

Uchwała Nr 34/2006
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z 22 marca 2006 roku

**w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń Dyrektora Dolnośląskiego Zarządu Dróg
Wojewódzkich we Wrocławiu do wniosków pokontrolnych zawartych
w wystąpieniu pokontrolnym Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z 2 lutego 2006 r.**

Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5a oraz art. 25 b ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jednolity Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 ze zm.), Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu w wyniku rozpatrzenia powołanego na wstępie zastrzeżenia postanawia:

§ 1.

1. Oddalić w całości zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 2 i nr 6, zawartych w wystąpieniu pokontrolnym złożone przez Dyrektora Dolnośląskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich we Wrocławiu.
2. Uznać za zasadne zastrzeżenia złożone do wniosku pokontrolnego nr 4.

§ 2.

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie

Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu w wystąpieniu pokontrolnym z 2 lutego 2006 roku (znak: WK.660/DS./K- 44/05), skierowanym do Dyrektora Dolnośląskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich we Wrocławiu, działając na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy z 7 października 1992 roku o regionalnych izbach obrachunkowych wskazała na nieprawidłowości i uchybienia szczegółowo opisane w protokole kontroli.

Dyrektor Dolnośląskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich we Wrocławiu pismem z 20 lutego 2005 roku, nr DZDW/NW/041/6/05 wniósł zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych nr 2, nr 4 i nr 6.

Przedmiotowymi wnioskami zalecono:

- „2. Bezwzględne realizowanie uprawnień w zakresie naliczania i egzekwowania kar umownych od wykonawców niedotrzymujących terminów określonych w zawartych umowach.
4. Korzystanie, z wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, poz. 177 z późn. zm), prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień od oferenta, w sytuacji stwierdzenia omyłek w złożonych ofertach, których charakter oraz okoliczności w jakich do nich doszło wskazują na konieczność ich sprostowania ze względu na faktyczne zamiary oferenta co do sposobu wykonywania robót i rodzaju użytych materiałów, w szczególności w sytuacjach, gdy niesprostowanie omyłki może prowadzić do wydatkowania środków publicznych bez zachowania zasad określonych w art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104).
6. Bezwzględne przestrzeganie obowiązków dokonywania wydatków na ubezpieczenia z zachowaniem zasad określonych w art. art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104) oraz żądanie okazania zgodnego z prawem pełnomocnictwa od osób reprezentujących strony podczas zawierania umów.”

Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej, dokonując oceny wniesionych zastrzeżeń przez Dyrektora Dolnośląskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich we Wrocławiu (dalej jako DZDW) i przedstawionych na ich poparcie argumentów, stwierdza co następuje:

Wniosek nr 2 sformułowany został w związku ze stwierdzonymi w trakcie kontroli nieprawidłowościami (protokół kontroli str. 6 i nst. wraz załącznikami

wymienionymi na tych stronach) polegającymi na tym, że DZDW odstąpił od naliczania i egzekwowania kar umownych za nieterminowe wykonanie przez spółkę ABM robót poprawkowych, do których wykonania w terminie do 31 maja 2005 roku spółka została zobowiązana zapisem w sporządzonym 31 stycznia 2005 roku protokole odbioru odnowy nawierzchni i oznakowania poziomego dróg wojewódzkich na odcinku Tomisław – Osiecznica i Osiecznica – Dobra, powierzonej jej umową z 23 listopada 2004 roku. Umową z 23 listopada 2004 r. zawartą na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych zlecono firmie ABM wykonanie robót dodatkowych nie przewidzianych w podstawowej umowie z 19 sierpnia 2004 r. nr DZDW/NP/353/1/67/2004. Odbioru końcowego robót dokonano 31 stycznia 2005 r. W protokole stwierdzono m.in.: „14. W odbieranych robotach ujawniono nedoróbki oraz usterki kwalifikujące się do usunięcia – wykaz robót poprawkowych stanowi załącznik nr 3. W punkcie 15 protokołu Komisja odbioru postanawia: odebrać zakończone elementy i dopuścić do wstępnej eksploatacji. (...)”. Decyzją z dnia 14 czerwca 2005 r. powołano Komisję odbioru robót poprawkowych.

