

Informacja pokontrolna nr 25/2023/Z
z dnia 19.04.2023 r.

w sprawie procedury zawarcia aneksu do umowy o zamówienie publiczne dla zadania objętego Projektem, do którego stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych

po weryfikacji zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr 25/2023 z dnia 10.03.2023 r. przekazanych przez Beneficjenta w dniu 27.03.2023 r.

I. PODSTAWOWE INFORMACJE:

1. **Jednostka kontrolująca:** Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach.
2. **Nazwa i adres Beneficjenta:** Gliwice – Miasto na prawach powiatu, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice.
3. **Projekt:**
 - 1) **Nazwa:** „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice – II”;
 - 2) **Oś priorytetowa:** POIS.01.00.00 – Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020;
Działanie 1.7: „Kompleksowa likwidacja niskiej emisji na terenie konurbacji śląsko-dąbrowskiej”;
 - 3) **Poddziałanie 1.7.1:** Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w województwie śląskim;
 - 4) **Numer projektu w SL 2014:** POIS.01.07.01-00-0043/19.
4. **Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 8/2020 zawarta w dniu 20.03.2020 r.
5. **Aneks objęty kontrolą:** Aneks nr 05/20/TT z dnia 11.02.2020 r. do umowy nr 154/19/TT z dnia 02.09.2019 r. zawarty pomiędzy Zarządem Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. działającym w imieniu Miasta Gliwice na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Nr 2019/7697/C/PM z dnia 04.04.2019 r., reprezentowanym przez mgr inż. Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu, a Teodorem Badiurą prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Instalacyjno Budowlane BAD-BUD Teodor Badiura.
6. **Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli:**
 - 1) Umowa nr 2/MG-WFOŚiGW Katowice/2014 w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” na lata 2014-2020 z dnia 18 grudnia 2014 r. zawarta pomiędzy Ministrem Energii a Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach, z późniejszymi zmianami;
 - 2) Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818 t.j.);
 - 3) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 t.j.);
 - 4) Wytoczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 22 sierpnia 2019 r.;
 - 5) Wytoczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 3 marca 2018 r.;
 - 6) Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń z dnia 3 lipca 2020 r.;

- 7) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971 t.j.), *tzw. „taryfikator”*;
 - 8) Decyzja C(2019) 3452 ustanawiająca wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych;
 - 9) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w § 13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
 - 10) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 25 listopada 2022 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola doraźna ex-post.
8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0043.2019.KP.MM.25.01 z dnia 07.02.2023 r. Kontrolę wszczęto w dniu 22.02.2023 r. i zakończono w dniu 19.04.2023 r. po rozpatrzeniu zastrzeżeń.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
- 1) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 22.02.2023 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 22.02.2023 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach,
 - 2) zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej nr 25/2023 z dnia 10.03.2023 r. przekazane przez Beneficjenta w dniu 29.03.2023 r. (pismo z dnia 27.03.2023 r.),
 - 3) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 14.04.2023 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 13.04.2023 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach.

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanej umowy – z istotnymi zastrzeżeniami.

1. Analiza stanu prawnego i faktycznego

W dniu 02.09.2019 r. Beneficjent zawarł Umowę nr 154/19/TT na realizację robót budowlanych pn. „Wykonanie termomodernizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Lipowej 15 w Gliwicach z jednoczesnym jego podłączeniem do miejskiej sieci ciepłowniczej wraz z wykonaniem instalacji centralnego ogrzewania, adaptacją pomieszczenia na pomieszczenie wymiennikowni, wydzieleniem pomieszczeń łazienek, przebudową instalacji gazowej oraz likwidacją nieekologicznych urządzeń na paliwo stałe”.

Zgodnie z § 1 pkt 3 Umowy termin realizacji zamówienia został wyznaczony na dzień 20.02.2020 r.

Dnia 11.01.2020 r. spisano protokół konieczności, w którym stwierdzona została konieczność wykonania robót dodatkowych polegających na wymianie belki stropowej w mieszkaniu nr 5. Okoliczność ta została potwierdzona przez projektanta wpisem w dzienniku

budowy. W związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych prace objęte pierwotną umową zostały wstrzymane na sześć dni.

