

Informacja pokontrolna nr 44/2022/Z
z dnia 08.11.2022 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 44/2022 z dnia 29.08.2022 r. przekazanych przez Beneficjenta w dniu 22.09.2022 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 01/19/TT z dnia 08.10.2019 r. do umowy nr 102/19/TT z dnia 12.06.2019 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 Zakładem Usługowo- Handlowym Mariusz Franik reprezentowanym przez Mariusza Franika – właściciela.
- 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)** Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 lipca 2017 r.;
 - 5)** Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 27 grudnia 2021 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 z dnia 14 maja 2019 r. 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 6 maja 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.44.01 z dnia 25.07.2022 r. Kontrolę wszczęto w dniu 09.08.2022 r. i zakończono w dniu 08.11.2022 r. po weryfikacji złożonych przez Beneficjenta zastrzeżeń.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
- 1) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 09.08.2022 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 09.08.2022 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 44/2022 z dnia 29.08.2022 r. przekazane przez Beneficjenta w dniu 22.09.2022 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 21.09.2022 r.) wraz z załączonymi dokumentami potwierdzonymi za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach,
 - 3) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 12.10.2022 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 11.10.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach,
 - 4) wyjaśnienia i dokumenty przekazane przez Beneficjenta w dniu 04.11.2022 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 04.11.2022 r.), potwierdzone 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 przywołanego aneksu – z istotnymi zastrzeżeniami.

1. Analiza stanu prawnego i faktycznego

W dniu 12.06.2019 r. Beneficjent zawarł Umowę nr 102/19/TT na realizację robót budowlanych pn. „Wykonanie izolacji przeciwwilgociowej ścian fundamentowych, przebudowa mieszkań w celu wydzielenia pomieszczeń łazienek, uporządkowanie i dobudowa przewodów kominowych oraz budowa wewnętrznej instalacji gazowej celem podłączenia kuchenek gazowych 4 palnikowych i wykonania centralnego ogrzewania gazowego, wymiana pokrycia dachowego wraz z dociepleniem połaci dachowej oraz termomodernizacją budynku przy ul. Wita Stwosza 20 w Gliwicach”.

Zgodnie z § 2 pkt 2 Umowy termin realizacji zamówienia został wyznaczony na dzień 21.10.2019 r.

W dniu 07.10.2019 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu końcowego wykonania robót do dnia 30.11.2019 r. Wykonawca wskazał, iż:

W związku z problemami dostępu do mieszkań na w/w adresach, celem wykonania c.o. gazowe oraz pomieszczeń łazienek, proszę o wydłużenie terminu realizacji prac do 30 listopada 2019 r.

Do wniosku wykonawcy nie zostały załączone żadne dokumenty potwierdzające fakt wystąpienia wymienionej powyżej okoliczności oraz czas jej trwania.

W dniu 08.10.2019 r. podpisany został Aneks nr 01/19/TT, na mocy którego termin realizacji zamówienia został zmieniony zgodnie z wnioskiem wykonawcy.

W piśmie z dnia 09.08.2022 r. Beneficjent jako podstawę prawną zmiany umowy wskazał art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 16 ppkt. 2.2c) umowy nr 102/19/TT z dnia 12.06.2019 r.

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 102/19/TT.

Uzasadniając zmianę umowy Zamawiający powołał się na § 16 ppkt. 2.2.c) umowy nr 102/19/TT, który dotyczy zmiany sposobu wykonania zamówienia na skutek zmian technologicznych. W związku z faktem, iż kontrolowany aneks dotyczy zmiany terminu realizacji zamówienia, a nie zmian sposobu wykonania zamówienia, Instytucja Wdrażająca uznała, iż Beneficjent omyłkowo wskazał na zapis § 16 ppkt. 2.2.c) Umowy.

Jednocześnie w wykazie dokumentów opisujących możliwość zmian umowy Beneficjent wpisał:

- a) *Ogłoszenie o zamówieniu nr 541162-N-2019 z dnia 25.04.2019 r. – Sekcja IV.5) (pkt 3a) – zał. nr 2.*
- b) *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia – Część 10 – pkt. 10.6.2, ppkt 3a – zał. nr 3.*
- c) *Wzór umowy – istotne postanowienia umowne - § 16 ppkt. 2.3.a) – zał. nr 4.*

W związku z powyższym Instytucja Wdrażająca przyjęła, iż intencją Beneficjenta było wskazanie § 16 ppkt 2.3.a) Umowy, w brzmieniu analogicznym do wymienionych powyżej zapisów dokumentów zamówienia:

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 jednej z 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.*

W toku kontroli Beneficjent w żaden sposób nie uzasadnił stwierdzenia, iż okoliczności opisane przez wykonawcę we wniosku z dnia 07.10.2019 r. mieszczą się w przesłance zmiany terminu określonej w § 16 ppkt 2.3.a) Umowy. Instytucja Wdrażająca również nie znajduje uzasadnienia dla tego stanowiska.