Komisja ta 23 czerwca 2005 roku sporządziła notatkę służbową, w której stwierdzono, że roboty zostały wykonane nieprawidłowo i wezwano wykonawcę do zakończenia robót poprawkowych w terminie do 10 lipca 2005 r. W ocenie kontrolujących wyznaczenie kolejnego terminu, w świetle postanowień zawartej umowy, nie zwalniało zamawiającego od naliczania wykonawcy kar umownych od dnia 1 czerwca 2005 roku. Zgodnie z § 10 ust. 2 umowy, kara umowna za nieterminowe usunięcie wad, wynosząca 0,5% wartości umownej brutto za każdy dzień zwłoki, stanowiła kwotę 18.072,64 zł.

Kolejny termin wykonania robót poprawkowych również nie został dotrzymany (z dokumentacji wynika, że powodem były między innymi złe warunki atmosferyczne) i roboty te zostały zakończone 9 sierpnia 2005 roku, a odebrano je 29 sierpnia 2005 roku. W sporządzonym tego dnia protokole komisja stwierdziła, że roboty zostały wykonane terminowo, co było niezgodne z notatką sporządzoną przez tę samą komisję 23 czerwca 2005 roku.

W dokumentacji zadania oraz w złożonych wyjaśnieniach brak udokumentowania przyczyn niewykonania przez firmę ABM robót poprawkowych w terminie do 31 maja 2005 roku, które zwalniałyby wykonawcę z obowiązku zapłaty kar umownych a DZDW z obowiązku ich naliczania i egzekwowania.

Protokół kontroli podpisany został bez zastrzeżeń i wbrew jego treści składając zastrzeżenia do wniosków pokontrolnych Dyrektor DZDW stwierdził, że wynikające z umowy z ABM wszystkie terminy i roboty zostały wykonane zgodnie z jej postanowieniami. Podniósł, iż „Ani w przypadku wykonywania robót objętych umową ani w przypadku usuwania po terminie umownym tj. 30.06.2005 r. usterek stwierdzonych przez komisję odbioru w notatce z dnia 23.06.2005 r. wykonawca nigdy nie był w zwłoce wobec zamawiającego”. Prawdłowo przytoczył brzmienie art. 486 § 2 Kodeksu cywilnego, jednakże niewłaściwie zastosował go do stanu faktycznego ustalonego w trakcie kontroli. W świetle prawa cywilnego dłużnik powinien spełnić świadczenie w terminie oznaczonym w umowie albo wynikającym z właściwości zobowiązania, bądź - w braku tych kryteriów - niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela (art. 476 w zw. z art. 455 k.c.). Niespełnienie świadczenia w tak określonym czasie oznacza zwłokę dłużnika jako szczególną postać niewykonania zobowiązania. Zgodnie z art. 471 k.c. *„Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.”* Z kolei zgodnie z art. 483 § 1 k.c. *„Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).”*

Z protokołu kontroli wynika, iż zarówno w umowie z dnia 19 sierpnia 2004 r. jak i umowie z 23 listopada 2004 r. strony przewidziały, że obowiązującą je formą odszkodowania będą kary umowne (odpowiednio § 11 i § 10 umów). W orzecznictwie sądowym poświęconym tym zagadnieniom odnajdziemy np. twierdzenie, że: *“1. Kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek*

niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody".

Powyższa wykładnia nie wyłącza represyjnego charakteru kary umownej. Należy bowiem zauważyć, że element represji wyraża się w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zd. 1 k.c.). Zatem wierzyciel, nawet jeżeli poniósł niewielki uszczerbek majątkowy związany z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, może żądać zapłaty kwoty ustalonej w umowie. Jedynie w sytuacjach szczególnych, tzn. wtedy, gdy zobowiązanie w znacznej części zostało wykonane lub gdy kara umowna jest rażąca wygórowana, możliwe jest miarkowanie kary umownej (art. 484 § 2 k.c.) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z 17 czerwca 2003 r., sygn. akt II CKN 122/01, publ. Lex nr 141400.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż podniesione przez Dyrektora DZDW zastrzeżenia w tym zakresie nie znajdują uzasadnienia, a wnioski wynikające z ustaleń kontroli są poprawne.

