

Informacja pokontrolna nr 62/2022
z dnia 29.11.2022 r.

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

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 03/20/TT z dnia 04.11.2020 r. do umowy nr 054/20/TT z dnia 30.03.2020 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 firmą DOMTON mgr inż. Andrzej Wnuk reprezentowaną przez Andrzeja Wnuka – 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 22 sierpnia 2019 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) 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 25 sierpnia 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.62.01 z dnia 18.08.2022 r. Kontrolę wszczęto w dniu 02.09.2022 r. i zakończono w dniu 29.11.2022 r.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
1. kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 02.09.2022 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 01.09.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach,
 2. wyjaśnienia oraz kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 10.10.2022 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 07.10.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach,
 3. wyjaśnienia Inspektorów Nadzoru ZBM II TBS Sp. z o.o. z dnia 14.11.2022 r., przekazane przez Beneficjenta w dniu 22.11.2022 r.

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanej umowy – bez zastrzeżeń.

1. Analiza stanu prawnego i faktycznego

W dniu 30.03.2020 r. Beneficjent zawarł Umowę nr 054/20/TT na wykonanie robót budowlanych pn. „Wykonanie termomodernizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Lipowej 11 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 wod-kan i elektrycznej, dociepleniem stropu nad piwnicą i ścian kondygnacji poddasza oraz likwidacją nieekologicznych urządzeń na paliwo stałe”.

W toku realizacji umowy, protokołami konieczności z dnia 18.09.2020 r. oraz 02.10.2020 r. uzgodniono zakres robót dodatkowych/zamiennych.¹ Do każdego z protokołów załączony został kosztorys ofertowy, zawierający wycenę robót dodatkowych/zamiennych.

Dnia 04.11.2020 r. strony podpisały Aneks nr 03/20/TT, na mocy którego:

1. wyłączono z zakresu umowy roboty zawarte w dokumentacji technicznej dot. głównie instalacji wod.-kan. i remontu łazienek w mieszkaniach o łącznej wartości 54.490,56 zł netto,
2. wprowadzono roboty dodatkowe/zamienne o łącznej wartości 34.815,46 zł netto.

W złożonych w toku kontroli wyjaśnieniach Beneficjent, jako podstawę prawną zawarcia kontrolowanego Aneksu, wskazał art. 144 ust. 1 pkt 1 uPzp w związku z § 16 ust. 2 pkt e) ppkt g) Umowy oraz § 6 ust. 1 Umowy.

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.

Działając zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w punkcie 10.6.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Beneficjent opisał przesłanki zmiany postanowień umowy. W podpunkcie 4. punktu 10.6.2 SIWZ przewidziano następującą przesłankę:

g) w uzasadnionych przypadkach, dopuszcza się zmianę wynagrodzenia wykonawcy w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych wynikających z okoliczności nieprzewidzianych w chwili zawarcia umowy, bądź uzasadnionej konieczności wyłączenia określonego zakresu prac.

Analogiczna przesłanka została opisana w § 16 ust. 2 pkt e) ppkt g) Umowy z wykonawcą.

Zgodnie z § 6 pkt 1 Umowy w przypadku zaistnienia konieczności wykonania prac nie objętych kosztorysem Wykonawcy (których konieczności wykonania wystąpiła w toku realizacji, a które nie były możliwe do określenia przed zawarciem umowy) – tzw. roboty dodatkowe lub zamienne – Wykonawca jest zobowiązany przed ich realizacją do niezwłocznego powiadomienia Pełnomocnika Zamawiającego poprzez dokonanie odpowiedniego wpisu do Dziennika Budowy i poinformować inspektora nadzoru.

Jednocześnie w § 9 pkt 5 Umowy strony ustaliły, iż do rozliczenia robót dodatkowych lub nieprzewidzianych, dla których w kosztorysie ofertowym Wykonawcy nie zostały określone ceny jednostkowe, przyjmuje się składniki cenotwórcze według Protokołu

¹ Protokół konieczności nr 1 z dnia 18.09.2020 r., Protokół konieczności nr 2 z dnia 18.09.2020 r., Protokół konieczności nr 3 z dnia 02.10.2020 r., Protokół konieczności nr 4 z dnia 02.10.2020 r.

uzgodnień zasad wyceny robót remontowo-budowlanych, stanowiącego załącznik nr 2 Umowy.