W dniu 05.02.2020 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu końcowego wykonania robót do dnia 20.04.2020 r. Wykonawca wskazał, iż:

Proszę tym motywując specyficznym zakresem robót polegającym na zamianie usytuowania łazienek i kuchni w mieszkaniach. Uniemożliwia to funkcjonowanie w lokalach. W związku z czym lokatorzy zmuszeni byli poszukać lokali zastępczych (np. u rodziny) na czas wykonywania robót. W związku z tym lokatorzy nie wyrażali zgody na rozpoczęcie robót w okresie świąteczno-noworocznym. Prace w mieszkaniach musiały zakończyć się w połowie grudnia 2019 r. i mogły zostać wznowione dopiero po 7 stycznia 2020 r. Lokatorzy w dalszym ciągu odwołują możliwość wejścia do niektórych mieszkań, ponieważ muszą zaplanować urlop lub przeniesienie do innego lokalu.

W dniu 11.02.2020 r. podpisany został Aneks nr 05/20/TT, na mocy którego termin realizacji zamówienia został zmieniony na dzień 20.04.2020 r.

W złożonych w toku kontroli wyjaśnieniach Beneficjent jako podstawę prawną kontrolowanego Aneksu wskazał art. 144 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, powołując się przy tym na § 16 ust. 2 pkt 2.3.a) wzoru umowy – Istotnych postanowień umownych - § 16 ppkt 2.3.a) Umowy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Instytucja Wdrażająca stwierdziła:

2. Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych

Ustalenia I

Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych skutkujących wystąpieniem nieprawidłowości mogących skutkować pomniejszeniem wartości wydatków kwalifikowalnych:

- **Naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie

Kwestia dopuszczalności zmiany umowy o udzielenia zamówienia publicznego została uregulowana w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wyszczególnionych w punktach 1-6.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż dopuszczalne są zmiany umowy, jeżeli zostały one przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Zakres wprowadzania zmian jest limitowany postanowieniami art. 144 ust. 1b, który stanowi, że zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w § 16 wzoru umowy - Istotnych postanowieniach umownych, stanowiącym załącznik nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zapis ten w niezmienionym kształcie znalazł się w § 16 Umowy nr 154/19/TT.

Beneficjent, uzasadniając zmianę umowy powołał się na § 16 ust. 2 pkt 2.3.a) wzoru umowy – Istotnych postanowień umownych - § 16 ppkt 2.3.a) Umowy, w następującym brzmieniu:

2. Przewiduje się również następujące możliwości dokonania istotnej zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w przypadku wystąpienia co najmniej okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem podanych warunków ich wprowadzania:

2.3. Zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku:

a) Konieczności przesunięcia terminu przekazania terenu budowy lub wystąpienia przeszkody o charakterze „siły wyższej”, która uniemożliwia realizację robót w pierwotnym terminie. Pojęcie „siła wyższa” oznacza wydarzenie zewnętrzne, nieprzewidywalne, nieoczekiwane i poza kontrolą stron niniejszej umowy, występujące po podpisaniu umowy, przy czym Wykonawca lub Pełnomocnik Zamawiającego/Zarządca mogą powołać się na zaistnienie siły wyższej tylko wtedy, gdy poinformują drugą stronę pisemnie w ciągu 3 dni od jej zaistnienia.

Jak wynika ze złożonego przez wykonawcę wniosku, podstawą faktyczną przedłużenia terminu realizacji umowy był brak zgody lokatorów na przeprowadzanie prac remontowych w lokalach mieszkalnych w okresie świąteczno-noworocznym oraz konieczność wykonania prac dodatkowych i zamiennych.

W toku kontroli Beneficjent w żaden sposób nie uzasadnił stwierdzenia, iż okoliczności, na które powołał się wykonawca mieszczą się w przesłance zmiany terminu określonej w § 16 ppkt 2.3.a) Umowy. Instytucja Wdrażająca również nie znajduje uzasadnienia dla tego stanowiska.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, iż opisane powyżej okoliczności faktyczne nie uprawniały stron do zmiany terminu realizacji umowy na podstawie § 16 ppkt 2.3.a) Umowy.