W ocenie Instytucji Wdrażającej przedstawione przez Beneficjenta okoliczności faktyczne nie uprawniały stron do zmiany terminu realizacji umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 uPzp w związku z § 16 ppkt 2.3.a) Umowy.

W związku z powyższym, po analizie przesłanych do kontroli dokumentów, uznaje się, iż zawarcie w dniu 08.10.2019 r. Aneksu nr 01/19/TT do umowy nr 102/19/TT z dnia 12.06.2019 r. było niezgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stwierdzone 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. ustanawiającego 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 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego 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*

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

*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 131 dni, został przedłużony o 39 dni (co stanowi 29,77% 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.

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 24 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 22.09.2022 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia wobec powyższych ustaleń, wnosząc o odstąpienie od nałożenia korekty i ustalenie, iż przyznane środki zostały wykorzystane prawidłowo i zgodnie z prawem wspólnotowym.

Beneficjent zarzucił Instytucji Wdrażającej niesłuszne uznanie, iż dokonując zawarcia kontrolowanego aneksu naruszył przepisy prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych, podczas gdy był on uprawniony do zmiany terminu realizacji przedmiotu

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

zamówienia na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz § 16 ppkt 2.3 lit. h umowy nr 102/19/TT z dnia 12.06.2019 r., z uwagi na brak zapewnienia ustalonego frontu robót dla Wykonawcy w umownym terminie, przez co rozumie on brak udostępnienia lokali mieszkalnych przez lokatorów modernizowanych budynków przy ul. Wita Stwosza 22 w Gliwicach, celem przeprowadzenia robót, co skutkowało niemożnością prowadzenia prac przez Wykonawcę w ustalonym terminie.

W związku z powyższym, Beneficjent stwierdził, iż nie dopuścił się nieprawidłowości w realizacji umowy, wykonał i zrealizował przedmiot umowy w całości, dokonując stosownych rozliczeń przyznaných środków, w prawidłowo zmienionym na podstawie ustawy oraz zawartej umowy terminie realizacji przedmiotu zamówienia.

Beneficjent zarzucił również Instytucji Wdrażającej nieprzeprowadzenie wystarczających czynności wyjaśniających w zakresie stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej oraz nałożenia korekty finansowej na Beneficjenta, co skutkowało brakiem ustalenia całości okoliczności zawarcia kontrolowanego aneksu.

Wobec powyższego Beneficjent wniósł o:

- 1) Połączenie do wspólnego rozpoznania zastrzeżeń złożonych do Informacji pokontrolnej nr 44/2022 z dnia 29.08.2022 oraz zastrzeżeń złożonych do Informacji pokontrolnej nr 45/2022 z dnia 29.08.2022 r.,
- 2) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:
 - a. Pisma Wykonawcy z dnia 5.08.2019 r.,
 - b. Pisma Wykonawcy z dnia 09.09.2019 r.,
 - c. Pisma ZBM II w Gliwicach z dnia 13.09.2022 r.
 - d. Przesłuchania Mariusza Franika – wykonawcy,
 - e. Przesłuchania Janusza Jakubowskiego – Inspektora Nadzoru w specjalności konstrukcyjno-budowlanej- na fakt wykazania okoliczności opisanych w złożonych zastrzeżeniach,
- 3) sporządzenie ostatecznej informacji pokontrolnej stwierdzającej, iż przy zawarciu kontrolowanego aneksu nie nastąpiło naruszenie prawa w dziedzinie zamówień publicznych – art. 144 ust. 1 ustawy Pzp skutkujące wystąpieniem nieprawidłowości,
- 4) ustalenie, iż Beneficjent nie jest zobowiązany do dokonania korekty finansowej dotyczącej wydatków kwalifikowalnych, a przyznane środki zostały wykorzystane prawidłowo i zgodnie z prawem wspólnotowym.

