
OPINIA POKONTROLNA KONTROLI nr POIS.01.01.02-U/A/3/2021**A. Podstawowe informacje o kontroli i jednostce kontrolowanej.**

1.	Numer kontroli	POIS.01.01.02-U/A/3/2021
2.	Numer projektu	POIS.01.01.02-00-0004/19
3.	Tytuł projektu	„Budowa GPO 20/110 kV wraz z siecią dystrybucyjną 110 kV w celu przyłączenia jednostek generacji OZE o mocy 28 MW w gminie Bogatynia.”
4.	Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli	§ 13 Umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.02-00-0004/19-00
5.	Nazwa jednostki kontrolowanej	ZKLASTER Dystrybucja Sp. z o.o. (dawniej: Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.) ¹
6.	Adres jednostki kontrolowanej	59-900 Zgorzelec Trójca 41
7.	Osoba dokonująca czynności kontrolnych	Artur Krówka Główny specjalista
8.	Termin i rodzaj kontroli	Kontrola planowa, ex post przeprowadzona w okresie: 17.05.2021- 20.10.2021 r. Kontrola przeprowadzona w trybie pracy zdalnej.
9.	Zakres kontroli	1) Kontrola: procedury zawarcia umowy nr 3/19 z 11.10.2019 r.: Budowa GPO 20/110 kV wraz z siecią dystrybucyjną 110 kV w celu przyłączenia jednostek generacji OZE o mocy 28 MW w gminie Bogatynia, 2) Kontrola zmian ww. umowie wprowadzonych aneksem nr 1 z 15.11.2019 r., aneksem nr 2 z 18.02.2020 r, aneksem nr 3 z 16.03.2020 r. oraz aneksem (porozumieniem) z 24.12.2020 r.

¹ Beneficjent pismem z dnia 12.10.2021 r. powiadomił o zmianie nazwy Spółki. Nr KRS 0000567563, REGON 362056767, NIP: 6152047097 pozostają bez zmian. W opinii pokontrolnej używa się poprzedniej nazwy Beneficjenta tj. Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.

10.	Dane identyfikujące kontrolowaną umowę	
11	Numer umowy oraz data zawarcia z wykonawcą	Umowa nr 3/19 z 11.10.2019 r. Aneks nr 1 z 15.11.2019 r. Aneks nr 2 z 18.02.2020 r Aneks nr 3 z 16.03.2020 r. Aneks (porozumienie) z 24.12.2020 r.
12	Podstawa prawna zawarcia umowy	– Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz U z 2019 r. poz. 1843) (dalej Pzp), – Wewnętrzna procedura Beneficjenta - „Procedury udzielania zamówień w spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.” oraz „Procedura zawierania umów w oparciu o prawo zamówień publicznych”
13	Nazwa Wykonawcy umowy	Electrum Sp. z o.o. ul. Watykańska 13 15-638 Białystok
14	Wartość netto umowy	21 763 200,00 zł netto
15	Wartość brutto umowy	26 768 736,00 zł brutto

B. Ustalenia kontroli.

W umowie o dofinansowanie nr POIS.01.01.02-00-0004/19 Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu zgodnie z należytą starannością i zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego i unijnego. W umowie zawarto klauzulę, zgodnie z którą warunkiem uznania wydatków za kwalifikowane jest ich poniesienie zgodnie z *Wytocznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020* (dalej: Wytoczne).

Procedury beneficjenta w zakresie udzielania zamówień.

Kontrolowane postępowanie przeprowadzono w oparciu o przepisy ustawy Pzp oraz wersję regulaminu obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania tj. procedury przyjętej Uchwałą Zarządu Spółki nr 02/03/2019 z 19.03.2019 r. (dalej Procedura). Ogólne zasady udzielania zamówień u Beneficjenta reguluje „Procedura udzielania zamówień w Spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.” z dnia 4.03.2019 r. Ww. procedura została zweryfikowana w ramach niniejszej kontroli.

W momencie realizacji zamówienia Beneficjent nie był podmiotem zobowiązanym do stosowania Pzp w przypadku przedmiotowego zamówienia. Pomimo braku takiego obowiązku Beneficjent przeprowadził postępowanie z zastosowaniem przepisów Pzp, ponieważ w jego opinii w momencie wszczynania zamówienia był on Zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Jak wyjaśnił

Beneficjent pismem z dnia 16.07.2021 r. do uznania takiego obowiązku wystarczy wypełnienie co najmniej jednej z przesłanek wskazanych w niniejszym przepisie tj.:

a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a,

b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.”

W opinii jednostki kontrolującej przyjęte przez Beneficjenta stanowisko jest błędne i zaistnienie obowiązku stosowania ustawy Pzp dochodzi wyłącznie w przypadku kumulatywnego (łącnego) spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp. Mając na uwadze, że w przedmiotowym przypadku nie została wypełniona przesłanka wskazana lit. b ww artykułu ze względu na fakt, że wartość zamówienia jest poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp dla robót budowlanych, Beneficjent nie był zobowiązany do stosowania przepisów Pzp. Na poparcie stanowiska IP można przywołać postanowienie KIO 1305/20, KIO 1299/20 z dnia 10.08.2020 r., w którym Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołania ze względu na fakt, że podmiot przeprowadzający postępowanie (Energa- Operator S.A.) nie był Zamawiającym w rozumieniu art. 3 ustawy Pzp. W przedmiotowym przypadku KIO rozpatrywała również wypełnienie przesłanki wskazanej w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, jednak uznanie przez KIO braku wypełnienia jednej z przesłanek (wskazanej w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c Pzp) spowodowała uznanie, że taki podmiot nie jest Zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 4 ust. 3 umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.02-00-0004/19-00 Beneficjent był zobowiązany do stosowania *Wytycznych* aktualnych na dzień wszczęcia postępowania (tj. na dzień 30.05.2019 r.), które nie przewidywały wprost możliwości stosowania ustawy dla Beneficjentów nie będących Zamawiającymi w rozumieniu ustawy Pzp. Jednocześnie w tym samym paragrafie umowy wskazano, że jeżeli w trakcie kontroli obowiązuje korzystniejsza dla Beneficjenta wersja *Wytycznych* prawidłowość zawierania umów może odbyć się w oparciu o korzystniejszą dla Beneficjenta wersję *Wytycznych*. Aktualna wersja *Wytycznych* w podrozdziale 6.5 pkt 1 oraz sekcji 6.5.2 pkt. 4 wskazuje wprost, że w przypadku Beneficjenta nie będącego Zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp zasadę konkurencyjności uznaje się za spełnioną, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone jest na zasadach i w trybach określonych w Pzp.

Mając powyższe na uwadze oraz fakt, że na etapie wszczęcia i prowadzenia postępowania Beneficjent dobrowolnie zobowiązał się do stosowania procedur określonych w ustawie Pzp, IP postanowiła

dokonać kontroli zawarcia umowy oraz aneksów do umowy w oparciu o przepisy ustawy Pzp obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania.

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekraczała tzw. „progów unijnych” (art. 11 ust. 8 Pzp). Postępowanie przeprowadzono w trybie przetargu nieograniczonego, jako zamówienie klasyczne w procedurze „krajowej” (ogłoszenie w Biuletynie zamówień publicznych).

Postępowanie.

Przygotowanie postępowania.

Gepol Dystrybucja Sp. z o.o. nie sporządza planu postępowań o udzielenie zamówień, o którym mowa w art. 13a Pzp².

Zgodnie z wyjaśnieniami Beneficjenta z 14.06.2021 r. odstąpiono od sporządzania wniosku o rozpoczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w §4 ust. 2 pkt 1 Procedury zawierania umów ze względu na fakt, że w skład Zespołu zamówień publicznych w kompetencjach, którego leżał obowiązek sporządzenia wniosku, wszedł sam kierownik zamawiającego, w osobach Prezesa Zarządu oraz Członka Zarządu. Beneficjent uznał, że skoro kierownik zamawiającego sam przyjął na siebie obowiązek merytorycznego przygotowania postępowania, sporządzanie wniosku było zbędne.

Szacowanie wartości zamówienia.

Jak wynika z protokołu postępowania szacunkową wartość zamówienia określono 25.03.2019 r. na kwotę 22 479 256,45 zł netto, tj. 5 213 548,36 euro³ na podstawie kosztorysów inwestorskich, przedmiarów robót. Podstawa prawna szacowania wartości zamówienia: art. 33 ust. 3 pkt 1 Pzp i rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2004 nr 130 poz. 1389).

Należy wskazać na stwierdzoną nieprawidłowość w zakresie kwoty jaką Zamawiający przyjął jako wartość szacunkową zamówienia. Jak bowiem można by wnioskować z protokołu postępowania całkowita wartość zamówienia wynosi 22 479 256,45 zł netto, podczas gdy z przekazanych przez Zamawiającego kosztorysów KAZ-274 oraz KAZ-275 będących podstawą ustalenia wartości zamówienia, wartość całkowita zamówienia wynosi 22 029 020,49 zł netto. Jak wyjaśnił Zamawiający, w protokole jako wartość zamówienia podano kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tożsamą z kwotą wskazaną we wniosku o dofinansowanie, wskazując jednocześnie, że żaden przepis nie nakazuje aby kwota

² Beneficjent nie należy do podmiotów wskazanych w art. 3 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp (jednostki sektora publicznego), które mają obowiązek sporządzania planu zamówień.