Po analizie zapisów zawartych w badanych dokumentach, uznaje się, iż zawarcie w dniu 11.02.2020 r. Aneksu nr 05/20/TT do umowy nr 154/19/TT z dnia 02.09.2019 r. zostało przeprowadzone niezgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Instytucji Wdrażającej wyżej opisane naruszenie pozwala na zidentyfikowanie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013r. ze zmianami).

Zgodnie z definicją zawartą w przedmiotowym przepisie, nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Dla stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie następujących przesłanek:

- 1) naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- 2) ww. naruszenie wynika z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI,
- 3) naruszenie ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Jak wykazano powyżej Zamawiający dokonał zmiany umowy z naruszeniem dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Bezsprzeczne jest również, iż stwierdzone naruszenie wynikało z czynności podjętych przez Beneficjenta.

Przechodząc natomiast do kwestii szkody przytoczyć należy utrwalone w orzecznictwie stanowisko, iż *szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego. (...) Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej.*¹

Powyższe prowadzi do wniosku, iż skutkiem działania Beneficjenta było finansowanie nieuzasadnionego wydatku, tj. wydatku poniesionego przez budżet UE z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, do stosowania których Beneficjent się zobowiązał w umowie o dofinansowanie.

W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego został wyrażony pogląd, iż *nie chodzi o spowodowanie szkody rzeczywistej, wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Szkada taka nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie, a brak jest okoliczności, które wykluczyłyby wpływ uchybienia na budżet odnośnego funduszu.*²

Instytucja Wdrażająca nie znajduje okoliczności, która mogłaby świadczyć o tym, iż stwierdzone naruszenie nie wywołało negatywnych skutków budżetowych. Termin realizacji zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów, branych pod uwagę przez wykonawców na etapie podejmowania decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu. Niewątpliwie ma on również wpływ na treść składanych ofert. Na mocy kontrolowanego aneksu pierwotny termin realizacji zamówienia, wynoszący 171 dni, został przedłużony o 59 dni (co stanowi 34,5% terminu przewidzianego w umowie). Wyznaczenie dłuższego terminu wykonania przedmiotu zamówienia (lub inny sposób opisanie możliwości jego zmiany) na etapie ogłoszenia postępowania co najmniej mogło skutkować złożeniem ofert także przez innych wykonawców, jak również co najmniej mogło wpłynąć na inną treść złożonych ofert.

W świetle powyższego, zaistniały stan faktyczny w pełni wyczerpuje definicję nieprawidłowości.

Na mocy art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 lub 11 niniejszego artykułu.

Art. 24 ust. 9 wyżej przywołanej ustawy zobowiązuje instytucję zatwierdzającą wniosek o płatność do dokonania korekty/pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowanych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15

² Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017r. o sygnaturze II GSK 342/16

W dniu 14 maja 2019 r. Komisja Europejska wydała Decyzję C(2019) 3452 ustanawiającą wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych, która znajduje zastosowanie do kontroli wszczętych po dniu jej przyjęcia.

W pozycji 23 Załącznika do niniejszej Decyzji opisana została postać stwierdzonego naruszenia, polegająca na wprowadzeniu istotnej modyfikacji elementów zamówienia (m.in. ceny, charakteru robót budowlanych, czasu realizacji, warunków płatności, stosowanych materiałów), jeżeli modyfikacja ta powoduje, że realizowane zamówienie różni się zasadniczo charakterem od pierwotnie udzielonego zamówienia (kolumna 4 pkt 2), za które stawka korekty/pomniejszenia wynosi 25% wartości pierwotnego zamówienia oraz nowych prac budowlanych/dostaw/usług (jeżeli takie istnieją) wynikających z modyfikacji.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż przedmiotowa kontrola została wszczęta po dniu opublikowania niniejszej Decyzji, Instytucja Wdrażająca doszła do przekonania, iż możliwe jest zastosowanie do stwierdzonego naruszenia stawki korekty/pomniejszenia w wysokości określonej w Załączniku do Decyzji.

