

Informacja pokontrolna nr 100/2024/Z
z dnia 24.05.2024 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 rozpatrzeniu zastrzeżeń Beneficjenta wniesionych do ustaleń zawartych w Informacji pokontrolnej nr 100/2024 z dnia 30 kwietnia 2024 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 w mieście Gliwice - III”;
 - 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.01.07.01-00-0042/21.
4. **Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 2022ED10030 zawarta w dniu 04.03.2022 r.
5. **Aneks objęty kontrolą:** Aneks z dnia 29.07.2021 r. do Umowy nr 083/PZ/V/2021 z dnia 21.05.2021 r. zawarty pomiędzy Miastem Gliwice, reprezentowanym przez Prezesa Zarządu Budynków Miejskich i Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. Andrzeja Tomala, działającego na podstawie Pełnomocnictwa nr 2021/10758/C/PM z dnia 07.05.2021 r., a Panem Piotrem Chudoba, prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą MABPA – Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa Piotr Chudoba z siedzibą w Gliwicach (44-151) przy ul. Ignacego Daszyńskiego 427.
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 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019, 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 21 grudnia 2020 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 7 czerwca 2023 r.;
 - 7) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971 t.j.);
 - 8) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w §13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
 - 9) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 5 stycznia 2024 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola doraźna ex-post.
8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0042.2021.KP.AP.100.01 z dnia 11.04.2024 r. Kontrolę wszczęto w dniu 24.04.2024 r. i zakończono w dniu 24.05.2024 r. po rozpatrzeniu zastrzeżeń Beneficjenta.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
- 1) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 24.04.2024 r. - pismo nr BRM.042.8.2022, UM.437849.2024 z dnia 24.04.2024 r., potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Budynków Miejskich i Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. Pana Andrzeja Tomala,
 - 2) zastrzeżenia Beneficjenta wniesione w dniu 23.05.2024 r. - pismo nr BRM.042.8.2022, UM.501191.2024 z dnia 22.05.2024 r

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanego aneksu – z istotnymi zastrzeżeniami.

Analiza stanu prawnego i faktycznego

W dniu 21.05.2021 r. Beneficjent zawarł umowę nr 083/PZ/V/2021 na wykonanie termomodernizacji, remontu, budowy wewnętrznej instalacji gazu w budynku mieszkalnym wielorodzinnym przy ul. Daszyńskiego 500 w Gliwicach wraz z rozbiórką komórek lokatorskich, brukowaniem placów zewnętrznych oraz innymi robotami towarzyszącymi.

Strony na podstawie § 4 ustaliły termin realizacji przedmiotu zamówienia do dnia 30.07.2021 r.

Dnia 29.07.2021 roku Strony zawarły aneks do przedmiotowej umowy, na mocy którego przedmiot zamówienia miał zostać wykonany do dnia 15.09.2021 r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Instytucja Wdrażająca stwierdziła:

1. 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. 455 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie.

Jako podstawę prawną kontrolowanej zmiany umowy Beneficjent wskazał:

a) § 13 ust. 2 pkt 2.1.9 oraz 2.1.10 Umowy:

Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy może ulec zmianie w przypadku wystąpienia opóźnień wynikających z okoliczności:

2.1.9 wystąpienia okoliczności, których strony Umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności;

2.1.10 przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy.

b) § 13 ust. 1 pkt 1.8 Umowy:

Zakazuje się zmian postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1.8 Wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian w harmonogramie realizacji przedmiotu Umowy poprzez: przesunięcie w czasie, w tym związane ze zmianą finansowania, zmianę zakresów rzeczowych zakończonych i wyodrębnione technicznie elementy robót, uszczegółowienie spowodowane obiektywnymi czynnikami, niezależnymi od Wykonawcy, uniemożliwiającymi realizację przedmiotu Umowy zgodnie z pierwotną wersją przedmiotowego Harmonogramu.

Kwestia dopuszczalności zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego została uregulowana w art. 455 ustawy Pzp, w którym zostały wskazane przesłanki zmiany umowy, które nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania.