³ Kurs euro 4,3117 zł

przeznaczona na sfinansowanie zamówienia była tożsama z wartością oszacowaną na podstawie kosztorysów inwestorskich. Jakkolwiek stanowisko Zamawiającego w zakresie braku tożsamości kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia a wartości szacunkowej zamówienia jest prawidłowa, o tyle nie zmienia to faktu, że jako wartość zamówienia należało przyjąć kwotę ustaloną zgodnie z art. 33 ust. 3 pkt 1 oraz 2 Pzp, tj. na podstawie kosztorysów inwestorskich lub odpowiednio planowanych kosztów prac ustalonych w PFU, a nie kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i taką kwotę wpisać w pkt. 2.4 protokołu postępowania.

Należy jednocześnie stwierdzić, że wskazana nieprawidłowość nie miała wpływu na prowadzone postępowanie, w szczególności zastosowano procedury odpowiednie jak dla wartości szacunkowej określonej w oparciu o kosztorysy inwestorskie. Mając powyższe na uwadze oraz biorąc pod uwagę, że Zamawiający poprzedził ustalenie wartości szacunkowej sporządzeniem kosztorysów inwestorskich i przedmiarów, a wskazana nieprawidłowość nie miała wpływu na zastosowanie właściwych procedur dla wartości zamówienia, w ocenie IP nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkującej koniecznością nałożenia korekty.

Komisja przetargowa.

Kierownik Zamawiającego powołał stałą komisję przetargową (później zatwierdził zmianę jej składu).⁴ Członkowie Komisji 24.06.2019 r. złożyli „oświadczenia o niepodleganiu wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia” określone w art. 17 ust 2 Pzp na druku ZP-1 stanowiące załącznik do protokołu z postępowania z 1.10.2019 r. Członek komisji wprowadzony do składu komisji przetargowej w dniu 10.07.2019 r. złożył oświadczenie o niepodleganiu wyłączeniu w dniu przyjęcia obowiązków członka komisji tj. w dniu 10.07.2019 r.

Upublicznienie zaproszenia do udziału w postępowaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego upubliczniono w następujący sposób:

- zamieszczono 30.05.2019 r. na stronie internetowej pod adresem <http://gepoldystrybucja.pl>,
- zamieszczono 30.05.2019 r. na platformie zakupowej Spółki pod adresem <http://gepoldystrybucja.ezamawiajacy.pl>
- zamieszczono w siedzibie Spółki,
- opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej również „BZP”) w dniu 30.05.2019 r. pod numerem 552873-N-2019 .

⁴ Zarządzenie Kierownika Zamawiającego z dnia 29.03.2019 r. o powołaniu Stałej Komisji Przetargowej oraz Zespołu Nadzoru nad Realizacją Udzielonego Zamówienia oraz Zarządzenie Kierownika Zamawiającego z dnia 10.07.2019 r. w sprawie zmiany składu osobowego komisji przetargowej

Ustalono, że treść ww. ogłoszeń była zgodna z art. 41 ustawy Pzp przy czym w ogłoszeniu nie wskazano informacji o współfinansowaniu zamówienia ze środków europejskich. W dniu 3.06.2019 r. dokonano zmiany treści ogłoszenia polegającej na dodaniu zapisu o współfinansowaniu zamówienia ze środków europejskich.

Warunki zamówienia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) została opracowana i zatwierdzona przez Kierownika Zamawiającego (w osobach Prezesa Zarządu oraz Członka Zarządu) 30.05.2019 r.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia publicznego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty za pomocą kodu i nazw określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień, za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Opis przedmiotu zamówienia stanowią projekty budowlano – wykonawcze, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót oraz w zakresie linii kablowej WN 110 KV realizowanej w trybie zaprojektuj i wybuduj Program Funkcjonalno-Użytkowy.

Ustalono, że opis przedmiotu zamówienia określony w SIWZ sformułowano w sposób zgodny z zasadami określonymi w art. 29 i 30 Pzp.

Warunki udziału w postępowaniu określono zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp.

O udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniali warunki, dotyczące:

- posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia;
- dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- sytuacji ekonomicznej i finansowej,

oraz niepodlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz ust. 5 pkt 1-8 Pzp.

Rodzaj i zakres dokumentów od wykonawców, które były wymagane przez Zamawiającego był zgodny z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r. Poz 1126).

Wraz z ofertą wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zgodnie z SIWZ otwarcie ofert miało być jawne i nastąpić 13.06.2019 r. o godzinie 12:15 w siedzibie Zamawiającego.

Zgodnie z SIWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu termin składania ofert ustalono na 13.06.2019 r. do godz. 12.00. Oceniono, że termin składania ofert określony w ogłoszeniu i SIWZ nie był zgodny z art. 43 ust. 1 Pzp, który stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Biorąc pod uwagę, że ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP w dniu 30.05.2019 r. pierwszym dniem na jaki można było wyznaczyć dzień składania ofert był 14.06.2019 r. Zgodnie z art. 14 ust. 1 do czynności podejmowanych w trakcie postępowania przez wykonawców i zamawiającego stosuje się ustawę z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Mając na uwadze, że Pzp nie reguluje zasad obliczania terminów, do ich ustalania należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego, w szczególności o dyspozycję przepisów art. 110 - 116 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią art. 111 § 1 i §2 Kodeksu cywilnego termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Dzień rozumiany jest jako doba (liczy się go od północy do północy i obejmuje on 24 godziny). Z uwagi więc na treść art. 111 kc, zamawiający przy obliczaniu terminu określonego w dniach nie uwzględnia dnia, w którym zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w BZP, a termin składania ofert zaczyna bieg w dniu następnym, co oznacza, iż wygasa o północy ostatniego, czternastego dnia. Odnosząc to do kontrolowanego postępowania oceniono, że termin składania ofert został ustalony do godz. 12.00 czternastego dnia od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, tj. niezgodnie z art. 43 Pzp. Należy przy tym wskazać, że 3.06.2019 r. Beneficjent dokonał zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówienia i zmienił termin składania ofert na dzień 17.06.2019 r. co wypełniało dyspozycję art. 43 ust. 1 Pzp.

Kryteria oceny ofert: 100% cena brutto.

Termin realizacji zamówienia - nie dłużej niż do 30.11.2019 r.

Termin związania ofertą: oznaczony datą na 13.07.2019 r. Termin ten został wyznaczony z naruszeniem dyspozycji art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, jednak nie dłużej niż 30 dni. Bieg terminu związania ofertą oblicza się inaczej niż w przypadku większości terminów wynikających z ustawy Pzp – zarówno gdy chodzi o jego początek, jak i koniec. Pierwszym dniem ujmowanym w obliczeniu tego terminu jest dzień, w którym upływa termin składania ofert (a nie dzień kolejny). Natomiast do obliczenia ostatniego nie stosuje się zasady, zgodnie z którą termin przesuwany na pierwszy dzień roboczy po sobocie, niedzieli i święcie – jeśli termin upływa w taki szczególny dzień, nie powoduje to automatycznego przedłużenia. Odnosząc to do badanej sytuacji termin związania ofertą został wyznaczony na 31 dni, co jest niezgodne z art. 85 ust. 1 Pzp. Należy przy tym wskazać, że 3.06.2019 r. Beneficjent dokonał zmiany

treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Beneficjent zmienił termin składania ofert na dzień 17.06.2019 r., a termin związania ofertą na 16.07.2019 r., tj. na 30 dni od dnia składania ofert, co wypełniało dyspozycję art. 85 ust. 1 Pzp.

Wymagane było również wadium o wartości 500 000,00 zł z prawem wnoszenia go w różnych formach: gotówkowej, gwarancji bankowej lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, gwarancji ubezpieczeniowej oraz poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Wysokość i formę wadium ustalono z zachowaniem art. 45 Pzp.

Warunki zamówienia nie przewidywały aukcji elektronicznej.

Zamawiający przewidział zmianę postanowień umowy (opcję) polegającą na rezygnacji z części przedmiotu zamówienia w zakresie przygotowania dokumentacji projektowej dla inwestycji obejmującej budowę linii kablowej 110 kV oraz uzyskania pozwolenia na budowę. Niniejsze wiązało się z obniżeniem ceny za realizację umowy o kwotę wskazaną w Formularzu ofertowym (Rozdział 16 SIWZ).

Zmiany treści ogłoszenia.

Ogłoszenie było zmieniane trzykrotnie: 3.06.2019 r., 13.06.2019 r. i 17.06.2019 r.