W dniu 29.03.2023 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

W ocenie Beneficjenta zdarzenia, które wystąpiły w czasie trwania umowy, tj.:

1. konieczność wykonania robót dodatkowych opisanych w protokole konieczności z dnia 11.01.2020 r. i piśmie Wykonawcy z dnia 5.02.2020 r.
2. czasowy brak frontu robót wynikający z braku udostępnienia lokali, w których w ramach wykonywanych robót zmieniono usytuowanie łazienek i kuchni opisany w piśmie Wykonawcy z dnia 5.02.2020 r.,
3. konieczność wymiany drzwi głównych budynku opisana w piśmie Wykonawcy z dnia 5.02.2020 r.

uzasadniały przedłużenie terminu realizacji umowy o 2 miesiące.

W złożonych zastrzeżeniach jako podstawę prawną zawarcia aneksu Beneficjent wskazał:

- A. art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 16 ust. 2 pkt 2.3 lit e) - w zakresie zmiany terminu ze względu na konieczność wykonania robót dodatkowych.

Beneficjent wyjaśnił, iż w przypadku konieczności wymiany belki w mieszkaniu przy ul. Lipowej 15/5 strony umowy zachowały procedurę opisaną w § 6 ust. 1 i 2 umowy dotyczącą zgłaszania robót dodatkowych. W ocenie Beneficjenta, w przypadku wykonania robót dodatkowych, które zostały zaakceptowane przez zamawiającego zgodnie z postanowieniami umowy, zaistniały podstawy do przedłużenia terminu realizacji robót o okres potrzebny na ich wykonanie.

- B. art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – w zakresie przedłużenia terminu z powodu utrudnionego dostępu do lokali mieszkalnych.

W tym zakresie Beneficjent stoi na stanowisku, iż nie mógł przewidzieć, że lokatorzy nie udostępnią wynajmowanych lokali przez okres kilkudziesięciu dni, mimo ciężącego na nich obowiązku wynikającego z art. 10 ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego.

Ponadto, Beneficjent uważa, iż w kontrolowanym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki określone w art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE pozwalające na uznanie kontrolowanej zmiany umowy za zmianę istotną. W szczególności zmiana ta nie wprowadziła warunków, które, gdyby były częścią pierwotnego zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Beneficjent wyjaśnił, iż w związku z ogłoszeniem o zamówieniu

wpłynęła tylko jedna oferta, tym samym Zamawiający, nawet w przypadku ustalenia dłuższego terminu realizacji, nie dopuściłby innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, ani nie przyjąłby innej oferty niż pierwotnie przyjęta. Ponadto, żaden potencjalny wykonawca nie zgłosił wniosku o wydłużenie terminu realizacji umowy. Z faktu tego Beneficjent wysnuwa wniosek, iż żaden innych wykonawca nie był zainteresowany złożeniem oferty.

Odnosząc się do opisanych przez Beneficjenta okoliczności faktycznych należy podkreślić, iż Instytucja Wdrażająca nie kwestionowała faktu, iż w toku realizacji umowy wykonywano roboty dodatkowe związane z wymianą belki stropowej oraz wystąpiły problemy z dostępem do lokali mieszkalnych, w których miały zostać przeprowadzone prace remontowe. Sam fakt wystąpienia pewnych zdarzeń w toku realizacji umowy nie uprawnia jednak automatycznie do przedłużenia terminu realizacji umowy. Wprowadzona zmiana musi wpisywać się w przesłanki określone w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Dopiero wówczas zasadne jest badanie adekwatności czasu o jaki został przedłużony termin realizacji umowy.

Instytucja Wdrażająca pominęła w Informacji pokontrolnej nr 25/2023 prace związane z renowacją drzwi głównych do budynku, ponieważ we wniosku z dnia 05.02.2020 r. wykonawca napisał, iż prace te dotyczą budynku przy ul. Lipowej 13. Na etapie zastrzeżeń Beneficjent stwierdził, iż roboty dotyczyły budynku objętego przedmiotową kontrolą, położonego przy ul. Lipowej 15. Jednocześnie Beneficjent w żaden sposób nie udokumentował konieczności wykonania i czasu trwania tych robót. W piśmie z dnia 13.04.2023 r. Beneficjent oświadczył natomiast, iż *zakres prac dot. budynku przy ul. Lipowej 13, omyłkowo wskazano budynek przy ul. Lipowej 15*, załączając ponownie pismo wykonawcy z dnia 05.02.2020 r. Beneficjent nie wyjaśnił przy tym jednoznacznie czy omyłka, o której pisze wystąpiła w zastrzeżeniach czy we wniosku wykonawcy. Oświadczenia składane w tym zakresie przez Beneficjenta są sprzeczne i uniemożliwiają Instytucji Wdrażającej jednoznaczne ustalenie, w którym budynku zmieniano zakres prac przy drzwiach głównych. Niemniej jednak, po wnikliwej analizie umownych przesłanek zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia, Instytucja Wdrażająca uznała, iż jednoznaczne ustalenie tej kwestii pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowej kontroli.