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny. Ponadto, postanowienia umowne muszą określać rodzaj i zakres zmian, określać warunki wprowadzenia zmian oraz nie mogą przewidywać takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Zamawiający ma obowiązek sformułować i przedstawić jednoznaczne, dokładne i precyzyjne postanowienia umowne. Według Urzędu Zamówień Publicznych *postanowienia o zmianie umowy są jasne, precyzyjne i jednoznaczne wtedy, gdy „wszyscy rozsądnie poinformowani oferenci – zachowując należytą staranność – są w stanie dokładnie zrozumieć ich znaczenie oraz interpretują je w ten sam sposób*¹. W konsekwencji, klauzule umowne powinny więc zawierać precyzyjny opis okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładne określenie modyfikacji, które będą mieć miejsce w przypadku ziszczenia się tych okoliczności.

Ponadto, Zamawiający ma obowiązek *oznaczyć granice tej zmiany, w szczególności przez określenie okoliczności, które wpływają na jej kształt lub przez wskazanie określonego rezultatu, który ma być zrealizowany przez dokonanie zmiany*². W szczególności powinien wskazać okres, o jaki zostanie wydłużony termin wykonania zamówienia w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w umowie. Brak jakiegokolwiek zapisu wprowadzającego automatyzm w zmianie umowy pozostawia nieograniczoną swobodę stronom umowy w modyfikowaniu rozpatrywanego zakresu umowy. Stanowisko to potwierdza motyw 111 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r., zgodnie z którym *Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej*.

Odnosząc powyższe rozważania do kontrolowanego stanu faktycznego, należy zauważyć, iż Beneficjent w odniesieniu do § 13 ust. 2 pkt 2.1.9 oraz 2.1.10 nie określił zakresu zmiany, tj. nie wskazał, o jaki czas wydłużony zostanie termin wykonania zamówienia w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w umowie. W związku z powyższym, Instytucja Wdrażająca uznała zmianę na podstawie tej przesłanki umownej za niedopuszczalną, gdyż nie limituje ona w żaden sposób wprowadzanej zmiany.

W przypadku przesłanki opisanej w § 13 ust. 1 pkt 1.8 Umowy, zakres zmiany terminu realizacji umowy jest limitowany przez § 13 ust. 3.2 Umowy, zgodnie z którym:

W przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń wymienionych w pkt. 1.1. – 1.11 termin realizacji Przedmiotu Umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do zakończenia realizacji przedmiotu Umowy, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności.

Zgodnie z treścią przedstawionych przez Beneficjenta dokumentów, podstawą do przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy były problemy Wykonawcy związane z opóźnieniami w opróżnieniu lokali przeznaczonych do rozbiórki oraz brakiem dostępu do jednego z lokali na poddaszu, ze względu na długotrwałą nieobecność lokatora.

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 § 13 ust. 1 pkt 1.8 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 przedmiotu umowy na podstawie § 13 ust. 1 pkt

¹ *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych. Warszawa, 2021, s. 1205.

² *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych. Warszawa, 2021, s. 1206.

1.8 oraz § 13 ust. 2 pkt 2.1.9 oraz 2.1.10 Umowy nr 083/PZ/V/2021 z dnia 21.05.2021 r.

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. 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. 455 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp. Bezspornym 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.*³

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. Szkoda 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*

³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15.

*funduszu.*⁴

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 został przedłużony o 47 dni, co stanowi 67% pierwotnego terminu. Wyznaczenie dłuższego terminu wykonania przedmiotu zamówienia (lub inny sposób opisanie możliwości jego zmiany) na etapie prowadzonego 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 wynikający ze stwierdzonego naruszenia 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.

Wartość pomniejszenia ustala się z na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych.

Jak wynika z § 5 przedmiotowego Rozporządzenia w przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonego naruszenia powodującego nieprawidłowość są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania (a z takimi przypadkami mamy w przedmiotowej kontroli do czynienia) poziom pomniejszenia należy ustalić w oparciu o stawkę procentową wskazaną w Załączniku do tegoż rozporządzenia.

Zgodnie z wyżej przywołanym Załącznikiem do Rozporządzenia za stwierdzoną nieprawidłowość za nieprawidłowość powstałą w wyniku naruszenia opisanego powyżej stawka pomniejszenia wynosi:

- ✓ 25% wartości pierwotnego zamówienia, oraz
- ✓ 25% nowych prac budowlanych / dostaw / usług (jeżeli takie istnieją) wynikających z modyfikacji.