W zakresie zastrzeżeń wniesionych do wniosku nr 4: po zapoznaniu się z treścią protokołu kontroli wraz z wyjaśnieniami złożonymi w trakcie kontroli, Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu stwierdza, że wniesione zastrzeżenia są zasadne.

W zakresie zastrzeżeń wniesionych do wniosku nr 6 należy stwierdzić, co następuje:

Zastrzeżenie sformułowano w związku z ustaleniem, że w DZDW doszło do zawarcia umowy ubezpieczenia ze składką stanowiącą 80% sumy gwarancyjnej.

Inspektorzy ustalili, że DZDW zawarło, przy współudziale Centrum Brokerskiego NEO (dawniej „JARGO”) umowę podpisaną 29 czerwca 2005 roku z KU FILAR Delegatura we Wrocławiu, na ubezpieczenie mienia oraz odpowiedzialności cywilnej w okresie rocznym z łączną składką 362 554 zł, w tym 238 550 zł wynosiła składka za ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną 300 000 zł, podczas gdy w 2004 roku za roczne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną 200 000 zł zapłacono składkę w kwocie 100 100 zł. Oznacza to, że przy wzroście składki o 138%, to jest o kwotę 138 450 zł uzyskano wzrost sumy gwarancyjnej o 50%, to jest o kwotę 100 000 zł. Na tej podstawie inspektorzy stwierdzili, że wydatki na ubezpieczenia zawarte w 2005 roku dokonane były z naruszeniem, określonych w art. 28 ust. 3 pkt 1 ustawy z 26 listopada 1998 roku o finansach publicznych, obowiązków dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Z powyższym nie zgadza się zgłaszający zastrzeżenia, argumentując, że nie można traktować rozłącznie przepisów dot. dokonywania wydatków (art. 28 ust. 3) i stosowania przepisów dot. zamówień publicznych (art. 28 ust. 4 ustawy z 26 listopada 1998 r.). W uzasadnieniu stwierdził m.in., iż: “Ograniczenie się tylko do przepisu art. 28 ust. 3 pkt 1 narażając się na nieprzestrzeganie art. 28 ust. 4 i nieprzestrzeganie przepisów o zamówieniach publicznych jest niedopuszczalne.” W konkluzji zastrzeżeń podniósł, że: “Nie można wywodzić więc naruszenia przepisów art. 28 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych, skoro do zawarcia umowy doszło w wyniku zastosowania procedury zamówień publicznych i nie zostały naruszone przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Kolegium nie podziela ww. poglądu, bowiem obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przy udzielaniu zamówień na usługi, nie wyklucza stosowania zasad gospodarki finansowej określonych w ust. 3 art. 35 ustawy z 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych.

Głównym celem prawa zamówień publicznych jest wprowadzenie mechanizmów sprzyjających racjonalnemu, efektywnemu i uczciwemu gospodarowaniu środkami publicznymi przez stworzenie jasnego i przejrzystego systemu zamówień publicznych.

Wyrazem powyższego są m.in. postanowienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzieleniu zamówienia jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oznacza to, że w każdym przypadku zamawiający obowiązany jest do dokonania analizy ekonomicznej uzasadniającej ewentualne zwiększenie środków, które pierwotnie przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, iż zawarcie umowy ubezpieczenia, na warunkach określonych w opracowanym przez Kancelarię Brokerską opisie przedmiotu zamówienia, w której składka za ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej stanowiła 80%, sumy gwarancyjnej, nie spełniało wymogów określonych zarówno przez Prawo zamówień publicznych, jak też nie czyniło zadość wymaganiom ustawy o finansach publicznych o dokonywaniu wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Uchwała jest ostateczna i nie przysługuje na nią skarga.



Zastępca Przewodniczącego Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu

/-/ mgr Grażyna Kulikowska