
OPINIA POKONTROLNA KONTROLI nr POIS.01.04.01-U/A/4(2)/2021

A. Podstawowe informacje o kontroli i jednostce kontrolowanej

1.	Numer kontroli	POIS.01.04.01-U/A/4/2021
2.	Numer projektu	POIS.01.04.01-00-0002/19
3.	Tytuł projektu	„Budowa inteligentnego systemu sieci dystrybucyjnej SN do wyprowadzenia 55 MW mocy z zespołu elektrowni fotowoltaicznych zlokalizowanych w Zgorzeleckim Kłastrze Energii”
4.	Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli	§ 13 Umowy o dofinansowanie nr POIS.01.04.01-00-0002/19-00
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: 1) 17.05.2021- 19.10.2021 r. 2) 4.11.2021-1.02.2022 r. – weryfikacja zastrzeżeń do Opinii pokontrolnej. Kontrola przeprowadzona w trybie pracy zdalnej.
9.	Zakres kontroli	1) Kontrola: procedury zawarcia umowy nr 1/19 z 19.09.2019 r.: „Budowa dwutorowej linii kablowej 20kV, budowa sieci linii kablowych 20 kV oraz budowa stacji fotowoltaicznej ”

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.

		2) Kontrola zmian w 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.
10.	Dane identyfikujące kontrolowaną umowę	
11	Numer umowy oraz data zawarcia z wykonawcą	Umowa nr 1/19 z 19.09.2019 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 (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) (dalej: <i>Pzp</i>), – Wewnętrzna procedura Beneficjenta - „Procedury udzielania zamówień w Spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.” (dalej: <i>Procedura udzielania zamówień</i>) oraz „Procedura zawierania umów w oparciu o prawo zamówień publicznych” (dalej: <i>Procedura zawierania umów</i>).
13	Nazwa Wykonawcy umowy	Electrum Sp. z o.o. ul. Watykańska 13 15-638 Białystok
14	Wartość netto umowy	29 756 500,00 zł netto
15	Wartość brutto umowy	36 600 495,00 zł brutto

B. Ustalenia kontroli.

W umowie o dofinansowanie nr POIS.01.04.01-00-0002/19-00 Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu zgodnie z należyłą 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 *Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020* (dalej: *Wytyczne*).

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. Ogólne zasady udzielania zamówień u Beneficjenta reguluje „Procedura udzielania zamówień w Spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.” z dnia 4.03.2019 r.

Kontrola ww. procedury przeprowadzona została w ramach równolegle prowadzonej kontroli nr POIS.01.01.02-U/A/3/2021 dotyczącej procedury zawarcia umowy 3/19 z dnia 11.10.2019 r. realizowanej w ramach umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.02-00-0004/19.

W przypadku przedmiotowego postępowania Beneficjent był podmiotem zobowiązanym do stosowania Pzp z uwagi, że był on zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 5 Pzp, zgodnie z którym do stosowania ustawy są zobowiązane inne podmioty niż wskazane w art. 3 ust. 1 pkt. 1-4 Pzp jeżeli spełnione są następujące przesłanki:

- 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 kontrolowanym zamówieniu wszystkie powyższe warunki są spełnione.

Szacunkowa wartość zamówienia przekraczała tzw. „progi unijne” (art. 11 ust. 8 Pzp). Postępowanie przeprowadzono w trybie przetargu nieograniczonego, jako zamówienie klasyczne z ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Do niniejszego postępowania nie mają zastosowania regulacje określone w Rozdziale 5 Pzp dotyczące zamówień sektorowych ze względu na treść art. 132 ust. 1 Pzp, który stanowi, że przepisy Rozdziału 5 stosuje się do zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 1-4 Pzp.

Zgodnie z rozdziałem 6.5.2 Wytycznych udzielenie zamówienia w ramach projektu następuje zgodnie z zasadą konkurencyjności w przypadku beneficjenta będącego zamawiającym w rozumieniu Pzp, jak miało to miejsce w kontrolowanym postępowaniu.

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 dnia 14.06.2021 r. odstąpiono od sporządzania wniosku o rozpoczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa §4 ust. 2

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.

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.

Kontrolowane zamówienie pn. „Budowa dwutorowej linii kablowej 20kV, budowa sieci linii kablowych 20 kV oraz budowa stacji fotowoltaicznej ” jest częścią projektu „*Budowa inteligentnego systemu sieci dystrybucyjnej SN do wyprowadzenia 55 MW mocy z zespołu elektrowni fotowoltaicznych zlokalizowanych w Zgorzeleckim Kłastrze Energii*”.

Szacowanie wartości zamówienia.