A. Zmiana dopuszczalna na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

W oświadczeniu z dnia 29.09.2022 r. Inspektorzy Nadzoru ZBM II TBS Sp. z o.o. szczegółowo odnieśli się konieczności wykonania wymienionych powyżej robót.

Biorąc pod uwagę okoliczności opisane przez Inspektorów Nadzoru ZBM II TBS Sp. z o.o. Instytucja Wdrażająca uznała, iż wyszczególnione w:

- a) protokole konieczności nr 1 – roboty polegające na wymianie elementów konstrukcyjnych dachu – krokwie zwykłe i kleszcze oraz uzupełnieniu włązów kominarskich,
- b) protokole konieczności nr 2 – roboty polegające na wykonaniu operatu geodezyjnego powykonawczego oraz montażu muf tulejowych,
- c) protokole konieczności nr 3 – roboty polegające na malowaniu dwukrotnym tynków farbą emulsyjną – farba dyspersyjno krzemianowa (malowanie docieplenia stropów w poziomie piwnic) oraz wykonanie docieplenia stropu granulatem wełny mineralnej,
- d) protokole konieczności nr 4 – dostawa i montaż bramy wjazdowej

nie były możliwe do przewidzenia przed zawarciem umowy, a konieczność ich wykonania wystąpiła w toku realizacji umowy.

Podstawą określenia wartości robót dodatkowych i zamiennych były kosztorysy ofertowe sporządzone przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac określonych w protokołach konieczności. Kosztorysy, stanowiące podstawę ustalenia wysokości wynagrodzenia, zostały sporządzone zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 9 pkt 5 Umowy.

Zmiana umowy w tym zakresie nie prowadziła do zmiany charakteru umowy.

Tym samym zmiana ta była dopuszczalna na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 16 ust. 2 pkt e) ppkt g) Umowy oraz § 6 ust. 1 Umowy.

B. Zmiana dopuszczalna na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

W przypadku robót wyszczególnionych w:

- a) protokole konieczności nr 1 - polegających na przemurowaniu kominów z cegieł, przygotowaniu i montażu zbrojenia z prętów stalowych gładkich lub żebrowanych, uzupełnieniu zbrojonych czapek kominowych z betonu monolitycznego, uzupełnieniu tynków zwykłych cementowo-wapiennych kat. III na kominach ponad dachem płaskim, rozebraniu obicia ścian drewnianych z desek otynkowanych, wymianie deskowania dachu, naprawieniu uszkodzonych powierzchni w murze, przygotowaniu starego podłoża pod docieplenie metodą lekką-mokrą, ociepleniu ścian budynków płytami styropianowymi,
- b) protokole konieczności nr 3 – polegających na wykonaniu docieplenia stropu granulatem wełny mineralnej gr. 20 cm,
- c) protokole konieczności nr 4 – polegających na wymianie okien zespolonych na okna uchylne jednodzielne z PCV oraz montaż zabezpieczeń przeciw wypadnięciu w oknach klatki schodowej,

w ocenie Instytucji Wdrażającej nie sposób przyjąć, iż konieczność ich wykonania wystąpiła w toku realizacji i nie były one możliwe do określenia przed zawarciem umowy.

Ponadto, z uwagi na fakt, iż Beneficjent nie wykazał jakich robót zaniechano na podstawie kontrolowanego aneksu, Instytucja Wdrażająca nie jest w stanie ocenić czy w zakresie robót zaniechanych spełniona została przesłanka z § 16 ust. 2 pkt e) ppkt g) Umowy.

