowej (żaden z oferentów nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem czy zapytaniem o możliwość dokonania oględzin oczyszczalni ścieków jak również stacji uzdatniania wody). Można zatem przypuszczać, że potencjalną wizją żaden z oferentów nie był zainteresowany.

Odnosząc się do zarzutu kontrolującego, że oferent tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT sp. z o.o. był w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców z faktu powiązania z firmą NBM Technologie która była autorem kompletnej dokumentacji budowlanej dotyczącej rozbudowy i przebudowy oczyszczalni ścieków w Malczycach stwierdzam, że nie jest to prawdą.

Każdy z oferentów miał tą samą wiedzę o przedmiocie zamówienia. Fakt, że przy wykonywaniu projektu budowlanego zostały udostępnione Firmie NBM Technologie dane przez Gminę Malczyce i Spółkę MUK Malczyce w postaci części projektu budowlanego dotyczącego starej istniejącej oczyszczalni ścieków jak również to, że przedstawiciele firmy NBM Technologie uczestniczyli w wizji na terenie oczyszczalni ścieków w Malczycach nie dawał żadnej dodatkowej wiedzy dla przygotowania ofert przetargowych, ponieważ odbyta wizja jak również przekazane dokumenty były pomocne w przygotowaniu dokumentacji projektowo – kosztorysowej, która w całości trafiła do wszystkich oferentów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym brak jest podstaw do twierdzenia, że nie została zachowana zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dalszej części pisma odnosząc się do pkt 16 przedmiotowego protokołu z kontroli wyjaśniam:

Na etapie opisu przedmiotu zamówienia przy tak złożonym zakresie robót opierającym się na kilku branżach nie było technicznej możliwości weryfikacji przez Zamawiającego przedmiarów robót w stosunku do projektu budowlanego przez co nie było możliwości wykrycia błędów, które wystąpiły w przedmiarach robót branży: architektura i konstrukcja.

Komisja przetargowa jak również Kierownik Zamawiającego nie podjęli działań w kierunku badania i ujawnienia udziału pracowników wykonawcy robót budowlanych w przebiegu przygotowania tej inwestycji ponieważ oferta przetargowa firmy ABT Sp. z o.o. zawierała podpisany przez uprawnioną osobę zał. nr 3 do oferty tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym że w zał. nr 3 było pouczenie o odpowiedzialności karnej za składanie nieprawdziwych zeznań uznano oświadczenie za zgodne z prawdą. Zamawiający nie miał żadnego wpływu na oświadczenia składane w toku procedowania przez osoby występujące w charakterze przedstawicieli oferentów. Zamawiającego nie dotyczy także odpowiedzialność określona w art. 297 k.k., gdyż nie on takie oświadczenia składa. Ustawodawca przewidział na tym etapie procedowania formę takiego oświadczenia wiedzy właśnie po to, aby to oświadczający ponosił odpowiedzialność za ich treść. A zatem fakt złożenia, zdaniem kontrolujących, nieprawdziwego oświadczenia przez Olgę Nocoń nie może obciążać zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający posłużył się niepodpisaną i niewiarygodną dokumentacją dotyczącą remontu stacji uzdatniania wody w Malczycach, Mazurowicach, Wilczkowie oraz Dębicach, jednakże nie jest prawdą, że Panowie: Wojciech Grabek i Paweł Patkowski nie mieli świadomości o wykorzystaniu tych opracowań przez Gminę Malczyce. Potwierdzają to zeznania ujęte w protokole przyjęcia ustnego oświadczenia z dnia 18.01.2019r ( Pana Pawła Patkowskiego) oraz z dnia 21.01.2019r. ( Pana Wojciecha Grabka). Dodatkowo pragnę zauważyć , że na stronach tytułowych wykonanego przez nich kosztorysu inwestorskiego i przedmiaru robót dotyczącego remontu stacji uzdatniania wody w Malczycach, Mazurowicach, Wilczkowie oraz Dębicach w pozycji „Inwestor” wpisali GMINĘ MALCZYCE wraz z adresem Inwestora, co oznacza, że dokumenty wykonali mając pełną świadomość dla kogo są wykonane i jakiemu celowi one służą. Poza wszystkim brak dokonanej zapłaty za wykonaną dokumentację nie jest okolicznością, która powinna być zarzutem w stosunku do zamawiającego ze strony kontrolujących. Po pierwsze bowiem, brak zapłaty za wykonane prace, przy przeniesieniu posiadania na gminę tejże dokumentacji, zgodzie na jej wykorzystanie ze strony autorów i braku stosownego dokumentu księgowego, wystawionego przez autora dokumentacji a mogącego być podstawą zapłaty, a także niekwestionowanie obowiązku zapłaty przez gminę, nie świadczy bynajmniej o tym, że nie dokonano przeniesienia własności, ale wyłącznie o zobowiązaniu do dokonania zapłaty. Po drugie, ewentualne roszczenie z tytułu braku zapłaty przysługuje samym autorom dokumentacji wobec gminy. Po trzecie, wobec braku wystawienia odpowiedniego rachunku do dnia dzisiejszego, zapłata nie może być zrealizowana bez narażenia się gminy na zarzut nieprawidłowego wydatkowania środków. Poza tym brak w tym protokołu kontroli wskazania jakich naruszeń z zakresu Ustawy o CBA dokonano i do jakich negatywnych skutków owe naruszenia doprowadziły (art. 44 u.c.b.a.).