W uzasadnieniu złożonych zastrzeżeń Beneficjent opisał okoliczności faktyczne, które w jego ocenie potwierdzają dopuszczalność zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Beneficjent wyjaśnił, iż Zarząd Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., który zarządza lokalami mieszkalnymi w budynku przy ul. Wita Stwosza 22, po zawarciu umowy z Wykonawcą poinformował mieszkańców o planowanych w wyznaczonych terminach pracach remontowych oraz ich zakresie. Zarządca w szczególności sposób opisał i wskazał na czym będą polegać prace i dlaczego tak istotnym jest udostępnienie mieszkań w ustalonych terminach. Mieszkańcy byli informowani w sposób pisemny poprzez ogłoszenia wieszane na tablicach ogłoszeń oraz drzwiach budynku. Przed rozpoczęciem robót żaden z lokatorów nie zgłosił Zarządcy sprzeciwu odnośnie planowanych prac, nie informował również o nieobecności czy też konieczności zmiany terminu.

Zamawiający został poinformowany o trudnościach w dostępie do lokalu nr 3 pismami z dnia 5 sierpnia 2019 r. i 9 września 2019 r. Beneficjent stwierdził, iż pomimo rozmów z lokatorami, tłumaczenia, umawiania się na stosowne dla lokatorów terminy nie było

możliwości wejścia do niektórych mieszkań. Zamawiający ostatecznie uzyskał dostęp do lokali, lecz okres oczekiwania na rozpoczęcie remontu doprowadził do całkowitej niemożności wykonania prac remontowych zgodnie z zaplanowanym harmonogramem i ustalonym w umowie terminem realizacji, tj. do dnia 21 października 2019 r.

W ocenie Beneficjenta strony słusznie doszły do porozumienia, iż *przedmiotowa sytuacja pozostaje sytuacją nadzwyczajną, która nie mogła zostać przewidziana przez obie strony, jeszcze przed terminem zawarcia umów, przed przystąpieniem do wykonania przedmiotu umów przez Wykonawcę. Przy czym sytuacja ta leży po stronie Zamawiającego, jako podmiotu, który winien Wykonawcy zapewnić front robót.*

Beneficjent stoi na stanowisku, iż zaistniały stan faktyczny wpisuje się również w przesłankę z § 16 pkt 2.3 lit h Umowy. Tym samym zawarcie aneksu miało oparcie również w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją tezę Beneficjent wskazał, iż *w niniejszych sprawach nastąpiła niemożność przystąpienia do wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę. Wykonawca nie był w stanie zrealizować umowy przez opisany powyżej brak dostępu do mieszkań, w których miał prowadzić prace remontowe, zgodnie z przedmiotem umowy. Zamawiający nie udostępnił, nie przygotował w wymagany sposób, placu budowy dla Wykonawcy.*

Odnosząc się do złożonych przez Beneficjenta zastrzeżeń Instytucja Wdrażająca stwierdziła co następuje:

A. 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.

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.³

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 dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.

Ponadto należy podkreślić, iż niezbędnym warunkiem zmiany umowy na podstawie omawianej przesłanki jest ustalenie, iż zaistnienie okoliczności, na które powołuje się Beneficjent spowodowało konieczność zmiany umowy. W tym celu należy ocenić czy utrudnienia w dostępie do lokali rzeczywiście wpłynęły na proces realizacji umowy w taki sposób, iż konieczna była jej zmiana.

Podsumowując przedstawione powyżej rozważania teoretyczne należy stwierdzić, iż zaistnienie przesłanki określonej w art. 144 ust. 1 pkt 3 ppkt a ustawy Pzp wymaga spełnienia łącznie następujących warunków:

1. Zaistniałe okoliczności spowodowały konieczność zmiany umowy,
2. Zamawiający powinien wykazać należyłą staranność na etapie przygotowania postępowania,
3. Zmiana umowy jest spowodowana nieprzewidywalnymi okolicznościami,
4. Okoliczności uzasadniające zmianę umowy są niezależne od jej stron.

Instytucja Wdrażająca stoi na stanowisku, iż z przedłożonych do kontroli dokumentów w żaden sposób nie wynika, iż problemy z dostępem do mieszkań spowodowały konieczność zmiany umowy.