Stawka ta została ustalona na podstawie pozycji 23: „Modyfikacje elementów zamówienia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodne z przepisami dyrektyw: dyrektywy 2014/23/UE, dyrektywy 2014/24/UE, dyrektywy 2014/25/UE oraz właściwych przepisów krajowych”, kolumna 4 pkt 2 „Wprowadzono istotną modyfikację 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. W każdym przypadku modyfikacja zostanie uznana za istotną, jeżeli zostanie spełniony co najmniej jeden z warunków określonych w art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.”.

⁴ Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017r. o sygnaturze II GSK 342/16.

Do powyższych ustaleń Beneficjent w dniu 23 maja 2024 r. złożył zastrzeżenia dotyczące stwierdzonego naruszenia twierdząc, iż zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy była dopuszczalna na mocy art. 455 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym Beneficjent stwierdził, iż brak jest podstaw do nałożenia korekty finansowej.

W pierwszej kolejności Beneficjent twierdzi, że zapisy § 13 ust. 2 pkt 2.1.9 oraz 2.1.10 Umowy spełniają wymogi określone w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazuje przy tym, że posługiwał się sformułowaniami występującymi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego. Wobec powyższego, w opinii Beneficjenta, wskazane postanowienia umowne są jasne i zrozumiałe dla wszystkich rozsądnie działających oferentów. Nie można wymagać od zamawiającego, aby był bardziej precyzyjny niż sam ustawodawca, zwłaszcza w przypadku wystąpienia okoliczności, których nie można przewidzieć oraz przyczyn niezależnych od wykonawcy. Odnosząc się zaś do zakresu zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy, nie jest możliwe precyzyjne wskazanie o jaki okres zostanie ona wydłużona. Okres ten zależy bowiem od konkretnej okoliczności uniemożliwiającej wykonanie umowy w przewidzianym terminie. Nie sposób, w przypadku przeszkód powodujących wydłużenie realizacji umowy, od razu przewidzieć jak długo będą one trwały i w związku z tym w jaki sposób wpłyną na okres realizacji umowy. Oczywiście jest, że precyzyjne określenie wpływu danych okoliczności na okres realizacji umowy jest możliwe do ustalenia dopiero po wystąpieniu tychże okoliczności.

Beneficjent podkreśla, że problem z dostępnością lokali stanowił okoliczność, której strony nie mogły przewidzieć, nawet jeśli z doświadczenia stron wynikało, że w przeszłości przy realizacji podobnych robót występowały przedmiotowe utrudnienia. Nie można było jednak zakładać, że wystąpią one w trakcie realizacji prac objętych umową nr 083/PZ/V/2021 z dnia 21.05.2021 r. i od razu wydłużyć termin jej realizacji. W opinii Beneficjenta problemy z dostępnością lokali wypełniają przesłankę opisaną w § 13 ust. 2 pkt 2.1.10 Umowy, gdyż w jej przypadku nie przewidziano warunku braku możliwości przewidzenia przedmiotowej okoliczności, a to Beneficjent był zobowiązany do przekazania Wykonawcy placu budowy.

Odnosząc się do kwestii § 13 ust. 1 pkt 1.8 Umowy Beneficjent wskazuje, że termin realizacji umowy był wydłużony z powodu nieudostępnienia rzeczonych lokali.

W dalszej części zastrzeżeń Beneficjent wskazuje, iż podstawą do przesunięcia terminu realizacji przedmiotu umowy był art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia: (...) jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.*