ad 4

Kontrolujący nie wskazał jakich naruszeń prawnych dokonał zamawiający poprzez „brak ustanowienia odpowiednich regulaminów określających zasady jego funkcjonowania”. Gmina posiada wszystkie wymagane przepisami prawa regulaminy i wytyczne (np. regulamin pracy, regulamin wynagradzania, statut i regulamin organizacyjny) natomiast regulamin działania zespołu nadzoru nad realizacją inwestycji nie mieści się w tych ramach.

W zakresie zarzutu o spowodowanie szkody majątkowej w kwocie 245.466,13 zł poprzez zapłatę kwoty wyższej niż wynikała z umowy.

Gmina Malczyce za realizację przedmiotu zamówienia umowy 07/08/2017 zapłaciła wykonawcy kwotę 11.672.166,13 zł o 245.466,13 zł wyższą niż wynikała z umowy. Zgodnie z §2 tejże umowy rozliczenie z wykonawcą następować miało poprzez kosztorys powykonawczy, które jest zdefiniowane w art. 629-631 k.c. Jest to najbardziej popularny rodzaj rozliczenia stosowany przez zamawiających w płatnościach za roboty budowlane, umożliwiającą dostosowanie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Jest to wynagrodzenie opierające się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności, które występują niemal zawsze, zwłaszcza przy skomplikowanych robotach takich jak np. przebudowa oczyszczalni ścieków. W praktyce wynagrodzenie kosztorysowe de facto ustalone jest dopiero na podstawie kosztorysu powykonawczego, a więc po zakończeniu i odbiorze robót zleconych w umowie. Często

bowiem dopiero w trakcie robót wychodzą okoliczności, których nie dało się przewidzieć, lub przewidziano je w określonym przybliżeniu i w takim też przybliżeniu zostały skalkulowane do umowy. Zatem już sama konstrukcja zapisu odnośnie wynagrodzenia, wskazywała, że nie jest ono ostateczne, a jego końcowa wartość będzie ustalona po zakończeniu prac i sporządzeniu kosztorysu powykonawczego. Jak już wyżej wspomniano jest to procedura powszechna, nie budząca wątpliwości, tak u zamawiającego jak i u wykonawcy.