W Informacji pokontrolnej nr 25/2023 Instytucja Wdrażająca ustaliła, iż kontrolowany aneks został zawarty z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż Instytucja Wdrażająca przeanalizowała wszystkie przesłanki opisane w tym przepisie i uznała, że żadna z nich nie wystąpiła w analizowanym stanie faktycznym. Fakt, iż w Informacji pokontrolnej odniesiono się jedynie do przesłanki, na którą powoływał się Beneficjent nie oznacza, że w trakcie kontroli nie zostały zbadane inne przesłanki. Jeżeli jest to możliwe Instytucja Wdrażająca uznaje zawarcie aneksu za zgodne z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, niezależnie od podstawy prawnej, na którą powołuje się Beneficjent. Przykładowo, sytuacja taka miała miejsce w Informacji pokontrolnej nr 44/2021 z dnia 21.12.2021 r.

W ocenie Instytucji Wdrażającej w kontrolowanym stanie faktycznym nie wystąpiła żadna z przesłanek wyszczególnionych w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

A. Przesłanka określona w art. 144 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż dopuszczalne są zmiany umowy, jeżeli zostały one przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Przywołany przepis stanowi implementację art. 72 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym dopuszczalne są modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, jeżeli zostały

przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w **jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych**, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny, lub opcje. Tego rodzaju klauzule podają **zakres i charakter** możliwych modyfikacji lub opcji, a także **warunki**, na jakich można je stosować. Nie mogą one przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyjaśnił, iż postanowienia o zmianie umowy są jasne, precyzyjne i jednoznaczne wtedy, gdy „wszyscy rozsądnie poinformowani oferenci – zachowując zwykłą staranność – są w stanie dokładnie zrozumieć ich znaczenie oraz interpretują je w ten sam sposób”.³

Beneficjent powołał się na zapis § 16 ust. 2 pkt 2.3 lit. e) Umowy, który dopuszcza zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku *konieczności zmiany zakresu robót i finansowania*.

W ocenie Instytucji nie sposób uznać, iż zapis na który powołuje się Beneficjent jest wystarczająco jednoznaczny, aby mógł stanowić podstawę zmiany umowy. Użycie ogólnego sformułowania „zmiany zakresu robót” daje stronom nieograniczoną swobodę podejmowania decyzji o stosowaniu tej przesłanki. Zapis ten może zostać uznany za naruszający zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców. Ponadto, w umowie nie określono o jaki okres zostanie przedłużony termin realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych.

Stanowisko Instytucji Wdrażającej znajduje potwierdzenie w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, w której zwrócono uwagę, iż *zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności*.⁴

W związku z powyższym, w ocenie Instytucji Wdrażającej, kontrolowana zmiana umowy nie była dopuszczalna na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

B. Przesłanka określona w art. 144 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zmiana umowy jest dopuszczalna jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a. Konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- b. Wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Oczywistym jest, iż w analizowanym stanie faktycznym spełniony został warunek określony w art. 144 ust. 1 pkt 3 ppkt b) ustawy Pzp, gdyż zmiana umowy nie miała wpływu na wartość zamówienia.

O dopuszczalności zastosowania przytoczonego powyżej przepisu decydować będzie zatem kwestia spełnienia warunku wyszczególnionego w art. 144 ust. 1 pkt 3 ppkt a) ustawy Pzp.