Beneficjent kwestionuje również poniesienie szkody przez budżet Unii Europejskiej. W jego opinii, biorąc pod uwagę przywołane przez Instytucję Wdrażającą orzecznictwo, nie każde naruszenie w ramach realizowanego projektu czy prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z automatu skutkuje lub może skutkować wyrządzeniem szkody w budżecie Unii Europejskiej. Na poparcie swoich argumentów Beneficjent przywołuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16.07.2016 r., gdzie Trybunał orzekł, że nawet w sytuacji gdy w sprawie doszło do naruszenia prawa, ale nie wywołało ono skutków w budżecie Unii Europejskiej przez sfinansowanie nieuzasadnionego wydatku, który to skutek,

jak podkreśla Trybunał, powinien zostać wykazany przez Instytucję oceniającą, to brak jest podstaw do nałożenia korekty finansowej, gdyż nie wystąpiły wszystkie przesłanki nieprawidłowości. Trybunał wskazał jednocześnie, że przy ustalaniu wysokości ewentualnej korekty finansowej powinno się brać pod uwagę wpływ naruszenia na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto każda korekta finansowa powinna być rozpatrywana przez pryzmat art. 143 ust. 2 rozporządzenia ogólnego, z którego jednoznacznie wynika, że wymierzając korektę państwa członkowskie biorą pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze i stosują proporcjonalną korektę. W opinii Beneficjenta twierdzenia Instytucji Wdrażającej dotyczące wpływu przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy już na etapie prowadzonego postępowania mogło skutkować złożeniem ofert przez innych wykonawców lub mogło mieć wpływ na treść złożonych ofert są błędne. Jako uzasadnienie wskazuje, iż zaistniałe okoliczności z pewnością wpłynęłyby również na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy także w przypadku wyboru innego kontrahenta..

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

A. Przesłanka określona w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny. Ponadto, postanowienia umowne muszą określać rodzaj i zakres zmian, określać warunki wprowadzenia zmian oraz nie mogą przewidywać takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Przywołany przepis stanowi implementację art. 72 ust. 1 lit. 1a dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym umowy o udzielenie zamówienia publicznego i umowy ramowe *można modyfikować bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą [...] a) gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych [...]Tego rodzaju klauzule podają zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować[...].*

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29.04.2004 r. dotyczącym sprawy C-496/99 P Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA zauważył, iż możliwość zmiany niektórych warunków zaproszenia do składania ofert po wybraniu zwycięskiego oferenta musi być wyraźnie przewidziana już w ogłoszeniu o zaproszeniu do składania ofert. Ponadto, instytucja zamawiająca powinna określić ramy, w których procedura zmiany zostanie dokonana, tak aby wszyscy zainteresowani wykonawcy byli świadomi możliwości dokonania zmiany od samego początku, co zapewni im równe szanse przy formułowaniu ofert⁵.

Instytucja Wdrażająca zaznacza, iż klauzule przeglądowe zawarte w Umowie w żaden

⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (szósta izba) z dnia 29 kwietnia 2004 r. Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA. Sprawa C-496/99 P.

sposób nie określają okresu o jaki może zostać przedłużony termin realizacji, czyli nie zawierają zakresu zmiany, czyli elementu wymaganego wprost przez przepisy ustawy Pzp. Instytucja Wdrażająca zgadza się z Beneficjentem, że niemożliwe może być precyzyjne wskazanie konkretnej ilości dni o jakie przedłużony może zostać termin realizacji umowy. W opinii Instytucji Wdrażającej umowa powinna zawierać **zasady w jaki sposób zostanie obliczony nowy okres realizacji zamówienia**. Przedstawiona do kontroli umowa takich zasad nie zawiera, na co już wcześniej wskazała Instytucja Wdrażająca.

Ze względu na powyższe, niedopuszczalne jest, w opinii Instytucji Wdrażającej, przesunięcie terminu realizacji przedmiotu umowy na podstawie § 13 ust. 2 pkt 2.1.9 oraz 2.1.10 Umowy.

W przypadku przesłanki opisanej w § 13 ust. 1 pkt 1.8 Umowy, Beneficjent w swoich zastrzeżeniach w żaden sposób nie odniósł się do kwestii podniesionej przez Instytucję Wdrażającą w przedmiotowej Informacji pokontrolnej i nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia, iż okoliczności, na które powołał się Wykonawca mieszczą się w przesłance opisanej w przedmiotowym przepisie.

B. Przesłanka określona w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zmiana umowy jest dopuszczalna jeżeli zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a. Konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- b. Zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy,
- c. Wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Oczywistym jest, iż w analizowanym stanie faktycznym spełniony został warunek określony w b) i c), gdyż zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy nie zmieniała jej ogólnego charakteru oraz miała wpływ na wartość zamówienia.

