

p. E. Piłkarska
Może o przepok.
jw, celu ulowy
23.12.2016.



Z D I U M
ZARZĄD DRÓG I UTRZYMANIA MIASTA

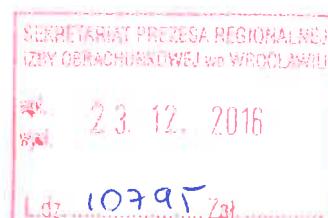
Wrocław, dnia 2016-12-22

Hanus

**Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu
ul. Ofiar Oświęcimskich 5
50-069 Wrocław**

za pośrednictwem

**Pani Lucyncy Hanus
Prezesa Regionalnej Izby
Obrachunkowej we Wrocławiu
ul. Ofiar Oświęcimskich 5
50-069 Wrocław**



Numer pisma: NXXO.0911.3.119844. *124196* .2016.MM

Dotyczy: Wystąpienia pokontrolnego Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 6 grudnia 2016 r.

W odpowiedzi na Wystąpienie pokontrolne Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 6 grudnia 2016 r., znak WK.WR.40.46.2016.437.J-1 (otrzymane w dniu 12 grudnia 2016 r.) wskazuję:

- 1) w Wystąpieniu pokontrolnym Kontrolujący zarzucił naruszenie art. 14 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks Postępowania Administracyjnego (Dz.U. z 2016 poz. 23 z późn. zm., dalej: kpa) ustalającego zasadę pisemności przy załatwianiu spraw, wyprowadzając z tego wniosek pokontrolny wskazany w pkt 11 – stosowanie zasady pisemności w zakresie realizacji umów z wykonawcami zamówień publicznych, w szczególności pisemnego dokumentowania usunięcia zgłaszanych wad i usterek, stosownie do art. 14 kpa.

W zakresie tego zarzutu oraz wniosku pokontrolnego składam zastrzeżenie stawiając zarzut naruszenia prawa, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie.

Wskazany przepis zawarty w kpa dotyczy załatwiania spraw, do których zastosowanie ma w/w ustawa, katalog tych spraw określony został w art. 1 kpa. Wspólną cechą postępowań, do których stosuje się przepisy kpa, jest to, że dotyczą one przede wszystkim administracji publicznej i odnoszą się do stosowania normy administracyjnego prawa materialnego. Przez "załatwienie sprawy" należy rozumieć rozstrzygnięcie sprawy decyzją administracyjną, chyba że przepisy kpa stanowią inaczej (art. 104 § 1) /tak: Jaśkowska Małgorzata, Wróbel Andrzej, Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego/.

Natomiast umowy zawierane z Wykonawcami wybieranymi w trybie ustawy prawo zamówień publicznych stanowią umowy cywilnoprawne i przepisy kpa nie mają do nich zastosowania;

- 2) w Wystąpieniu pokontrolnym Kontrolujący zarzucił naruszenie § 42 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 18 stycznia 2011 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych (Dz.U. Nr 14, poz. 67 ze zm.) ustalającego zasadę umieszczania i wypełniania pieczęci wpływu na pierwszej stronie pisma, wyprowadzając z tego wniosek pokontrolny wskazany w pkt 12 - dokumentowanie daty wpływu do ZDiUM dokumentacji związanej z postępowaniami przetargowymi, stosownie do § 42 ust. 2 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 18 stycznia 2011 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej, jednolitych rzeczowych wykazów akt oraz instrukcji w sprawie organizacji i zakresu działania archiwów zakładowych.

W zakresie tego zarzutu oraz wniosku pokontrolnego składam zastrzeżenie stawiając zarzut naruszenia prawa, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie.

W/w rozporządzenie swoim zakresem nie obejmuje samorządowych jednostek organizacyjnych, takich jak Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu (dalej ZDiUM). Natomiast w ZDiUM obowiązuje Instrukcja kancelaryjna określona przez kierownika jednostki, po zatwierdzeniu przez Archiwum Państwowe we Wrocławiu, na podstawie art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. z 2016 r., poz. 1506). Instrukcja kancelaryjna została wprowadzona do stosowania zarządzeniem nr 1/12 z dnia 5 stycznia 2012 r.