Jednakże, w związku z faktem, iż Instytucja Wdrażająca jest zobowiązana do zbadania legalności zawarcia kontrolowanego aneksu przez pryzmat wszystkich przesłanek z art. 144 ustawy Pzp, Instytucja Wdrażająca dokona oceny zgodności procedury zawarcia kontrolowanego aneksu w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia w kontekście przesłanki opisanej w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z ww. przepisem zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) 6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Treść przywołanego przepisu jest konsekwencją stanowiska wyrażonego w motywie 107 dyrektywy 2014/24/UE, w którym wskazano, iż modyfikacje umowy skutkujące nieznaczną zmianą wartości umowy do określonej wartości powinny być możliwe zawsze bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych podkreślono, iż *zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci zmiany wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, jest dopuszczalna w sytuacji, gdy pociąga za sobą zmianę wartości umowy, np. wynikającą ze zwiększenia lub zmniejszenia zakresu zamówienia.*²

Z powyższego wynika, iż poza wykazaniem odpowiedniej wartości zmiany, powołanie się na omawianą przesłankę nie wymaga spełnienia żadnych dodatkowych okoliczności i nie wiąże się z koniecznością publikowania ogłoszenia o zmianie umowy. Ponadto, w opinii zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzono, iż w przypadku określonym w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie ma obowiązku przewidywania w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości dokonania zmian w umowie.

Mając na uwadze brzmienie przytoczonego przepisu, opinię UZP oraz opisane powyżej okoliczności faktyczne, Instytucja Wdrażająca stwierdziła, iż:

- 1) łączna wartość robót zaniechanych oraz robót wskazanych w punktach c – l, q, r oraz t (65.558,08 zł netto) jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (dla robót budowlanych – 5.548.000 euro),
- 2) łączna wartość zmian (12,54%) jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie,

² Opinia Urzędu Zamówień Publicznych: Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego na podst. art. 144 ust. 1 pkt 1,3 i 6 ustawy Pzp, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>

- 3) wartości robót dodatkowych i zamiennych została ustalona zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 9 pkt 5 Umowy,
- 4) kontrolowany aneks nie zmienia charakteru umowy.

W związku z powyższym, w ocenie Instytucji Wdrażającej, zaistniały wszystkie przesłanki wymagane do uznania procedury zawarcia kontrolowanego aneksu w analizowanym zakresie za zgodną z art. 144 ust. 1 pkt 6 uPzp.

Podsumowując, Instytucja Wdrażająca doszła do przekonania, iż zawarcie w dniu 04.11.2020 r. Aneksu nr 03/20/TT do umowy nr 054/20/TT z dnia 30.03.2019 r. było dopuszczalne i zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

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:

- **Nie stwierdzono**

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:

Zakres rzeczowy określony w Aneksie nr 03/20/TT z dnia 04.11.2020 r. do umowy z wykonawcą 054/20/TT z dnia 30.03.2020 r. zawiera się w zakresie rzeczowym określonym w umowie o dofinansowanie nr 08/2020 z dnia 20.03.2020 r. wraz z Aneksem nr 1 z dnia 23.02.2021 r.

III. INFORMACJA O POMNIEJSZENIU WYDATKÓW KWALIFIKOWALNYCH

Nie dotyczy

IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ

Od ustaleń zawartych w niniejszej Informacji pokontrolnej Beneficjentowi przysługuje prawo wniesienia zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem do Instytucji Wdrażającej w terminie 14 dni od daty jej doręczenia.


Instytucja Wdrażająca uzna, że zastrzeżenia zostały wniesione skutecznie w sytuacji, gdy najpóźniej w ostatnim dniu powyższego terminu do godziny 15.30, zastrzeżenia zostaną dostarczone do kancelarii WFOŚiGW w Katowicach przy ul. Plebiscytowej 19 osobiście lub za pośrednictwem operatora pocztowego.

W przypadku nie dostarczenia zastrzeżeń w terminie, w sposób wskazany powyżej, Beneficjentowi nie przysługują żadne uprawnienia ani roszczenia, w szczególności roszczenie o przywrócenie terminu.


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	29.11.2022 r.	

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	29.11.2022 r.	

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	2022 -11- 29	