O dopuszczalności zastosowania przytoczonego powyżej przepisu decydować będzie zatem kwestia spełnienia warunku wyszczególnionego a).

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 *Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekonunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Należy jednak podkreślić, iż wskazane wyżej przykładowe okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany umowy muszą mieć charakter na tyle nadzwyczajny, że*

zamawiający, dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich zaistnienia. Muszą one wynikać z okoliczności nie mających swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych, w szczególności obserwowanych wahaniami cen na rynku określonych dóbr, zmianach inflacyjnych itp. Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność, to winny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, których zastosowanie umożliwia przywrócenie zachwianej tymi zdarzeniami równowagi w umowie łączącej strony. (...)

Interpretacja przepisu art. 455 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk gospodarczych, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe..⁶

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.

W ocenie Instytucji Wdrażającej nieudostępnienie lokali przez lokatorów w wyznaczonym przez wykonawcę i Beneficjenta terminie nie jest zdarzeniem niemożliwym do przewidzenia w „przedsięwzięciach” zajmujących się profesjonalnie zarządzaniem nieruchomościami oraz modernizacją wielorodzinnych budynków mieszkalnych. Beneficjent sam przyznaje, że z doświadczenia stron wynikało, że w przeszłości przy realizacji podobnych robót występowały przedmiotowe utrudnienia. Również doświadczenie Instytucji Wdrażającej w kontrolach podobnych inwestycji pokazuje, iż wykonawcy bardzo często napotykały trudności z dostępem do lokali. Mając na względzie doświadczenie Zamawiającego i Wykonawcy należy przyjąć, iż obie strony takie ryzyko winny były uwzględnić, mają na uwadze oczekiwany od nich poziom profesjonalizmu.

W świetle przedstawionych okoliczności Instytucja Wdrażająca uznała, iż w kontrolowanym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki określone w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

C. Kwestia szkody poniesionej przez budżet Unii Europejskiej.

Zgodnie z art. 2 pkt 36 przywołanego rozporządzenia nieprawidłowością jest naruszenie przepisów, które:

- ma szkodliwy wpływ na budżet UE (szkoda rzeczywista),
- może mieć szkodliwy wpływ na budżet UE (szkoda potencjalna).

⁶ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp”

Na gruncie przywołanego przepisu ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, zgodnie z którą dla stwierdzenia nieprawidłowości nie jest konieczne wykazanie faktycznych skutków finansowych spowodowanych naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Tytułem przykładu przytoczyć można tezy formułowane w orzecznictwie sądów administracyjnych:

- *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, w tym zasad określonych w p.z.p. (...) 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.⁷*
- *Przy ocenie nieprawidłowości szkoda nie musi być konkretną stratą finansową. Wystarczy samo tylko wykazanie, że określone nieprawidłowości, powstałe wskutek zachowania się beneficjenta, mogły jedynie (choć wcale nie musiały) narazić ogólny budżet Unii Europejskiej na uszczerbek, nawet bliżej niewykazany ("potencjalny").⁸*
- *Szkoda (...) powstaje niejako automatycznie, gdy beneficjent otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z prawem, a przy tym do powstania szkody w budżecie UE nie jest wymagane powstanie faktycznego uszczerbku majątkowego - wystarczy sama możliwość jego wystąpienia.⁹*
- *Środki unijne podlegają zwrotowi tylko wówczas, gdy wykorzystano je z naruszeniem procedur, które to naruszenie stanowi "nieprawidłowość" w rozumieniu art. 2 pkt 36 cytowanego rozporządzenia, a więc nieprawidłowość, która ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu nieuzasadnionym wydatkiem. Nie chodzi tu zatem o spowodowanie szkody rzeczywistej, wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Szkoda 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 funduszu¹⁰*

Wbrew twierdzeniom Beneficjenta zadaniem Instytucji Wdrażającej nie jest zatem wykazanie, iż stwierdzone naruszenie wywołało negatywne skutki finansowe, a tym samym spowodowało szkodę w budżecie UE. Wystarczającym jest bowiem samo zagrożenie, że szkoda powstanie.