Zmiany treści ogłoszenia publikowano odpowiednio na platformie zakupowej Zamawiającego i Biuletynie Zamówień Publicznych:

- 3.06.2019 r. pod numerem 540109576-N-2019,
- 13.06.2019 r. pod numerem 540119333-N-2019,
- 17.06.2019 r. pod numerem 540122036-N-2019,

Zmiany treści ogłoszenia wynikały z konieczności dokonywania modyfikacji treści SIWZ w celu uzupełnienia informacji o dofinansowaniu zamówienia, dostosowania terminów składania ofert, związania ofertą i wnoszenia wadium. Zmiany wynikały ponadto z pytań od wykonawców dot. rozwiązań technicznych i materiałowych, a także warunków udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia. W wyniku udzielanych odpowiedzi uszczegółowiono wymagania dot. rozwiązań technicznych, technologicznych i materiałowych. Udzielane odpowiedzi i zmiany SIWZ umieszczano na platformie zakupowej Beneficjenta. Należy uznać, że Beneficjent wypełniał obowiązki w zakresie udzielania odpowiedzi z uwzględnieniem terminów na udzielenie odpowiedzi i ewentualnego przesunięcia terminu składania ofert.

W wyniku modyfikacji SIWZ przedłużano termin składania ofert odpowiednio do dnia 17.06.2019 r., następnie do 18.06.2019 r., a ostatecznie do 24.06.2019 r.

Oferty, ocena ofert.

W trakcie postępowania zamawiający otrzymał pytania dotyczące warunków postępowania, na które udzielił odpowiedzi, podając je do wiadomości wszystkim uczestnikom postępowania poprzez platformę zakupową.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 24.06.2019 r. w terminie określonym w ogłoszeniach wpłynęła 1 oferta.

W dniu 25.06.2019 r. Zamawiający w jednym piśmie wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, a ponadto w trybie art. 26 ust. 3 do złożenia wyjaśnień w zakresie podwykonawców i odpowiednio uzupełnienia prawidłowych oświadczeń o spełnianiu okoliczności określonych w art. 25 ust. 1 Pzp. Należy wskazać, że jednocześnie wezwanie wykonawcy do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie wstępnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia oraz do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania tych warunków w trybie art. 26 ust. 2 Pzp należy uznać zasadniczo za niewłaściwe. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2 Pzp zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, to jest po zakończeniu oceny ofert oraz wyjaśnienia wątpliwości co do treści ofert i wstępnego oświadczenia na potwierdzenie spełniania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym przypadku brak zachowania tej kolejności można uznać za dopuszczalny i nie mający wpływu na wynik postępowania, z uwagi na złożenie tylko jednej oferty. Wykonawca w wyznaczonym terminie udzielił wyjaśnień oraz uzupełnił wymagane dokumenty, a zamawiający po badaniu i ocenie oferty uznał, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. W wyniku tego 8.07.2019 r. dokonano wyboru oferty Electrum Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej pomimo tego, że z przedstawionych dokumentów nie wynikało jednoznacznie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zgodnie z Rozdziałem 4 pkt. 4.2.3) SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania odpowiednią kadrą techniczną, tj.:

„dysponował na dzień podpisania Umowy i realizacji zamówienia, co najmniej jedną osobę, która będzie pełnić funkcję:

i. Kierownika Budowy

- osoba wyznaczona na stanowisko Kierownika budowy musi:

(1) posiadać uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczenia napięcia,

(2) jest członkiem Izby Inżynierów Budownictwa lub złożył wniosek o uznanie kwalifikacji albo wniosek o tymczasowy wpis w celu świadczenia usług transgranicznych oraz posiada wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej;

(3) posiadać minimum 5 (pięcioletnie) doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, a w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed wszczęciem postępowania zajmowała stanowisko kierownika budowy przy realizacji minimum 2 (dwóch) inwestycji odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 PLN brutto każda.

ii. Kierownika Robót Budowlanych

1) posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń;

2) jest członkiem Izby Inżynierów Budownictwa lub złożył wniosek o uznanie kwalifikacji albo wniosek o tymczasowy wpis w celu świadczenia usług transgranicznych oraz posiada wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej;

3) posiada min. roczne doświadczenie na stanowisku kierownika robót budowlanych, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert zajmował stanowisko kierownika robót lub pełnił inne samodzielne funkcje techniczne w budownictwie przy realizacji minimum jednej inwestycji odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 PLN brutto.

Zamawiający nie dopuszcza możliwości łączenia tych funkcji przez jedną osobę.”

Na potwierdzenie spełniania warunków w zakresie dysponowania kadrą techniczną Zamawiający żądał przedstawienia Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 19. Zgodnie ze wzorem wykazu Zamawiający w zakresie doświadczenia żądał od wykonawcy jedynie danych o stażu pracy tj. „Staż pracy liczony od dnia uzyskania uprawnień: lat”. Wykonawca dopełnił tego przedstawiając Wykaz osób, w którym wskazał informacje w sposób i zakresie wymaganym wzorem ustanowionym przez Zamawiającego, które to informacje jednak nie były wystarczające dla wykazania spełniania wszystkich wymagań postawionych w warunku udziału w postępowaniu. W szczególności brakuje informacji dotyczącej pełnienia funkcji odpowiednio kierownika budowy oraz kierownika robót budowlanych przy realizacji inwestycji o określonej wartości i rodzaju w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania. Jednocześnie sposób podania informacji o posiadanym stażu nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że podany staż dotyczy doświadczenia na stanowisku odpowiednio kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych. Zamawiający wyjaśniając na jakiej podstawie ocenił, że wykonawca spełnia

warunki udziału postępowania w zakresie dysponowania personelem o wymaganym doświadczeniu w dniu 23.07.2021 r. wyjaśnił, że opierał się na oświadczeniach zawartych w oświadczeniu wstępnym oraz ogólnym oświadczeniu wykonawcy zawartym w Wykazie osób o posiadaniu przez wskazane osoby wymaganego doświadczenia. Wskazał jednocześnie, że z brzmienia art. 26 ust. 2 Pzp nie wynika, że Zamawiający jest zobowiązany do żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a tym bardziej dokumentów o konkretnej treści. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego i przyjmując nawet za właściwe twierdzenie, że Zamawiający nie musiał żądać dokumentów na potwierdzenie spełniania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp należy zauważyć, że Zamawiający jednak taki wymóg postawił w SIWZ w zakresie Wykazu osób, a na etapie składania ofert wezwał do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. Jeżeli Zamawiający na etapie wszczynania postępowania uznał, że nie jest dla niego wystarczające oświadczenie wstępne to należy uznać, że Wykaz osób jest mu niezbędny do zweryfikowania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a więc powinien on w sposób jednoznaczny potwierdzać spełnianie warunku. Mając to na uwadze Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia kompletnego wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub ewentualnie wyjaśnień dokumentu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Konkludując w następstwie nieprawidłowości w badaniu Wykazu osób wynikających z braku wezwania wykonawcy do uzupełnienia prawidłowego Wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 lub odpowiednio wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp dokonano wyboru wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a wypełnienie tej przesłanki jest podstawą do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, co w dalszej kolejności skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w konsekwencji brakiem odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający nie wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy Wykazem robót a referencją potwierdzającą realizację roboty budowlanej wskazanej w poz. 2 Wykazu robót (Załącznik Nr 18 do SIWZ). W Wykazie robót wykonawca określił wartość zrealizowanego zamówienia na kwotę „ok. 17,8 mln” PLN, podczas gdy z przedstawionej referencji potwierdzającej należyte wykonanie zamówienia wynikałoby, że wartość zleconych prac wynosiła 18 700 000,00 PLN netto, (tj. 23 001 000,00 PLN brutto). W ocenie IP Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia złożonych dokumentów, oraz ewentualnie uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

prawidłowo wypełnionego Wykazu robót. Jakkolwiek niniejsza nieprawidłowość nie wpłynęła na wynik postępowania z uwagi na fakt, że zarówno informacje zawarte w Wykazie robót, jak też w przedstawionej referencji potwierdzają spełnianie minimalnych warunków udziału w postępowaniu, jednak nie zmienia to faktu naruszenia ustawy Pzp polegającej na braku dokonania czynności do której był zobligowany na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Cena najkorzystniejszej oferty nie przekraczała kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Na skutek wydłużającej się procedury zawarcia umowy, wynikającej z oczekiwania przez Zamawiającego na zawarcie umowy o dofinansowanie zamówienia ze środków unijnych, wykonawca w trybie art. 85 ust 2 Pzp samodzielnie wydłużał termin związania ofertą kolejno do 5.08.2019 r., 31.08.2019 r., 30.09.2019 r. oraz ostatecznie do 7.10.2019 r. Jednocześnie każdorazowo uzupełniał aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej, a ostatni aneks przedłużał ważność gwarancji ubezpieczeniowej do dnia 14.10.2019 r.

Publikacja informacji o rozstrzygnięciu postępowania.

Zamawiający informację o wyborze najkorzystniejszej oferty upublicznił w dniu 8.07.2019 r. poprzez platformę zakupową Spółki pod adresem <http://gepoldystrybucja.ezamawiajacy.pl>.

Publikacja ogłoszenia o wyniku postępowania (zawarciu umowy).

Ogłoszenie o wyniku postępowania (zawarciu umowy) zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 510240063-N-2019 w dniu 7.11.2019 r. tj. z zachowaniem art. 95 ust. 1 Pzp.

Protokół z postępowania.

Protokół z postępowania zawiera obligatoryjne elementy i informacje określone w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp⁵ tj.:

- opis przedmiotu zamówienia;
- informację o trybie udzielenia zamówienia;
- informacje o wykonawcach;
- cenę i inne istotne elementy ofert;
- wskazanie wybranej oferty.