W piśmie z dnia 03.11.2022 r. Prezes Zarządu Budynków Miejskich II TBS Sp. z o.o. oświadczył, iż roboty budowlane związane z wydzieleniem i remontem łazienki w mieszkaniu nr 1 były wykonane i rozliczone w etapie I (tj. do dnia 29.07.2019 r.), natomiast roboty budowlane związane z wydzieleniem i remontem łazienki w mieszkaniu nr 2 oraz roboty elektryczne związane z wydzieleniem obu łazienek były wykonane i rozliczone w etapie II (tj. do dnia 09.10.2019 r.). Protokoły odbioru potwierdzają, iż roboty budowlane wymagające dostępu do lokali mieszkalnych zostały zakończone do dnia 09.10.2019 r., a więc w pierwotnym terminie realizacji zamówienia. Po zawarciu kontrolowanego aneksu wykonywane były roboty na zewnątrz budynku, które nie były w żaden sposób powiązane technologicznie z pracami wewnątrz lokali. Utrudnienia w dostępie do lokali nie mogą zatem stanowić uzasadnienia dla opóźnienia w wykonywaniu tych robót.

Nie ulega wątpliwości, że prace związane z wykonaniem łazienek oraz centralnego ogrzewania gazowego były pierwotnie planowane i wyszczególnione w opisie przedmiotu

³ 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”

zamówienia. Zamawiający na etapie przygotowania postępowania miał możliwość ustalenia terminu remontu indywidualnie z lokatorami i określenia terminu realizacji zamówienia z uwzględnieniem tych terminów. Biorąc pod uwagę fakt, iż Beneficjent poinformował lokatorów o remoncie ich lokali poprzez wywieszenie ogłoszeń już po zawarciu umowy, nie sposób uznać, iż Zamawiający przygotowując się do wszczęcia postępowania przeanalizował swoje potrzeby w zakresie warunków realizacji zamówienia. Indywidualne poinformowanie lokatorów trzech mieszkań o planowanych terminach remontu nie wymagało od Zarządcy nadmiernego nakładu pracy i środków. W związku z powyższym Instytucja Wdrażająca stoi na stanowisku, iż Beneficjent nie wykazał należytej staranności na etapie przygotowania postępowania.

W ocenie Instytucji Wdrażającej nieudostępnienie mieszkań przez lokatorów w wyznaczonym przez wykonawcę i Beneficjenta 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 napotykają trudności z dostępem do lokali. Mając na względzie doświadczenie Zamawiającego i Wykonawcy należy przyjąć, iż obie strony takie ryzyko winny były uwzględnić, mając na uwadze oczekiwany od nich poziom profesjonalizmu.

W złożonych zastrzeżeniach Beneficjent wielokrotnie podkreślał, iż utrudnienia w dostępie do lokalu są okolicznością leżącą po stronie Zamawiającego. Nie sposób zatem uznać, że konieczność zmiany umowy wynikała z okoliczności niezależnych od stron.

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

B. 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”⁴.

Beneficjent powołał się na zapis § 16 pkt 2.3 ppkt h Umowy, który dopuszcza zmianę terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku *wystąpienia jakiegokolwiek*

⁴ 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

opóźnienia, utrudnienia, przeszkody spowodowanej przez lub dającej się przypisać Pełnomocnikowi Zamawiającego/Zarządcy, personelowi Pełnomocnikowi Zamawiającego/Zarządcy lub innemu wykonawcy zatrudnionemu przez Pełnomocnika Zamawiającego/Zarządcę na terenie budowy.

W ocenie Instytucji nie sposób uznać, iż zapis na który powołuje się Beneficjent jest wystarczająco jednoznaczny, aby mógł stanowić podstawę zmiany umowy. Użycie nieprecyzyjnego sformułowania „wystąpienia jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia, przeszkody” daje stronom nieograniczoną swobodę podejmowania decyzji o stosowaniu tej przesłanki. Zapis ten może zostać uznany za naruszający zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców.

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.*⁵

Dodatkowo wskazać należy, iż po zawarciu kontrolowanego Aneksu wykonywane były roboty budowlane na zewnątrz budynku, niewymagające dostępu do lokali. Opóźnienia w tym zakresie nie można uzasadniać brakiem dostępu do lokali, ponieważ były to prace niepowiązane technologicznie z pracami wewnątrz lokali. Powyższe prowadzi do wniosku, iż zmiana terminu realizacji umowy wynikała z niewykonania przez wykonawcę robót na zewnątrz budynku, tj. z przyczyn, których nie można przypisać Zamawiającemu. Tym samym, nawet gdyby uznać, iż przesłanka opisana w § 16 pkt 2.3 ppkt h Umowy jest zgodna z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie znalazłaby ona zastosowania w kontrolowanym stanie faktycznym.