W trakcie robót budowlanych przewidzianych kontraktem, wyszły na jaw okoliczności, które miały wpływ na zakres robót, mianowicie w zakresie trzech obiektów budowlanych należało użyć więcej stali i wykonać więcej elementów ścian oporowych niż było to ujęte w przedmiarze robót. Jak słusznie zapisano w protokole kontroli, wykonanie tych obiektów było konieczne, aby inwestycja została zrealizowana zgodnie z projektem. Było to też konieczne, aby nie utracić dofinansowania zewnętrznego do inwestycji, czego realna groźba byłaby niewątpliwie niewspółmiernie dotkliwsza dla gminy, niż zapłata większego wynagrodzenia, które zresztą bezsprzecznie należało się wykonawcy za faktycznie zrealizowane prace. W tym zakresie nie sporządzono aneksu do umowy, gdyż zgodnie z umową aneks mógł dotyczyć tylko robót dodatkowych, a nie były to roboty dodatkowe, tylko wynikające z projektu. Zapłata podwyższonego wynagrodzenia wykonawcy, była uzasadniona, uprawniona i konieczna. Wynikała ona z kosztorysu powykonawczego i dotyczyła faktycznie wykonanych prac i to prac wyłącznie przewidzianych w projekcie. W tym zakresie nie może być mowy o szkodzie na majątku gminy, gdyż gmina nie zapłaciła za nic co nie zostało wykonane i ujęte w projekcie. Powiększona część wynagrodzenia została w całości zapłacona za wykonane prace, konieczne do wykonania, zaś w ich rezultacie powiększony został majątek gminy. Brak zatem w protokole kontroli nie tylko wskazania samej szkody, która jest wszakże uszczerbkiem majątkowym, ale i warunku sine qua non, czyli związku przyczynowego, jaki miałby do tej szkody doprowadzić, a za które to działanie winę ponoszą konkretne osoby. Wskazanie różnicy w wypłaconym wynagrodzeniu, kwotowo, w warunkach płatności dokonywanej na podstawie kosztorysu powykonawczego, jako tejże „szkody” jest dalece niewystarczające do formułowania istotnych wniosków kontroli.

Brak jest także wskazania konkretnych przepisów prawa, w tym dotyczących powstania szkody i odpowiedzialności za szkodę, które zostały naruszone działaniami Zamawiającego.

Wynagrodzenie w podwyższonej kwocie było słusznie należne wykonawcy, gdyż dotyczyło faktycznie wykonanych robót, które zostały odebrane bez zastrzeżeń przez komisję odbioru i które zostało wyliczone zgodnie z umową na podstawie kosztorysu powykonawczego.

Gdyby gmina nie zapłaciła wykonawcy wynagrodzenia wyższego niż zapisane w umowie, ten miałby uzasadnione roszczenie do Gminy, ewentualny spór cywilny w tej sprawie sąd z pewnością rozstrzygnąłby na korzyść wykonawcy, biorąc pod uwagę linię orzeczniczą sądów i wszystkie okoliczności faktyczne. Wykonawca dostał wynagrodzenie zgodnie z umową, za faktycznie zrealizowane roboty objęte zamówieniem publicznym.

Należy przy tym zaznaczyć, że gdyby błędów w przedmiarze robót nie było, gdyby ujęte w nim były właściwe ilości materiałów, to już na etapie składania ofert do przetargu, każdy z oferentów zwiększyłby wartość oferty o te niedoszacowane pozycje. W efekcie już przy podpisywaniu umowy wartość kontraktu byłaby większa o rzeczoną kwotę. Niestety, na skutek niezawinionego przez zamawiającego błędu w dokumentacji, kwestia ta wyszła na jaw dopiero w trakcie realizacji inwestycji, co jednak powoduje tylko tyle, że kwota ta

doliczona zostać musiała do kontraktu nie na samym początku, ale w trakcie jego rozliczenia. Nie ma tu jednak żadnej niezgodności z umową, gdyż właśnie taki tryb rozliczenia umowa przewidywała, ani z ogólnymi zasadami prawnymi uregulowanymi chociażby w kodeksie cywilnym. Nie ma też szkody finansowej dla Gminy, gdyż niezależnie od tego, czy błąd w przedmiarze robót był, czy by go nie było, to i tak wykonawcy przysługiwało wynagrodzenie za faktycznie wykonane i odebrane roboty, których wartość ostatecznie wyniosła 11.672.166,13 zł.

Jeśli zaś chodzi o aneks do umowy, to w przypadku opisanych wyżej powodów wzrostu wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do kwoty z umowy, nie był on konieczny, gdyż tak jak wyżej wyjaśniono, ostateczne wynagrodzenie było ustalone kosztorysem powykonawczym. Podpisanie aneksu na tę okoliczność było nie tylko niezgodną z umową (ta dopuszczała aneksowanie wynagrodzenia wyłącznie w przypadku robót dodatkowych), co wysoce szkodliwa pod względem finansowym dla Gminy (utrata części dofinansowania). Nie naruszono tym samym §11 umowy mówiącego o tym, że wszelkie zmiany umowy wymagają aneksu gdyż nie było konieczności zmiany umowy.

Z uwagi na powyższe, wnoszę o ponowne przeanalizowanie protokołu kontroli w myśl art. 45 ust. 5 u.c.b.a.

**WÓJT  
GMINY MALCZYCE**  
*Piotr Frankowski*