Umowa.

⁵ Zakres informacji, które zamieszczane są w protokołach z postępowania został rozszerzony w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) , wydanym na mocy upoważnienia zawartego w ust. 5 art. 96 ustawy Pzp,

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania Gepol Dystrybucja Sp. z o.o. zawarła 11.10.2019 r. umowę nr 3/2019 (dalej: *Umowa*) z ELECTRUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zapisy *Umowy* są tożsame z ofertą wykonawcy i warunkami zamówienia. Strony ustaliły wartość przedmiotu *Umowy* na kwotę 21 763 200,00 zł netto, tj. 26 768 736,00 zł brutto. Wartość ta jest zgodna z kwotą zaproponowaną przez oferenta w ofercie.

Zmiany umowy.

Warunki umowy nr 3/2019 zostały zmienione czterokrotnie: aneksem nr 1 z 15.11.2019 r., aneksem nr 2 z 18.02.2020 r., aneksem nr 3 z 16.03.2020 r. oraz porozumieniem z 24.12.2020 r.

Aneks nr 1 z dnia 15.11.2019 r.

Aneks dotyczył:

- 1) zmiany §1 ust.13 umowy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy do dnia 27 stycznia 2020 r. (pierwotny termin 30.11.2019 r.). Zgodnie z preambułą konieczność przedłużenia terminu realizacji wynikała z przedłużającej się procedury dotacyjnej wskutek czego umowa została zawarta w późniejszym terminie niż Zamawiający to przewidywał. W aneksie nie przytoczono podstawy prawnej zmiany umowy (odpowiednio do Pzp lub umowy);
- 2) zmiany §5 ust.1 pkt 1) umowy w zakresie zmiany osób upoważnionych do współpracy i koordynacji. W aneksie nie przytoczono podstawy prawnej i faktycznej;
- 3) zmiany §8 ust. 6 umowy w zakresie zmiany adresu e-mail na który mogą być składane reklamacje. W aneksie nie przytoczono podstawy prawnej i faktycznej.

Oceniając prawidłowość zawarcia aneksu należy stwierdzić, że zmiany określone w pkt 2) i 3) należy uznać za nieistotne, tj. takie, które Zamawiający może wprowadzić na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp, nawet jeżeli nie zostały przewidziane wprost w umowie. Jednocześnie Zamawiający przewidział wprost w umowie możliwość takich zmian w §14 ust. 8 pkt 2) umowy. Zmiany te należy uznać za wprowadzone z zachowaniem art. 144 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Zamawiającego należy uznać, że wprowadzenie zmian na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 lub 6 Pzp jest niewłaściwe. Rozpatrując przesłankę określoną w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy zwrócić uwagę, że możliwość wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga ustalenia, iż konieczność modyfikacji kontraktu wywołana jest okolicznościami (lub skalą tych okoliczności), których nie można było przewidzieć pomimo dochowania przez instytucję zamawiającą należytej staranności w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku tej przesłanki

nie chodzi o sytuację, w której zamawiający nie przewidział określonej okoliczności skutkującej zmianą umowy, ale o sytuację w której nie miał obiektywnej możliwości przewidzenia takiej zmiany. W ocenie IP przeciągająca się procedura dotacyjna nie wypełnia przesłanki „nieprzewidywalności” ponieważ okoliczność przedłużenia procedury dotacyjnej nie jest zdarzeniem nadzwyczajnym. Tak jak wskazano to w przekazanej przez Zamawiającego opinii prawnej sporządzonej przed zawarciem Aneksu Nr 1 terminy na akceptację wniosków i zawarcie umów o dofinansowanie nie są terminami bezwzględными i stanowczo ograniczającymi te terminy. W takiej sytuacji jakkolwiek Zamawiający miał prawo zakładać, że umowa o dofinansowanie zostanie podpisana w terminach określonych w stosownych wytycznych to jednak ze względu na niezobowiązujący charakter tych terminów dla instytucji rozpatrujących wnioski oraz podpisujących umowy o dofinansowanie, Zamawiający dokładając należytej staranności powinien jako podmiot odpowiedzialny za przeprowadzenie procedur skonstruować zapisy dokumentacji w sposób uwzględniający wszelkie możliwe do zidentyfikowania ryzyka. Mając to na uwadze Zamawiający mógł przewidzieć w treści umowy zapisy regulujące zmianę terminu realizacji umowy w trybie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp w przypadku wystąpienia takich okoliczności. Wskazać należy, że zmiany terminu realizacji zamówienia z powodu faktycznego na który powołuje się Zamawiający (przedłużenie procedury dotacyjnej i związanym z tym podpisaniem umowy w terminie późniejszym niż pierwotnie planował) nie została literalnie przewidziana w umowie, w szczególności w §14 ust. 8 pkt 6 umowy. Podkreśleniu podlega również, że Zamawiający mógł określić termin realizacji zamówienia poprzez wskazanie okresu w jakim ma być zrealizowane zamówienie licząc termin np. od dnia podpisania umowy co byłoby rozwiązaniem właściwszym, a jednocześnie spowodowałoby, że okoliczność przedłużenia procedur zawarcia umowy o dofinansowanie nie miałyby wpływu na faktyczny termin realizacji umowy jakim dysponuje wykonawca. Jednocześnie IP zwraca uwagę, że Zamawiający przedłużył termin składania ofert w sumie o 11 dni (pierwotny termin to 13.06.2019 r. a ostatecznie 24.06.2019 r.) czym spowodował tak naprawdę już na tym etapie skrócenie przewidywanego okresu jakim będzie dysponował wykonawca na realizację zamówienia. Zamawiający tą wiedzę dysponował jeszcze przed upływem terminu składania ofert i mógł dokonać modyfikacji SIWZ wydłużając termin realizacji zamówienia. Ponadto IP nie podziela stanowiska Zamawiającego zawartego w wyjaśnieniach z dnia 14.09.2021 r., że ustalając harmonogram inwestycji uwzględnił odpowiedni termin wszczęcia postępowania oraz prowadzenia postępowania, w tym ewentualne środki odwoławcze. Założenie, że ustalając pierwotny termin składania ofert na dzień 13.06.2019 r., umowa zostanie podpisana w czerwcu wskazuje, że Zamawiający zakładał spełnienie szeregu korzystnych dla Zamawiającego okoliczności, tj. że na czynności Zamawiającego podejmowane po otwarciu ofert nie zostaną złożone żadne środki odwoławcze (standardowy okres rozpatrzenia odwołania to 2-4 tygodnie), wykonawca którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą uzupełni dokumenty we wcześniejszym terminie niż minimalny termin określony w art. 26 ust. 2 Pzp (5 dni), nie wystąpi konieczność uzupełnienia dokumentów

czy też powtarzania procedury wyboru najkorzystniejszej oferty. Założenie Zamawiającego może wskazywać, że nie przewidywał również konieczności przedłużania terminów składania ofert ze względu na udzielanie wyjaśnień i zmian do SIWZ. Zakładany termin podpisania umowy w czerwcu 2019 r. przy wyznaczeniu terminu otwarcia ofert na 13.06.2019 r. był realny praktycznie tylko w przypadku spełnienia się przytoczonych wcześniej korzystnych dla Zamawiającego okoliczności oraz złożeniu jedynie jednej oferty w postępowaniu. Jednocześnie fakt, że wykonawca składając ofertę na warunkach określonych w SIWZ, kilkakrotnie przedłużając termin związania ofertą a następnie zawierając umowę świadczy o tym, że podtrzymywał on gotowość do zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie (tożsamych ze zobowiązaniem zawartym w SIWZ) i jako profesjonalista powinien być świadomy ryzyka z tym związanego.

Analizując możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy to jak wynika z brzmienia przepisu dotyczy on przypadków gdy wartość zmiany można wycenić i posiada ona wymierną wartość. Nie zawsze musi wiązać się to ze zwiększeniem lub zmniejszeniem wynagrodzenia, jednak zmiana powinna dać się wyrazić w pewnej wartości (np. w przypadku prac zamiennych pomimo braku zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy zmiany te mają konkretną wartość). W innym przypadku zamawiający mógłby dokonywać na podstawie tej przesłanki praktycznie wszelkich zmian treści umowy, które nie zostały przewidziane wprost w umowie i których wartość nie przekraczałaby 15% wartości zamówienia.