³ Wyrok TSUE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, ECLI:EU:C:2004:236, pkt 111

⁴ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Jak należy formułować klauzule umowne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp?”, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego>

Ustawodawca unijny w motywie 109 dyrektywy 2014/24/UE wyjaśnia, iż pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych *przez niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonywania w niej zmian, nie należy rozumieć zdarzenia nie przewidywanego przez strony, lecz zdarzenie którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Ustalenie to powinno prowadzić do wniosku, iż zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie przedmiotu świadczenia jego zakresu oraz warunków realizacji. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Należy przy tym pamiętać, iż uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej i występuje również w relacjach między podmiotami niepublicznymi. Warto również wyraźnie wskazać, iż w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron.⁵ Jako przykłady niemożliwych do przewidzenia okoliczności w praktyce uznaje się m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, takie jak: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.*

W ocenie Instytucji Wdrażającej nieudostępnienie mieszkań przez lokatorów w wyznaczonym terminie nie jest zdarzeniem niemożliwym do przewidzenia w „przedsiębiorstwach” zajmujących się profesjonalnie zarządzaniem nieruchomościami oraz modernizacją wielorodzinnych budynków mieszkalnych. Doświadczenie Instytucji Wdrażającej w kontrolach podobnych inwestycji pokazuje, iż wykonawcy bardzo często napotykały trudności z dostępem do lokali. Mając na względzie doświadczenie i oczekiwany poziom profesjonalizmu Zamawiającego należy przyjąć, iż powinien on uwzględnić takie ryzyko przy określaniu pierwotnego terminu realizacji zamówienia lub poprzez wpisanie do umowy odpowiedniej klauzuli umożliwiającej wydłużenie terminu wykonania umowy. W związku z powyższym Instytucja Wdrażająca stoi na stanowisku, iż Beneficjent nie wykazał należytej staranności na etapie przygotowania postępowania.

W świetle przedstawionych okoliczności Instytucja Wdrażająca uznała, iż w kontrolowanym stanie faktycznym nie zostały spełnione warunki określone w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Instytucja Wdrażająca stoi na stanowisku, iż w kontrolowanym stanie faktycznym zaistniała przesłanka określona w art. 72 ust. 4 lit a Dyrektywy 2014/24/UE, tj. modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie

⁵ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp”

zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Termin realizacji zamówienia jest bez wątpienia jednym z istotniejszych czynników determinujących decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Niniejsze wynika z prostej zależności: im krótszy termin realizacji zamówienia, tym większa trudność dla wykonawców w jego realizacji, która może wynikać z potencjałów, którymi dysponują (np. wielkość zatrudnienia) czy też wcześniejszych zobowiązań. Termin realizacji umowy ma również istotny wpływ na treść składanych ofert. W ofercie wykonawca uwzględnia nie tylko koszty realizacji zamówienia, ale również różne ryzyka związane z ich realizacją, np. ryzyko nieterminowej realizacji zamówienia, a to wymaga np. uwzględnienia w ofercie możliwości zapłaty kar umownych. Również w tym przypadku istnieje zależność - im dłuższy okres realizacji zamówienia, tym mniejsze ryzyko nieterminowego wykonania zamówienia.

W kontrolowanym stanie faktycznym pierwotny termin realizacji zamówienia wynosił 171 dni. Po wprowadzonej zmianie okres realizacji zamówienia wzrósł o 59 dni, co stanowi 34,50% pierwotnego terminu. Tak znacznemu wydłużeniu okresu realizacji zamówienia nie można przypisać cechy nieistotności. W ocenie Instytucji Wdrażającej nie można wykluczyć, iż wprowadzona zmiana mogła wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu oraz treść składanych przez nich ofert. Fakt, iż w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta może świadczyć o tym, iż pierwotny termin realizacji zamówienia był zbyt krótki i wywołał efekt odstrasżający.

Na ocenę charakteru wprowadzonej zmiany nie mają wpływu okoliczności, na które powołuje się Beneficjent. Podkreślić należy, iż procedura opisana w art. 38 ustawy Pzp służy wyjaśnianiu treści SIWZ, a nie negocjowaniu warunków realizacji zamówienia. W praktyce wykonawcy, którym nie odpowiada tak podstawowy element warunków zamówienia, jakim jest termin jego realizacji, rezygnują ze złożenia oferty.