Zgodnie z zapisami Instrukcji kancelaryjnej ZDiUM: „2. Przesyłki wpływające są opatrzone pieczęcią wpływu, która zawiera nazwę jednostki organizacyjnej, datę otrzymania korespondencji oraz kolejny numer z rejestru. Pieczęć wpływu umieszcza się na stronie pisma przewodniego w lewej górnej części.”;

- 3) w Wystąpieniu pokontrolnym Kontrolujący zarzucił, iż Zamawiający nie obciążył Wykonawcy zamówienia pn. „Budowa chodnika w ciągu ul. Maślickiej we Wrocławiu na odcinku od ronda przy ul. Królewieckiej do skrzyżowania z ul. Rędzińską” karami umownymi z tytułu niewykonania części prac oraz nieusunięcia usterek w terminach wskazanych w kolejnych protokołach odbioru, sporządzonych od 18 grudnia 2015 r. do 29 lipca 2016 r., a nieustalenie kar stanowiło naruszenie art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych. W oparciu o ten zarzut przedstawiono w pkt 13c wystąpienia pokontrolnego wnioski pokontrolny wskazujący na konieczność podjęcia działań w stosunku do Wykonawcy w/w zamówienia w przedmiocie należnych ZDiUM kar umownych oraz o ich skutkach, w tym finansowych.

Składam zastrzeżenie co do wyżej opisanej oceny prawnej zawartej w Wystąpieniu pokontrolnym i sformułowanego na tej podstawie wniosku pokontrolnego.

W ocenie ZDiUM z postanowień zawartej umowy oraz protokołów odbioru nie można wyprowadzić oceny prawnej jakiej dokonał Kontrolujący. W umowie wskazano, iż kara umowna należąca jest za nieusunięcie wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego, ostatecznego oraz w okresie rękojmi/gwarancji. Tymczasem w protokole końcowym z dnia 18 grudnia 2015 r. nie ma wzmianki o wadach, co więcej jest wprost wskazane: „Roboty wykonano w terminie i nie zostanie naliczona kara umowna.”. Pojawiły się natomiast uwagi członków komisji, nazwane dalej usterkami. Wprawdzie w przepisach prawa brak jest definicji usterki, jednakże te dwa pojęcia - wady i usterki, są powszechnie stosowane, jako określenia dwóch różnych sytuacji i nie są to pojęcia tożsame. Stąd nie można dokonać oceny prawnej zapisów umowy oraz protokołów i przyjąć, że opisane tam usterki nakładały na Zamawiającego obowiązek naliczenia kar umownych za wady, nie było to

bowiem odstępstwo od zawartej umowy. O nieprawidłowości oceny prawnej Kontrolującego świadczy również fakt, że Zamawiający zgodnie z warunkami umowy (§10 Sposób rozliczenia), traktując protokół końcowy z dnia 18 grudnia 2015 r., również jako protokół ostateczny, wobec braku wad zgłoszonych w odbiorze końcowym, dokonał płatności na rzecz Wykonawcy w oparciu o ten właśnie protokół. Czynność ta nie została zakwestionowana przez Kontrolującego, choć w jego ocenie protokół ostateczny potwierdzający usunięcie wad sporządzono dopiero 4 maja 2016 r. Wprawdzie kolejne przeglądy było omyłkowo sporządzane na drukach protokołów ostatecznych i pojawiały się tam stwierdzenia, iż zostaną naliczone kary umowne za nieusunięcie usterek, ale z okoliczności tej nie można wyprowadzić oceny prawnej, iż mamy do czynienia z nieusunięciem wad stwierdzonych w czasie odbioru końcowego (ostatecznego). Pracownik Zamawiającego dokumentując kolejne przeglądy z realizacji uwag wpisanych do protokołu odbioru końcowego na gotowym formularzu protokołu ostatecznego odbioru robót popełnił omyłkę stosując gotowe szablony, a zapisy dotyczące naliczenia kar za niewykonanie zaleceń nie mają podstawy prawnej wg zrealizowanej umowy. Wskazane w protokole odbioru końcowego z dnia 18 grudnia 2015 r. uwagi członków komisji, dalej zwane usterkami, nie stanowiły wad przedmiotu umowy, który został przez Zamawiającego odebrany i udostępniony do użytkowania, a Wykonawca otrzymał wynagrodzenie.