Rozpatrując zmianę terminu realizacji zamówienia jako zmianę nieistotną tj. taką, która nie wypełnia którejkolwiek z przesłanek o której mowa w art. 144 ust. 1e Pzp, IP zgadza się co do zasady z przedstawionym stanowiskiem Zamawiającego, że nie każdą zmianę terminu realizacji zamówienia należy uznać za istotną i wymaga to każdorazowej oceny danego przypadku. W rozpatrywanym przypadku ewentualna istotność zmiany należałoby rozpatrywać w odniesieniu do art. 144 ust. 1e Pzp, który stwierdza, że za istotną uznać należy zmianę, jeżeli „*zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści*”. Dla oceny czy zmianę terminu realizacji zamówienia można uznać w przedmiotowym przypadku za nieistotną, kluczowym wydaje się ustalenie czy określony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia był realny i czy nie mógł on mieć istotnego wpływu na decyzję potencjalnych wykonawców o złożeniu oferty. Analiza dokumentów zamówienia, wyjaśnień Zamawiającego oraz faktyczny termin w jakim zostały zakończone prace wskazuje, że wyznaczony w SIWZ termin na 30.11.2019 r. był co najmniej bardzo napięty i niewątpliwie mógł mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców. Dodatkowo tak jak już zostało wskazane powyżej w wyniku samego przedłużenia terminu składania ofert faktyczny termin jakim przypuszczalnie będzie dysponował wykonawca został skrócony o 11 dni co stanowi ok. 9% zakładanego pierwotnie przez Zamawiającego terminu (4-5 miesięcy). Na okoliczność,

że termin realizacji zamówienia był niezwykle krótki wskazują również wnioski wykonawców na etapie składania ofert o przesunięcie terminu realizacji umowy. Sam fakt wyznaczenia krótkiego terminu realizacji zamówienia był dodatkowo wymagający dla wykonawców ponieważ Zamawiający wyznaczył go na konkretny dzień, a nie na określony okres od dnia podpisania umowy. Poprzez takie działanie Zamawiającego wykonawcy składając ofertę nie wiedzieli ile realnie będą mieli na realizację zamówienia, ponieważ było to uzależnione od terminu podpisania umowy, który z kolei był uwarunkowany wieloma aspektami (np. liczby złożonych ofert, szybkości działań podejmowanych przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert czy też skorzystania przez wykonawców ze środków odwoławczych) na co jednak składając ofertę wyrażali akceptację. Dlatego też IP stoi na stanowisku, że zmiany terminu realizacji zamówienia w tym przypadku nie można uznać za zmianę nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że aneks Nr 1 z 15.11.2019 r. w zakresie przedłużenia terminu realizacji został zawarty z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp.

Aneks nr 2 z dnia 18.02.2020 r.

Aneks dotyczył zmiany §6 ust.10 umowy w zakresie zmiany rachunku bankowego na który ma być przesłane wynagrodzenie za realizację umowy. Zmiana wynikała z przeniesienia wierzytelności wynikającej z realizacji umowy na rzecz banku PKO S.A. Zmiana została dokonana na wniosek wykonawcy, a na taką możliwość wskazywał §6 ust. 12 umowy. Zamawiający uznał zmianę za nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 pkt. 5 Pzp, a takie zmiany są dozwolone nawet, jeżeli nie wskazano ich wprost w umowie (art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Aneks należy uznać za zawarty prawidłowo i z zachowaniem art. 144 Pzp.

Aneks nr 3 z dnia 16.03.2020 r.

Aneks dotyczył zmiany §1 ust.13 umowy w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy do dnia 30 kwietnia 2020 r. (termin ustalony aneksem nr 1 umowy do 27.01.2019 r.). Zgodnie z preambułą zawartą w aneksie „w toku realizacji umowy (po podpisaniu Aneksu Nr 1 z dnia 15 listopada 2019 r. ujawniły się okoliczności, które obiektywnie uniemożliwiają wykonanie zamówienia” w terminie do dnia 27.01.2020 r.” W treści aneksu nie sprecyzowano jakie obiektywne okoliczności wystąpiły oraz nie podano podstawy prawnej dokonania zmiany.

Do aneksu ponadto został załączony zaktualizowany harmonogram rzeczowo-finansowy jako załącznik Nr 1 do Aneksu oraz aktualny wykaz podwykonawców wraz z oświadczeniami o braku zaległości w płatnościach (odpowiednio Załącznik Nr 2 i nr 3 do aneksu).

Wyjaśniając faktyczne podstawy zawarcia aneksu Zamawiający wskazał, że w dniu 23 grudnia 2019 r. Wykonawca Electrum Sp. z o.o., zwrócił się do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o zawarcie Aneksu nr 3 do Umowy nr 3/19, w zakresie przesunięcia (wydłużenia) terminu wykonania zawartej umowy o co najmniej 3 miesiące w stosunku do terminu z dnia 27 stycznia 2020 r, a następnie pismem z dnia 15 stycznia 2020 r. uzupełnił swoje stanowisko. Zamawiający przytoczył, że wykonawca w pismach wskazał na szereg okoliczności faktycznych uzasadniających zawarcie aneksu w szczególności na *„braki dokumentacji projektowej, w tym na brak dokonania uzgodnień z Wodami Polskimi w zakresie zabudowy urządzenia melioracyjnego, którego istnienie możliwe było do zidentyfikowania przez wykonawcę dopiero po rozpoczęciu realizacji Umowy. Nadto wskazał na brak prawomocnych decyzji dotyczących poszczególnych elementów inwestycji do linii elektroenergetycznych znajdujących się w eksploatacji PSE S.A., co uniemożliwiło Wykonawcy uzyskanie niezbędnych uzgodnień w PSE S.A. w sprawie prowadzenia robót pod liniami NN oraz braku przekazania przez Zamawiającego tytułów prawnych do wszystkich nieruchomości i ustanowienia służebności z Tauron Dystrybucja S.A. w zakresie GPZ Turów R-312 oraz porozumień z Gminą Bogatynia na umieszczenie infrastruktury na działkach gminnych. Przesunięcie terminu realizacji umowy Wykonawca uzasadniał także niezależnym od Wykonawcy i dostawcy opóźnieniem w zakresie dostawy kabli WN.”* Jednocześnie jak Zamawiający wskazał w wyjaśnieniach *„przywołane przez Wykonawcę okoliczności faktyczne, Zamawiający uznał uzupełniająco i w tym zakresie ocenił jako niezależne od działań Wykonawcy jak i Zamawiającego (który dochował należytej staranności przy przygotowaniu postępowania, w tym przekazanej dokumentacji projektowej oraz STWIORB, za pomocą których opisany został przedmiot zamówienia), jednakże podstawowym argumentem i okolicznością faktyczną, która zarówno przed jak i po złożeniu wniosku była omawiana na radach budowy i spotkaniach roboczych i która jednoznacznie przemawiała i uzasadniała wprowadzenie zmiany do wykonywanej umowy w zakresie terminu jej realizacji, był przedłużający się proces uzgadniania dokumentacji projektowej z Tauron Dystrybucja S.A., co w sporządzonej następnie Opinii Technicznej opisał i potwierdził rzeczoznawca budowlany (...). Tak w rozdziale 2 ust. 2.1 przywołanej Opinii (strona 25-27) ekspert szczegółowo przedstawia przyczyny opóźnień i przebieg procesu uzgodnień dokumentacji projektowej z Tauron Dystrybucja S.A., identyfikując po stronie Tauron Dystrybucja S.A. przyczynę opóźnień całego procesu. Otóż pomimo rozpoczęcia procesu uzgodnień pomiędzy Wykonawcą a Tauron Dystrybucja S.A. w dniu 27 listopada 2019 r., wskutek znaczącego ingerowania Tauron Dystrybucja S.A. w dokumentację projektową, co nie znajdowało uzasadnienia w wiedzy fachowej, doszło do znacznych opóźnień w zestawieniu z planowaną realizacją umowy. Tak przykładowo (co potwierdza ekspert w sporządzonej Opinii Technicznej) warunki przyłączenia WP/087387/2016/001R00 byty*

aktualizowane jeszcze 16 grudnia 2019 r., a więc po dacie zawarcia obydwu umów 1/19 (19.09.2019) i 3/19 (11.10.2019). Nadto w pkt 4 na stronie 27 Opinii Technicznej opiniujący podsumowuje: "Proces uzgadniania dokumentacji miał charakter wielowątkowy i nieuporządkowany w Tauron Dystrybucja S.A. Po wyjaśnieniu uwag lub naniesieniu poprawek wykonawca otrzymywał kolejny pakiet nowych pytań. Sposób procedowania uzgodnień świadczy o tym, że w Tauron Dystrybucja nie funkcjonuje procedura uzgodnień projektów ze szczegółowym algorytmem i terminami wykonywania czynności." Nadto Zamawiający nadmienił, że „Co także istotne w kontekście podjęcia decyzji o zawarciu z Wykonawcą Aneksu nr 3 do Umowy, Zamawiający znał wnioski płynące z Raportu Geologicznego z dnia 18 grudnia 2019 r., sporządzonego w celu rozpoznania budowy podłoża gruntowego przed wykonaniem robót ziemnych. Zgodnie z wnioskami Raportu, zastane warunki gruntowe nie były korzystne i mogły znacznie utrudniać (w momencie wystąpienia Wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji wiadomym było, że utrudniają) roboty ziemne ręczne. Okoliczność ta ujęta została także w sporządzonej Opinii Technicznej (str. 27-31). Zgodnie z treścią Opinii Technicznej: „(...) warunki geotechniczne nie były korzystne dla robót polegających na wykonywaniu wykopów, a szczególnie niekorzystne dla przewiertów sterowanych, a w niektórych lokalizacjach skrajnie niekorzystne". Opiniujący wprost wskazuje w swojej Opinii Technicznej, że „Nieprzewidziane warunki fizyczne uprawniały wykonawcę do wystąpień o zmiany w terminach wykonania robót budowlanych (...) "