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

Odnosząc się do wniosku Beneficjenta o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków stwierdzić należy, iż okoliczności, na które mieliby być przesłuchiwanie świadkowie zostały opisane w przedłożonych do kontroli dokumentach. W związku z tym Instytucja Wdrażająca uważa, iż zgromadzony podczas kontroli materiał stanowi wystarczającą podstawę do podjęcia w niej przedmiotowych rozstrzygnięć.

Na koniec Instytucja Wdrażająca odniesie się jeszcze do zarzutu Beneficjenta dotyczącego nieprzeprowadzenia przez Instytucję Wdrażającą wystarczających czynności wyjaśniających, co skutkowało brakiem ustalenia całości okoliczności zawarcia aneksu.

Obowiązkiem Instytucji Wdrażającej jest podjęcie takich działań, które pozwolą ustalić stan faktyczny sprawy i na tej podstawie rzetelnie ocenić prawidłowość realizacji projektu. Działaniem takim jest wezwanie Beneficjenta do przesłania stosownych dokumentów i wyjaśnień.

⁵ 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>

Realizując obowiązek przeprowadzenia czynności wyjaśniających, w piśmie numer WK.5510.0043.2019.KP.MM.44.01 z dnia 25.07.2022 r. Instytucja Wdrażająca zwróciła się do Beneficjenta o przedłożenie do kontroli uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zmiany umowy wraz z dokumentami potwierdzającymi zasadność dokonania zmiany (w tym dokumentów, które potwierdzają zaistnienie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zmiany).

W odpowiedzi na niniejsze pismo Beneficjent jako dokument potwierdzający zasadność dokonania zmiany przesłał pismo wykonawcy z dnia 07.10.2019 r. zawierające wniosek o przedłużenie terminu. Pismo to stanowi załącznik do kontrolowanego aneksu.

Beneficjent oświadczył również, iż podstawę prawną zmiany umowy stanowi art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 16 ppkt. 2.2c) umowy nr 102/19/TT z dnia 12.06.2019 r.

Z przedłożonych dokumentów nie wynikało, iż Beneficjent nie przekazał wszystkich dokumentów i wyjaśnień, które w jego ocenie uzasadniały zawarcie kontrolowanego aneksu.

Instytucja Wdrażająca działa w przekonaniu, iż Beneficjent w sposób rzetelny realizuje obowiązek przekazania do kontroli wszystkich dokumentów i informacji mających znaczenie dla oceny kontrolowanego stanu faktycznego. Tym bardziej, iż niezapewnienie właściwej ścieżki audytu na etapie kontroli jest zagrożone korektą w wysokości 25 lub 100%.

W sytuacji gdy w przedłożonych do kontroli dokumentach nie występowały sprzeczności dotyczące stanu faktycznego czy informacje o dodatkowych dokumentach, brak było podstaw do wzywania Beneficjenta do dalszych uzupełnień lub wyjaśnień.

Dopiero na etapie zastrzeżeń Beneficjent przedłożył dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia na potwierdzenie nowo powołanych podstaw prawnych.

W tym kontekście zupełnie niezrozumiałe dla Instytucji Wdrażającej jest twierdzenie Beneficjenta, iż *wszelkie opisane w zastrzeżeniach okoliczności Beneficjent wykazywał Instytucji Wdrażającej już na etapie prowadzenia czynności sprawdzających podczas wszczętych kontroli. Beneficjent w szczegółowy sposób opisywał i przedstawiał okoliczności w jakich doszło do zawarcia aneksów do umów, przedkładał stosowne dokumenty na potwierdzenie tych faktów, a także powoływał się na odpowiednie podstawy prawne jak i określone w umowach, dotyczące uprawnienia do aneksowania umów w zakresie zmiany terminów realizacji przedmiotów umów.*

Reasumując, Instytucja Wdrażająca w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji pokontrolnej nr 44/2022 z dnia 29.08.2022 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 01/19/TT z dnia 08.10.2019 r. do umowy nr 102/19/TT z dnia 12.06.2019 r. Wojewódzki Fundusz 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	08.11.22 r.	<i>Marlena Mizgała</i>

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	08.11.22 r.	<i>[Podpis]</i>

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	2022-11-09	<i>[Podpis]</i>

Informacja pokontrolna została zatwierdzona Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach Nr 1789 /2022 z dnia ... 10. 11. 2022 r.