Z uwagi na powyższe wnoszę o uwzględnienie złożonego zastrzeżenia poprzez:

- usunięcie z Wystąpienia pokontrolnego (strona 6) zapisu, iż Zamawiający nie obciążył Wykonawcy zamówienia dot. powołanej budowy chodnika karami umownymi z tytułu niewykonania części prac oraz nieusunięcia usterek w terminach wskazanych w kolejnych protokołach odbioru, sporządzonych od 18 grudnia 2015 r. do 29 lipca 2016 r., a nieustalenie kar stanowiło naruszenie art. 42 ust 5 ustawy o finansach publicznych,
- zmianę wniosku pokontrolnego wskazanego w pkt 13c Wystąpienia pokontrolnego nakazującego poinformowanie o działaniach podjętych w stosunku do Wykonawcy w przedmiocie należnych ZDiUM kar umownych, na zalecenie przeprowadzenia przeglądu zasad przeprowadzania odbiorów robót oraz sposobu sporządzania protokołów odbioru, celem doprecyzowania ich zapisów w kontekście zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od uwag zgłoszonych do wniosków pokontrolnych Kontrolowany informuje, iż jego zamiarem jest podjęcie stosowych działań zmierzających do wyegzekwowania przestrzegania przez pracowników ZDiUM zasady pisemności przy realizacji umów z Wykonawcami, w tym poprawnego sporządzania protokołów odbioru (wniosek nr 11) oraz dokumentowania dat wpływu pism związanych z postępowaniem przetargowym (wniosek nr 12).

Ponadto wnoszę o sprostowanie oczywistych omyłek w treści Wystąpienia pokontrolnego w następujących punktach:

- 1) strona 5, pierwszy tiret od góry – treść drugiego zdania brzmi: „Zgodnie z protokołem odbioru końcowego Zamawiający odebrał roboty nie wnosząc uwag 12 listopada 2015 r. a zwrotu zabezpieczenia dokonał 17 grudnia 2016 r., po pisemnym wezwaniu przez Wykonawcę do jego dokonania, wystosowanym do Zamawiającego pismem z 14 grudnia 2015 r.,”, a powinno być: „Zgodnie z protokołem odbioru końcowego Zamawiający odebrał roboty nie wnosząc uwag 12 listopada 2015 r. a zwrotu zabezpieczenia dokonał **17 grudnia 2015 r.**, po pisemnym wezwaniu przez

Wykonawcę do jego dokonania, wystosowanym do Zamawiającego pismem z 14 grudnia 2015 r.,”;

- 2) strona 5, czwarty tiret od góry – treść pierwszego zdania brzmi: „Zamawiający powinien zwrócić Wykonawcy zamówienia pn. „Przebudowa ulic w celu wyznaczenia trasy rowerowej w ciągu ul. Kościuszki i ul. Stawowej we Wrocławiu” kwotę 5.950,03 zł stanowiącą 70% wniesionego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania najpóźniej do 24 sierpnia 2015 r., tj. w terminie do 30 dni od daty odbioru końcowego co miało miejsce 24 lipca 2015 r.”, a powinno być: „Zamawiający powinien zwrócić Wykonawcy zamówienia pn. „**Dostawa i wymiana 17 bram garażowych znajdujących się na terenie Zarządu Dróg i Utrzymania we Wrocławiu przy ul. Długiej 49**” kwotę 5.950,03 zł stanowiącą 70% wniesionego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania najpóźniej do 24 sierpnia 2015 r., tj. w terminie do 30 dni od daty odbioru końcowego co miało miejsce 24 lipca 2015 r.”;
- 3) strona 9, punkt 13 – treść litery a brzmi: „a) zwrotu przez Wykonawcę zamówienia pn. „Przebudowa ulic w celu wyznaczenia trasy rowerowej w ciągu ul. Kościuszki i ul. Stawowej we Wrocławiu” nienależnie zwróconej kwoty przez ZDiUM kwoty 2.550,01 zł stanowiącej 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy TXZ/NXO/064/60/2015 z 2 marca 2015 r.”, a powinno być: „a) zwrotu przez Wykonawcę zamówienia pn. „**Dostawa i wymiana 17 bram garażowych znajdujących się na terenie Zarządu Dróg i Utrzymania we Wrocławiu przy ul. Długiej 49**” nienależnie zwróconej kwoty przez ZDiUM kwoty 2.550,01 zł stanowiącej 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy TXZ/NXO/064/60/2015 z 2 marca 2015 r.”.

Z poważaniem

DYREKTOR

Sławomir Gonciarz

Sprawę prowadzi: Monika Maj, tel. 71 376 00 14

Otrzymują:

1. Adresat
2. NXXO- a/a

Do wiadomości:

1. Pan Rafał Dutkiewicz Prezydent Wrocławia