

Uchwała nr 58/2014
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z dnia 9 lipca 2014 r.

**w sprawie rozpatrzenia zastrzeżenia wniesionego przez Zastępcę Prezydenta Miasta Legnica
do wniosku zawartego w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu z dnia 26 maja 2014 r.**

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a oraz art. 25b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2012 r. poz. 1113 i z 2013 r. poz. 1646), Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu

oddala

zgłoszone zastrzeżenie wniesione przez Zastępcę Prezydenta Miasta Legnica do wniosku nr 4 zawartego w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 26 maja 2014 roku.

Uzasadnienie

W wystąpieniu pokontrolnym z dnia 26 maja 2014 r. (znak: WK.60/214/K-6/14), skierowanym do Prezydenta Miasta Legnica, Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu, działając na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, wskazała na nieprawidłowości i uchybienia, stwierdzone w trakcie przeprowadzonej w okresie od 5 stycznia do 27 marca 2014 r. kontroli kompleksowej gospodarki finansowej Miasta Legnicy.

Pismem z dnia 12 czerwca 2014 r. — doręczonym Izbie 16 czerwca 2014 r. — Zastępca Prezydenta Miasta wniósł „zastrzeżenia” do pkt 4 wystąpienia pokontrolnego WK.60/214/K-6/14 z dnia 26 maja 2014 r. (data wpływu: 30.05.2014 r.).

Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu przedmiotowym wnioskiem zaleciła: „Analizowanie formalnoprawnej zgodności składanych przez wykonawców zabezpieczeń należytego wykonania umowy w formie papierowych gwarancji ubezpieczeniowych, według zawieranych umów z tymi wykonawcami w sprawach zamówień publicznych, aby należycie zabezpieczyć interesy Gminy Miejskiej Legnica, w przypadku odstąpienia od tych umów z winy wykonawcy, mając na względzie wymogi dotyczące sprawowania kontroli zarządczej określone w art. 68 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w związku z art. 69 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) jak i obowiązek ustalania przypadających Gminie należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowe podejmowanie w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania, stosownie do art. 42 ust. 5 ustawy”.

W treści pisma Zastępcy Prezydenta Miasta podnosi, że „zarzut niezabezpieczenia dostatecznie interesu gminy poprzez niezawarcie w gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 21.10.2009 r. do umowy z dnia 21.10.2009 r. jest nieprawdziwy gdyż w przedmiotowej umowie § 16 przewidziano karę umowną od wykonawcy dla zamawiającego za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy”.

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu stwierdziło, co następuje:

Pismo wniesione do Kolegium Izby przez Zastępcę Prezydenta Miasta — mimo zawarcia w nim określenia „zastrzeżenia” — nie posiada cech zastrzeżeń do wniosków pokontrolnych. Nie zawiera bowiem zarzutu naruszenia prawa przez Regionalną Izbę Obrachunkową we Wrocławiu poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, tj. podstawy wniesienia zastrzeżeń, o której mowa w art. 9 ust. 4 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych.

Podstawą zacytowanego powyżej wniosku pokontrolnego nr 4 było stwierdzone w trakcie kontroli przyjęcie tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy dotyczącego wykonania zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Cmentarza komunalnego — I etap: droga dojazdowa, Krematorium, Dom Pogrzebowy, parkingi, 32 kwatery, ogrodzenie, aleje główne i boczne” gwarancji ubezpieczeniowej, która zastrzegała prawo odmowy zapłaty należności z tytułu gwarancji w przypadkach zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty niezgodnej z projektem umowy oraz zmiany umowy w taki sposób, że ma to wpływ na odpowiedzialność gwaranta. Nastąpiło to w sytuacji, kiedy na dzień podpisania umowy o roboty z wykonawcą, tj. 21 października 2009 r., różniła się ona w jedenastu przypadkach z projektem umowy, a ponadto pięć kolejnych zmian umowy o roboty budowlane zostało dokonanych bez wiedzy gwaranta. Doprowadziło to do braku możliwości skorzystania z gwarancji, mimo rozwiązania umowy z wykonawcą robót z jego winy. W trakcie kontroli Zastępca Prezydenta Miasta złożył wyjaśnienie, że „umowa wraz z załącznikami, w tym gwarancja ubezpieczeniowa, stanowiąca zabezpieczenie należytego wykonania umowy, jest sprawdzana i parafowana przez radcę prawnego w zakresie zgodności z obowiązującymi przepisami. Podpisałem umowę przyjmując, że radca prawny nie wnosi uwag do zapisów gwarancji ubezpieczeniowej”.

Kolegium pragnie podkreślić, że w złożonym przez Zastępcę Prezydenta Miasta piśmie nie zakwestionowano prawidłowości ustaleń i nie zawarto zarzutów co do prawidłowości zastosowanych przepisów.

Składający „zastrzeżenie” nie kwestionuje prawidłowości sformułowania wniosku pokontrolnego nr 4 w zakresie prawnej oceny stanu faktycznego stanowiącego podstawę jego wydania, skupiając się na skutkach, tj. „niezabezpieczenie dostatecznie interesu gminy”, jakie w ocenie Izby wywołuje brak należytej analizy formalnoprawnej składanych przez wykonawców zabezpieczeń należytego wykonania umowy w formie papierowych gwarancji ubezpieczeniowych stosownie do zawieranych umów z tymi wykonawcami w sprawach zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego, Kolegium zwraca uwagę, że zgodnie z art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamawiający ma możliwość, bez konieczności wdawania się w spór z dłużnikiem, pokrycia przynajmniej w części swych wierzytelności. Natomiast kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy jest niezależna od innych należności. Jest to klauzula, którą strony mogą umieścić w umowie postanawiając, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy. Zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, tytułem naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, w tym również wykonania zastępczego czy zapłaty zastrzeżonej w umowie sumy (kary umownej).

W związku z powyższym, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu postanowiło jak w sentencji uchwały.

Uchwała jest ostateczna i nie przysługuje na nią skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Zastępca Przewodniczącego Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu

Marek Głód