Ponadto, w kontrolowanym stanie faktycznym wystąpiła również przesłanka opisana w art. 72 ust. 4 lit. b dyrektywy 2014/24/UE, tj. modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej, gdyż w jej wyniku Wykonawca uniknął płacenia kar umownych za nieterminowe wykonanie zamówienia.

Tym samym, w ocenie Instytucji Wdrażającej, zostały wypełnione dwie przesłanki z art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, nie pozwalające uznać wprowadzonej zmiany za nieistotną.

Reasumując, Instytucja Wdrażająca w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji pokontrolnej nr 25/2023 z dnia 10.03.2023 r.

Ustalenia II

Naruszenia o charakterze formalnym prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych nie wywołujące skutków finansowych w postaci obniżenia kwoty wydatków kwalifikowalnych:

➤ **Nie stwierdzono**

Ustalenia III

Inne uwagi:

➤ **Nie stwierdzono**

3. Zgodność zakresu zamówienia z zakresem przedsięwzięcia wskazanym we wniosku o dofinansowanie i umowie o dofinansowaniu:

Nie dotyczy

III. INFORMACJA O POMNIEJSZENIU WYDATKÓW KWALIFIKOWALNYCH

W związku z wynikiem kontroli procedury zawarcia Aneksu nr 05/20/TT z dnia 11.02.2020 r. do umowy nr 154/19/TT z dnia 02.09.2019 r. Wojewódzki Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach informuje, iż ustalił korektę finansową/wskaźnik pomniejszający w wysokości 25% wartości pierwotnego zamówienia.


IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ

Od ustaleń zawartych w niniejszej opinii Beneficjentowi nie przysługują środki odwoławcze w systemie instytucjonalnym POIiŚ.

V. POZOSTAŁE INFORMACJE

1. Wynik powyższej kontroli nie uchyla innych ustaleń poczynionych w toku innych kontroli właściwych organów w systemie POIiŚ.
2. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach i Beneficjenta.

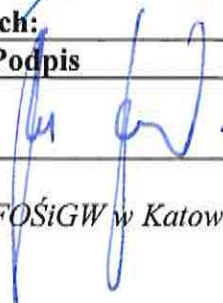
Data i podpis Kontrolującego:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Sporządziła:	Marlena Mizgała	19.04.2023 r.	

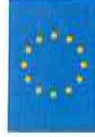
Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	19.04.2023 r.	

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	2023 -04- 19	

Informacja pokontrolna została zatwierdzona Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach Nr 630 /2023 z dnia 19.04.2023 r.



Informacja o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Nazwa podmiotu kontrolowanego	Gliwice – Miasto na prawach powiatu, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice
Nr/Tytuł projektu	POIS.01.07.01-00-0043/19 „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice – II”
Rodzaj kontroli	Kontrola doraźna ex-post procedury zawarcia Aneksu nr 05/20/TT z dnia 11.02.2020 r. do umowy nr 154/19/TT z dnia 02.09.2019 r.
Termin kontroli	Kontrolę wszczęto w dniu 22.02.2023 r. i zakończono w dniu 19.04.2023 r.
Nazwy skontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego	„Wykonanie termomodernizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Lipowej 15 w Gliwicach z jednoczesnym jego podłączeniem do miejskiej sieci ciepłowniczej wraz z wykonaniem instalacji centralnego ogrzewania, adaptacją pomieszczenia na pomieszczenie wymiennikowni, wydzielaniem pomieszczeń łazienek, przebudową instalacji gazowej oraz likwidacją nieekologicznych urządzeń na paliwo stałe”.
Ustalenia z przeprowadzonej kontroli	Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia aneksu: z istotnymi zastrzeżeniami. W toku kontroli stwierdzono naruszenie przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Pzp skutkujące wystąpieniem nieprawidłowości mogących skutkować pomniejszeniem wartości wydatków kwalifikowalnych, tj. naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w niniejszym przepisie.

2023-04-20

Data:

Podpis kierownika jednostki kontrolującej albo osoby upoważnionej:

WFOŚiGW w Katowicach
Załącznik nr 1 do protokołu

.....
Adam Lisowski