W wyjaśnieniach jako podstawę prawną zawarcia Aneksu Nr 3 Zamawiający wskazał na wypełnienie przesłanek wskazanych odpowiednio w art. 144 ust. 1 pkt 1, art. 144 ust. 1 pkt 3, art. 144 ust. 1 pkt 5 i art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp, przy czym jako zasadnicze podstawy wskazał na art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W przypadku art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp możliwość zmiany umowy wymaga aby łączna wartość zmian była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp 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 określonej pierwotnie w umowie. Jak wynika z brzmienia przepisu dotyczy on przypadków gdy wartość zmiany można wycenić i posiada ona wymierną wartość. Nie zawsze musi wiązać się to ze zwiększeniem lub zmniejszeniem wynagrodzenia jednak zmiana powinna dać się wyrazić w pewnej wartości (np. w przypadku prac zamiennych pomimo braku zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy zmiany te mają konkretną wartość). W innym przypadku zamawiający mógłby dokonywać na podstawie tej przesłanki praktycznie wszelkich zmian treści umowy, które nie zostały przewidziane wprost w umowie i których wartość nie przekraczałaby 15% wartości zamówienia.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zmiana ta była możliwa do wprowadzenia w trybie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. jako zmiana przewidziana w treści umowy, a mianowicie w §14 ust. 8 pkt. 6 lit d umowy

(tj. z powodu przestojów spowodowanych istnieniem wad w dokumentacji projektowej, uniemożliwiających prowadzenie robót) oraz §14 ust. 8 pkt. 6 lit g umowy (tj. zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji danych, zgód bądź pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów). Przyczynami faktycznymi wypełniającymi te przesłanki są okoliczności przytoczone powyżej przez Zamawiającego, tj. w szczególności przedłużający się proces uzgadniania dokumentacji projektowej z Tauron Dystrybucja S.A., oraz złe warunki gruntowe wynikające ze sporządzonego Raportu Geologicznego, a także przyczyny wskazane w pismach wykonawcy z dnia 23 grudnia 2019 r. oraz 15 stycznia 2020 r. W opinii Zamawiającego okoliczności skutkujące przedłużeniem umowy nie leżały po stronie Zamawiającego i Wykonawcy co potwierdzać może opinia rzeczoznawcy budowlanego z dnia 20.04.2021 r. (sporządzana na potrzeby ustalenia przyczyn powstałych opóźnień w realizacji umowy).

Jednocześnie Zamawiający ponownie nadmienił, że w jego ocenie w przedmiotowym przypadku zmiana terminu realizacji umowy nie ma charakteru istotnego tj. nie jest ograniczona zapisami art. 144 ust. 1 Pzp i jest możliwa do wprowadzenia na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp. Rozpatrując zmianę terminu realizacji zamówienia jako zmianę nieistotną tj. taką, która nie wypełnia którejkolwiek z przesłanek o której mowa w art. 144 ust. 1e Pzp, IP zgadza się co do zasady z przedstawionym stanowiskiem Zamawiającego, że nie każdą zmianę terminu realizacji zamówienia należy uznać za istotną i wymaga to każdorazowej oceny danego przypadku. W rozpatrywanym przypadku ewentualna istotność zmiany należałoby rozpatrywać w odniesieniu do art. 144 ust. 1e Pzp, który stwierdza, że za istotną uznać należy zmianę, jeżeli *„zmiana wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści”*. Dla oceny możliwości uznania zmiany terminu realizacji w rozpatrywanym przypadku, kluczowym jest ustalenie czy termin realizacji zamówienia miał lub mógł mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, czy stanowił kryterium wyboru ofert czy też czy okoliczności uzasadniające zmianę terminu dotyczyłyby każdego z wykonawców wybranego do realizacji umowy. Niepodważalnym jest, że termin realizacji zamówienia nie był kryterium oceny ofert. Uzasadnionym również wydaje się przyjęcie założenia, że z okolicznościami powodującymi według Zamawiającego i Wykonawcy konieczność wydłużenia terminu spotkałby się każdy z wykonawców uczestniczących w realizacji zamówienia. Ponownie należy tutaj nawiązać do ustaleń opinii technicznej sporządzonej przez rzeczoznawcę budowlanego w dniu 20.04.2021 r., z której wynikałoby, że opóźnienia na tym etapie realizacji umowy wynikały z przyczyn niezależnych od stron umowy i wynikały przede wszystkim z przedłużających się procedur uzgodnień dokumentacji projektowej z przyczyn leżących po stronie Tauron Dystrybucja S.A. (według rzeczoznawcy zgłaszanie kolejnych uwag do przedstawianych przez wykonawcę opracowań dokumentacji i wyjaśnień nie było poparte

wiedzą fachową, a sposób ich procedowania przez Tauron Dystrybucja niewątpliwie miał wpływ na opóźnienia w stosunku do założonego terminu realizacji umowy). Okoliczność ta niewątpliwie wskazuje na fakt, że każdy z potencjalnych wykonawców realizujących umowę spotkałby się z okolicznościami wynikającymi z przedłużających się procedur uzgadniania dokumentacji z Tauron Dystrybucja S.A. oraz utrudnionymi warunkami glebowymi wynikającymi z Raportu Geologicznego. Ponadto zmiana ta nie zaburza jednocześnie równowagi ekonomicznej na korzyść żadnej ze stron umowy. Wątpliwości budzi natomiast zasadność uznania, że termin realizacji zamówienia nie miał wpływu na potencjalny krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tak jak już zwrócono uwagę w odniesieniu do zasadności zawarcia Aneksu Nr 1 termin realizacji zamówienia był ustanowiony w sposób wymagający od wykonawców podjęcia znacznego ryzyka (krótki termin, a dodatkowo określony datą), co w opinii IP mogło mieć wpływ na krąg wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Ponownie podkreśleniu podlega, że w trakcie składania ofert wpływały do Zamawiającego wnioski o wydłużenie terminu realizacji umowy. Mając to na uwadze, podobnie jak w przypadku zmiany terminu realizacji zamówienia wprowadzonego Aneksem Nr 1, IP stoi na stanowisku, że zmiana terminu realizacji zamówienia ujęta w Aneksie Nr 3 była zmianą istotną i nie była możliwa na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Aneks Nr 3 z dnia 16.03.2020 r. dotyczący przedłużenia terminu realizacji do dnia 30.04.2020 r. został zawarty z zachowaniem art. 144 ust. 1 Pzp, ponieważ zmiana była możliwa na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. jako zmiana przewidziana w treści SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu.

Porozumienie z dnia 24.12.2020 r.

Porozumienie z dnia 24.12.2020 r. obejmowało trzy umowy inwestycyjne zawarte ze Spółką ELECTRUM Sp. z o.o., w tym umowę nr 3/19 z dnia 11.10.2019 r. zawartą w ramach kontrolowanego postępowania. Porozumienie regulowało w szczególności ostateczne rozliczenie prac oraz roszczeń stron. W porozumieniu podano, że w wyniku przeprowadzenia prac zamiennych i dodatkowych wynagrodzenie podlegało zwiększeniu o kwotę 714 910,02 zł netto, natomiast z tytułu rezygnacji przez zamawiającego z części przedmiotu umowy w zakresie wykonania dokumentacji projektowej i uzyskania zgód na budowę ulegało pomniejszeniu o kwotę 440 000,00 zł netto, w wyniku czego ostateczną wartość należnego wynagrodzenia ustalono na kwotę 22 038 110,02 zł netto.

Podstawą do ustalania powyższych kwot stanowiły protokoły konieczności sporządzane w trakcie realizacji umowy 3/19 z dnia 11.10.2019 r. Łącznie podpisano 16 protokołów konieczności, z których 11 miało wpływ na wysokość wynagrodzenia i w których odpowiednio wskazano:

- protokół konieczności Nr 1/U3 z dnia 12.11.2019 r. – zakres: zmiana przekroju żyły kabla WN; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: -336 376,41 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 2/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: zmiana miejsca rejestracji zdarzeń z sygnalizacji centralnej na system SCADA; podstawa formalna zmiany: STWIOR GPO20/110kV pkt. 4.3.3. Rozdzielnica 20kV; wartość zmian: 0,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 3/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: wykonanie projektów budowlanych oraz uzyskanie pozwolenia na budowę przez zamawiającego; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 1) umowy, pkt 15.5 SIWZ; wartość zmian: -440 000,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 4/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: Usunięcie szafy centralnej sygnalizacji na potrzeby uzyskania dodatkowego miejsca w nastawni i umieszczenie kasety centralnej sygnalizacji w szafie zabezpieczeniowej; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: -5 000,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 5/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: zmiana planu zagospodarowania terenu obejmującego GPO 20/10kV; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 0,00 zł netto; wymagane wydłużenie terminu realizacji umowy;
- protokół konieczności Nr 6/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: przyłączenie zbiornika szczelnego do rowu melioracyjnego usytuowanego na działce objętej opracowaniem; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 0,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 7/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: zmiana prądu zwarciovego rezystora uziemiającego; podstawa formalna zmiany: STWIOR GPO20/110kV pkt. 4.3.3. Rozdzielnica 20kV; wartość zmian: -1 000,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 8/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: zmiana mostu kablowego SN pomiędzy dolną stroną transformatora mocy 110/20kV a rozdzielnicą SN20kV; podstawa formalna zmiany: STWIOR GPO20/110kV pkt. 4.3.3. Rozdzielnica 20kV; wartość zmian: 0,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 9/U3 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: parametrów przekładnikowych kombinowanych WN110kV; podstawa formalna zmiany: STWIOR GPO20/110kV pkt. 4.3.3. Rozdzielnica 20kV; wartość zmian: 0,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 10/U3 z dnia 14.02.2020 r. – zakres: wykonanie dwusekcyjnej rozdzielnicy potrzeb własnych napięcia 220VDC zamiast jednosekcyjnej oraz rezygnacji z baterii przewoźnej; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy – na wniosek zamawiającego; wartość zmian: 82 485,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;