W kontekście stwierdzonych naruszeń warto przytoczyć stanowisko WSA w Lublinie, który podkreślił, iż *dla przyjęcia, że dane zachowanie beneficjenta mieści się w pojęciu nieprawidłowości wystarczające jest ustalenie, że dane naruszenie mogło - nawet tylko potencjalnie - doprowadzić do sytuacji, w której hipotetyczny wykonawca, z uwagi na naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa, mógł zrezygnować z udziału w postępowaniu. (...) Dla ustalenia, czy występuje nieprawidłowość (...) nie jest konieczne wykazanie przez organ, że*

⁷ Wyrok NSA z 10.09.2015 r., II GSK 175/15, LEX nr 2091895.

⁸ Wyrok WSA w Kielcach z 29.08.2019 r., I SA/Ke 249/19, LEX nr 2721708.

⁹ Wyrok WSA w Łodzi z 8.01.2016 r., III SA/Łd 937/15, LEX nr 1970293.

¹⁰ Wyrok WSA w Gliwicach z 19.04.2023 r., III SA/Gl 155/23, LEX nr 3563956.

szkoda w budżecie Unii rzeczywiście wystąpiła lub mogła wystąpić z dużym prawdopodobieństwem.¹¹

W kontrolowanym stanie faktycznym Beneficjent dokonał istotnych zmian w umowie zawartej z Wykonawcą. Jak wykazała wyżej Instytucja Wdrażająca termin realizacji przedmiotu umowy stanowi istotny element przy kalkulowaniu ceny oferty, jak również przy ocenie czy potencjalny wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie i czynnik ten mógł mieć wpływ na treść i ilość złożonych ofert.

Mając na uwadze powyższe, Instytucja Wdrażająca w pełni podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie stwierdzonych naruszeń oraz ustalonej stawki pomniejszenia/korekty.

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**

2. 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 z dnia 29.07.2021 r. do umowy nr 083/PZ/V/2021 z dnia 21.05.2021 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 informacji pokontrolnej Beneficjentowi nie przysługują środki odwoławcze w systemie instytucjonalnym PO IiŚ.


¹¹ Wyrok WSA w Lublinie z 30.06.2016 r., III SA/Lu 14/16, LEX nr 2105736.

V. POZOSTAŁE INFORMACJE


Data i podpis Kontrolującego:

| | Imię i nazwisko | Data | Podpis |
|-------------|-----------------|---------------|---|
| Sporządził: | Artur Pniak | 24.05.2024 r. |  |

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

| | Imię i nazwisko | Data | Podpis |
|--------------|--------------------|---------------|---|
| Weryfikował: | Mariusz Smurzyński | 24.05.2024 r. |  |

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

| | Imię i nazwisko | Data | Podpis |
|--------------|----------------------|--------------|---|
| Akceptowała: | Iwona Gejdel-Targosz | 2024 -05- 24 |  |

Informacja pokontrolna została zatwierdzona
Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach
Nr 875/2024 z dnia 07.06.2024r.



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.01.07.01-00-0042/21. „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych w mieście Gliwice - III”. |
| Rodzaj kontroli | Kontrola doraźna ex-post. |
| Termin kontroli | Kontrolę wszczęto w dniu 24.04.2024 r. i zakończono w dniu 24.05.2024 r. |
| Nazwy skontrolowanych postępowañ o udzielenie zamówienia publicznego | Aneks z dnia 29.07.2021 r. do Umowy nr 083/PZM/2021 z dnia 21.05.2021 r. na wykonanie termomodernizacji, remontu, budowy wewnętrznej instalacji gazu w budynku mieszkalnym wielorodzinnym przy ul. Daszyńskiego 500 w Gliwicach wraz z rozbiórką komórek lokatorskich, brukowaniem placów zewnętrznych oraz innymi robotami towarzyszącymi. |
| Ustalenia z przeprowadzonej kontroli | Wynik przeprowadzonej kontroli: 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. 455 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie. |

Data: 2024 -06- 07

Podpis kierownika jednostki kontrolującej albo osoby upoważnionej:

WFOSiGW w Katowicach
Zastępca Prezesa Zarządu

Jolanta Gajda