- protokół konieczności Nr 11/U3 z dnia 24.02.2020 r. – zakres: rozbudowa rozdzielni niskiego napięcia o układ SZR; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 3 000,00 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 12/U3 z dnia 14.02.2020 r. – zakres: wykonanie dodatkowych przewiertów sterowanych; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 708 901,52 zł netto; wymagane wydłużenie terminu realizacji umowy;
- protokół konieczności Nr 13/U3 z dnia 11.06.2020 r. – zakres: zmiana technologii wykonania robót; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 47 052,34 zł netto; wymagane wydłużenie terminu realizacji umowy;
- protokół konieczności Nr 14/U3 z dnia 26.06.2020 r. – zakres: zmiana technologii wykonania robót; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 65 082,08 zł netto; wymagane wydłużenie terminu realizacji umowy;
- protokół konieczności Nr 15/U3 z dnia 11.06.2020 r. – zakres: wykonanie zasilania budynku biurowego; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy – na wniosek zamawiającego; wartość zmian: 8 666,06 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 16/U3 z dnia 11.06.2020 r. – zakres: przeniesienie 2 baterii akumulatorów z budynku GPO do budynku prefabrykowanego; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy – na wniosek zamawiającego; wartość zmian: 142 099,43 zł netto; brak wpływu na termin realizacji.

W treści porozumienia nie odniesiono się do podstawy prawnej zawarcia porozumienia, jednak podstawy formalne i faktyczne zmian odnoszące się do zapisów umowy lub dokumentacji technicznej zostały podane w ww. protokołach konieczności. Podstawy faktyczne dokonanych zmian znajdują się również w opinii technicznej sporządzonej przez Marka Kareta-Dmochowski w dniu 20.04.2021 r. tj. po podpisaniu porozumienia.

Jednocześnie w przesłanych wyjaśnieniach Zamawiający stwierdził, że „w zakresie, w którym obniżeniu uległo wynagrodzenie Wykonawcy – art. 144 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp („Zmiany zostały 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”). Ponadto wskazana zmiana możliwa była do wprowadzenia również w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp („Łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. 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 określonej pierwotnie w umowie”). W pozostałym zakresie zmian,

tj. podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy, uzasadnionych z uwagi na konieczność realizacji przez Wykonawcę robót dodatkowych i zamiennych, które stały się niezbędne, a niemożliwe było ich przewidzenia na etapie przed realizacyjnym umowy, jako podstawę prawną zmian Gepol Dystrybucja Sp. z o.o. uznał 144 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp („Zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zmienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego, b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego, c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej”), a także 144 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp („Łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. 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 określonej pierwotnie w umowie”).” Jednocześnie jak doprecyzował Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 3.08.2021 r. „Podstawę prawną ostatnich z dokonanych zmian Umowy nr 1/19 oraz Umowy nr 3/19, w ramach zawartego aneksu nr 4 („porozumienie” z 24 grudnia 2020 r.), stanowił przede wszystkim art. 144 ust. 1 pkt 1 (zamawiający przewidział możliwość zmiany zakresu zamówienia i w tym przedmiocie zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku samodzielnego sporządzenia dokumentacji projektowej) oraz art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp, w ówczesnych brzmieniu (konieczność realizacji robót dodatkowych i zamiennych, o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisie art. 11 ust. 8 Pzp oraz mniejszych niż 15 % pierwotnej wartości umowy). Podstawa zawarta w art. 144 ust. 1 pkt 2 Pzp podlegała analizie dokonanej przez Zamawiającego i została przywołana pomocniczo i z daleko posuniętej ostrożności, jednak z uwagi na „dominujący” charakter zidentyfikowanych podstaw z art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz z art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp, w ocenie Zamawiającego, nie powstał po jego stronie obowiązek ogłoszenia zmian w BZP i DUUE.”. Mając na uwadze dodatkowe wyjaśnienie z dnia 3.08.2021 r. przy rozpatrywaniu prawidłowości zawarcia aneksu do umowy (porozumienia z dnia 24.12.2020 r.) nie będzie rozpatrywana możliwość zawarcia aneksu na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazać trzeba, że w umowie Zamawiający przewidział możliwość dokonywania zmian w treści umowy (§14 umowy), jak też możliwość wykonywania prac zamiennych i dodatkowych wraz z zasadami ustalania ewentualnych zmian wynagrodzenia z tym związanym (§6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy).

W oparciu o przedstawione dokumenty i wyjaśnienia wskazać należy, że zmiana wskazana w protokole konieczności Nr 3/U3 z dnia 12.12.2019 r. a dotycząca rezygnacji z części

przedmiotu zamówienia (wynikająca z wykonania projektów budowlanych oraz uzyskanie pozwolenia na budowę we własnym zakresie przez zamawiającego) została przewidziana wprost w §14 ust. 8 pkt 1 umowy oraz ust. 16.5 SIWZ. Oznacza to, że w zakresie przedmiotowej zmiany została ona wprowadzona z zachowaniem art. 144 Pzp.

W zakresie pozostałych zmian objętych porozumieniem z dnia 24.12.2020 r. dotyczących prac dodatkowych i zamiennych należy uznać, że również one zostały wprowadzone z zachowaniem art. 144 Pzp. Dokonanie powyższych zmian było dopuszczalne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zmiany te bowiem spełniają wymóg tego przepisu *„Łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. 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 określonej pierwotnie w umowie”*, a jednocześnie nie prowadziły do zmiany charakteru umowy co jest dodatkowym warunkiem umożliwiającym skorzystanie z tego przepisu (art. 144 ust. 1b Pzp). W przypadku prac dodatkowych i zamiennych skutkujących zmianą wynagrodzenia zgodnie z wymaganiami umowy (§6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy) były sporządzane kosztorysy różnicowe. Uwzględniając wartość całkowitą umowy 26 768 736,00 zł brutto oraz fakt, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane łączna wartość zmian wprowadzonych na podstawie przedmiotowego przepisu mogła wynosić maksymalnie 4 015 310,40 zł brutto, co oznacza, że wartość zmian do umowy wprowadzonych przez Zamawiającego mieści się w dopuszczalnym zakresie.

Mając powyższe na uwadze należy uznać że zmiany wprowadzone porozumieniem z dnia 24.12.2020 r. zostały wprowadzone z zachowaniem art. 144 ust. 1 Pzp.

Analiza ryzyka w projekcie.

Zagadnienia dotyczące ryzyka nadużyć finansowych projektu POIS.01.01.02-00-0004/19 pn.: „Budowa GPO 20/110 kV wraz siecią dystrybucyjną 110 kV w celu przyłączenia jednostek generacji OZE o mocy 28 MW w gminie Bogatynia” podlegają Polityce zarządzania ryzykiem w Spółce Gepol Dystrybucja sp. z o.o.

W trakcie kontroli nie zidentyfikowano symptomów nadużycia finansowego.

Dla projektu POIS.01.01.02-00-0004/19 sporządzono szczegółową indywidualną analizę ryzyka. Zidentyfikowano w niej szereg ryzyk. Ryzyka w projekcie zostały ocenione, przypisano im odpowiednie wagi. Określono również działania zapobiegawcze i kontrolne dla poszczególnych rodzajów ryzyk.

W Spółce obowiązują:

- procedury udzielania zamówień w Spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.,
- Procedura zawierania umów w oparciu o prawo zamówień publicznych zawierająca Regulamin pracy komisji przetargowej.

Powyższe procedury zweryfikowano pozytywnie.

Procedury Beneficjenta.

Ze względu na fakt, że procedury udzielania zamówień stosowane przez Beneficjenta nie były jeszcze badane dokonano weryfikacji tych procedur.

W obszarze zamówień publicznych w Spółce obowiązują:

- procedury udzielania zamówień w Spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o. z dnia 4.03.2019 r.,
- Procedura zawierania umów w oparciu o prawo zamówień publicznych zawierająca Regulamin pracy komisji przetargowej wprowadzona Uchwałą Zarządu Spółki nr 02/03/2019 z 19.03.2019 r.

Procedury udzielania zamówień w Spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o. z dnia 4.03.2019 r. stanowią, że:

- w zakresie realizacji zamówień objętych ustawą Pzp procedury realizowane są zgodnie z procedurami określonymi w Ustawie oraz Regulaminem Organizacyjnym i zakresem obowiązków pracowników;
- w przypadku zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania Pzp o wartości szacunkowej przekraczającej 50 tys. zł netto stosuje się zapisy Wytocznych,
- w przypadku zamówień nie objętych obowiązkiem stosowania Pzp o wartości szacunkowej od 20 tys. zł netto do 50 tys. zł netto przeprowadza się rozeznanie rynku określone w Wytocznych.

Procedura zawierania umów w oparciu o prawo zamówień publicznych wprowadzona Uchwałą Zarządu Spółki nr 02/03/2019 z 19.03.2019 r. wprowadza szereg obowiązków w tym: konieczność sporządzania wniosków zawierająca Regulamin pracy komisji przetargowej, powołania komisji przetargowej oraz zespołu do nadzoru nad realizacją umów, czy też obowiązków członków komisji przetargowej i zespołu do nadzoru nad realizacją umów. Procedura wprowadza też Regulamin pracy komisji przetargowej.

Należy stwierdzić, że zapisy tej procedury zawierają większość zalecanych zapisów o tyle w toku kontroli stwierdzono, że nie są one w pełni dochowywane np. z przekazanej dokumentacji nie wynika, że dokumenty były parafowane przez osoby sporządzające pisma podczas gdy procedura tego wymagała. Ponadto regulamin komisji nie wprowadza obowiązku sporządzania protokołów z posiedzeń komisji czy też innego sposobu dokumentowania akceptacji poszczególnych czynności przez członków komisji przetargowej. Przyjęty sposób akceptacji przez Beneficjenta czynności w postępowaniu tj. ze względów na przekazywanie pism przez platformę

zakupową, akceptacja pism przez poszczególnych członków oraz kierownika zamawiającego następowała wyłącznie w trybie roboczym, uznać należy za niewłaściwe ponieważ uniemożliwia ona prawidłowe udokumentowanie tych czynności. W szczególności nie pozwala na ustalenie kto daną czynność akceptował oraz zatwierdzał co może mieć znaczenie w ustaleniu czy akceptacja następowała z udziałem wymaganej liczby członków komisji czy też konieczności ustalenia ewentualnej odpowiedzialności za czynności dokonywane z naruszeniem ustawy Pzp. Należy przy tym podkreślić, że niniejsze nie miało wpływu na wynik postępowania.

Symptomy mogące wskazywać na wystąpienie nadużycia finansowego.

Na podstawie analizy symptomów określonych w *Zaleceniach w zakresie przeciwdziałania nieprawidłowościom w tym nadużyciom finansowym w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020* w części 6.3: Sygnały ostrzegawcze nadużyć finansowych, nie zidentyfikowano symptomów, mogących wskazywać, że mogło dojść do nadużyć finansowych w trakcie przeprowadzania postępowania objętego kontrolą.

Zastosowane techniki kontrolne: analiza dokumentów źródłowych.

Wypełniono listy sprawdzające:

- lista sprawdzająca: część dot. postępowań objętych zakresem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, aneksów objętych Pzp,
- lista sprawdzająca dotycząca analizy ryzyka w projekcie,
- lista sprawdzająca dotycząca symptomów mogących wskazywać na wystąpienie nadużycia finansowego,
- lista sprawdzająca procedur Beneficjenta.

C. Wykaz stwierdzonych naruszeń i nieprawidłowości.

W toku kontroli stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub ewentualnie do wyjaśnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Wykazu osób w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia; niniejsza nieprawidłowość miała wpływ na wynik postępowania, ponieważ dokonano wyboru wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a wypełnienie tej przesłanki jest podstawą wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, co w dalszej kolejności skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;

2. zmiana wprowadzona aneksem Nr 1 z 15.11.2019 r. w zakresie przedłużenia terminu realizacji została wprowadzona z naruszeniem art. 144 ust. 1 Pzp, z uwagi na fakt, że dokonanie zmiany nie było możliwe na podstawie przesłanek przywoływanych przez Beneficjenta tj. na podstawie art. 144 ust. 1 pkt. 3, 5 i 6 Pzp;
3. zaniechanie przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści Wykazu robót i referencji dla pracy wskazanej w poz. 2 Wykazu robót, oraz ewentualnie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia prawidłowo wypełnionego Wykazu robót; niniejsza nieprawidłowość nie miała wpływu na wynik postępowania;
4. ustalenie terminu składania ofert niezgodnie z art. 43 ust. 1 Pzp, ponieważ pierwotnie wyznaczony termin wypadał na 14 dzień od dnia opublikowania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych; należy jednocześnie wskazać, że w trakcie postępowania Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i ogłoszenia czym usunął nieprawidłowość wskutek czego nie miała ona wpływu na wynik postępowania;
5. ustalenie terminu związania ofertą niezgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ pierwotnie wyznaczony termin związania ofert wynosił 31 dni; należy jednocześnie wskazać, że w trakcie postępowania Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i ogłoszenia czym usunął nieprawidłowość wskutek czego nie miała ona wpływu na wynik postępowania;
6. określenie wartości szacunkowej zamówienia jako kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, a nie kwotę ustaloną w oparciu o sporządzone kosztorysy inwestorskie i przedmiary. Powyższa nieprawidłowość nie miała wpływu na prawidłowość przyjętej procedury i wynik postępowania;
7. niewystarczający sposób dokumentowania procedury akceptacyjnej czynności podejmowanych w toku postępowania przez Zamawiającego oraz innych osób uczestniczących w postępowaniu ze strony zamawiającego, a także niedopełnianie niektórych wymogów formalnych określonych w procedurach wewnętrznych; w szczególności należy wskazać brak parafowania pism przez osoby je przygotowujące oraz akceptacje przez członków komisji i zamawiającego pism, wyjaśnień w trybie roboczym wskutek czego nie zostało udokumentowane kto uczestniczył w akceptacji danej czynności. Wskazana nieprawidłowość nie miała wpływu na wynik postępowania.

D. Informacja o korektach finansowych.

Wskazane w Części C pkt 1 – 2 naruszenia stanowią zidentyfikowaną nieprawidłowość indywidualną w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. 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, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r. ze zm.).

Definicja zawarta w ww. przepisie wskazuje, że nieprawidłowość indywidualna oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikającego z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFS, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii Europejskiej nieuzasadnionym wydatkiem.

Stwierdzone naruszenia mogły wywrzeć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem, co wyczerpuje definicję nieprawidłowości indywidualnej.

Naruszenie wynikało z działania lub zaniechania Beneficjenta i mogło zakłócić konkurencję, mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania i spowodować potencjalną szkodę w budżecie ogólnym UE.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy z 11.07.2014 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 art. 9 lub 11 niniejszej ustawy.

Wartość pomniejszenia ustalono na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (dalej rozporządzenie) (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 971).

Zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonego naruszenia powodujące nieprawidłowość indywidualną są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania poziom pomniejszenia należy ustalić w oparciu o stawkę procentową wskazaną w Załączniku do ww. rozporządzenia. (tzw. *Taryfikator*).

Stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej wiąże się z koniecznością podjęcia odpowiednich działań korygujących polegających na pomniejszeniu wydatków kwalifikowalnych. Zgodnie z *Taryfikatorem* na badane postępowanie należy nałożyć korektę finansową wynikającą:

- ✓ z pkt 24 *Taryfikatora* w wysokości 25% z tytułu naruszenia w zakresie wyboru oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- ✓ z pkt 28 *Taryfikatora* w wysokości 25% z tytułu dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, z naruszeniem warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu.

Zgodnie z § 9 *Rozporządzenia*, w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych, wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu. W takim przypadku stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości, co w analizowanym przypadku odpowiada stawce w wysokości 25% na zawartą umowę według wzoru:

$$✓ \quad W_p = W_{kw} \times W\%$$

- ✓ gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:
- ✓ W_p – wartość pomniejszenia,
- ✓ W_{kw} – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia,
- ✓ $W\%$ – stawka procentowa.

E. Zalecenia.

Pomimo stwierdzenia nieprawidłowości w przeprowadzonym postępowaniu, IP z uwagi na zakończenie projektu nie wydaje zaleceń, w tym zaleceń prewencyjnych.

F. Informacja o wystąpieniu z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o przeprowadzenie kontroli. (nie dotyczy)

Opinia pokontrolna kontroli nr **POIS.01.01.02-U/A/3/2021** została opracowana, zweryfikowana i podpisana zdalnie z uwagi na sytuację epidemiologiczną – COVID-19.

Podpis kontrolującego:

Artur Krówka

.....

Podpis Kierownika jednostki kontrolującej lub osoby upoważnionej:

Małgorzata Keller-Boroszko
Dyrektor Biura Kontroli i Audytu

.....

Pouczenie:

Zgodnie z Podrozdziałem 4.1 Załącznika nr 1 *do Zaleceń dla instytucji zaangażowanych w realizację POIiŚ 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń* do wydanej opinii pokontrolnej Beneficjent może zgłosić pisemne zastrzeżenia wraz z uzasadnieniem. Zastrzeżenia należy przekazać instytucji kontrolującej w terminie 14 dni od dnia otrzymania opinii pokontrolnej. W takim wypadku dokumentacja podlega ponownej weryfikacji. Istnieje możliwość przedłużenia terminu na zgłoszenie zastrzeżeń na wniosek podmiotu kontrolowanego, zgłoszony przed upływem terminu zgłoszenia zastrzeżeń.