Jak wynika z protokołu postępowania szacunkową wartość zamówienia określono 25.03.2019 r. na kwotę 28 870 000,00 zł netto, tj. 6 695 734,86 euro³, w tym wartość badanej części zamówienia 28 645 000,00 zł netto, tj. 6 643 551,27 euro⁴ na podstawie kosztorysów inwestorskich, przedmiarów robót. Podstawa prawna szacowania wartości zamówienia: art. 33 ust. 3 pkt 1 oraz 2 Pzp, 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 28 870 000,00 zł netto (a wartość badanego postępowania 28 645 000,00 zł netto), podczas gdy z przekazanych przez zamawiającego kosztorysów KAZ-268, KAZ-269 oraz KAZ-270 będących podstawą ustalenia wartości zamówienia, wartość całkowita zamówienia wynosi 35 539 155,94 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 przeznaczona na sfinansowanie zamówienia była tożsama z wartością oszacowaną na podstawie kosztorysów inwestorskich. Jakkolwiek stanowisko Zamawiającego w zakresie braku tożsamości kwoty przeznaczonej na sfinansowania zamówienia a wartości szacunkowej zamówienia jest prawidłowe, 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

³ Kurs euro 4,3117 zł

⁴ Kurs euro 4,3117 zł

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).⁵ 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 3.05.2019 r. na stronie internetowej pod adresem <http://gepoldystrybucja.pl>,
- zamieszczono 3.05.2019 r. na platformie zakupowej Spółki pod adresem <http://gepoldystrybucja.ezamawiajacy.pl>,
- zamieszczono w siedzibie Spółki,
- opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 3.05.2019 r. pod numerem 2019/S 086-205002.

Ustalono, że treść ww. ogłoszeń była zgodna z art. 41 ustawy Pzp.

Warunki zamówienia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) została opracowana i zatwierdzona przez kierownika Zamawiającego (w osobach Prezesa Zarządu oraz Członka Zarządu) dnia 30.04.2019 r.

⁵ 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

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 budowy dwutorowej linii kablowych 20kV oraz budowy sieci linii kablowych 20kV Programy Funkcjonalno-Użytkowe.

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 2016r. Poz 1126).

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

Zgodnie z SIWZ otwarcie ofert miało być jawne i miało nastąpić 5.06.2019 r. o godzinie 12:30 w siedzibie Zamawiającego.

Zgodnie z SIWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu termin składania ofert ustalono na 5.06.2019 r. do godz. 12.00. Oceniono, że termin składania ofert określony w ogłoszeniu i SIWZ był zgodny z art. 43 ust. 2 Pzp, który stanowi, że w przypadku zamówienia o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Biorąc pod uwagę, że ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do publikacji 30.04.2019 r. termin ten został zachowany.

Kryteria oceny ofert: 100% cena brutto.

Termin realizacji zamówienia - nie dłużej niż do 30.11.2019 r.

Termin związania ofertą: oznaczony datą na 1.08.2019 r. Termin ten został wyznaczony zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wartości innej niż określone w art. 85 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, jednak nie dłużej niż 60 dni.

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 dwukrotnie tj.: 31.05.2019 r. i 17.06.2019 r. (daty przekazania sprostowań ogłoszenia do Urzędu Publikacji UE).

Zmiany treści ogłoszenia publikowano odpowiednio::

- 4.06.2019 r. pod numerem 2019/S 106- 258043 w Dzienniku Urzędowym UE oraz na platformie zakupowej Zamawiającego,
- 18.06.2019 r. pod numerem 2019/S 115- 281552 w Dzienniku Urzędowym oraz na platformie zakupowej Zamawiającego 24.06.2019 r.,

przy czym treść przekazywanych do publikacji zmian ogłoszeń była publikowana na platformie zakupowej Zamawiającego wraz z treścią zmiany SIWZ w dniu przekazywania ogłoszeń o zmianie Urzędowi Publikacji UE. Zmiany treści ogłoszenia wynikały z konieczności dokonywania modyfikacji treści SIWZ (w szczególności zmiany Załącznika 5 – STWIOR, dokonanej w dniu 31.05.2019 r.), dostosowania terminów składania ofert, związania ofertą. 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. Wyrażono również zgodę na zmianę jednego z zapisów wzoru umowy. Udzielane odpowiedzi i zmiany SIWZ umieszczano i przekazywano poprzez platformę zakupową Zamawiającego.

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

W ocenie IP w przypadku zmian SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu dokonanych w dniu 31.05.2019 r. uchylono terminowi wynikającemu z art. 12a ust. 2 Pzp, w związku z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp. Jak wynika z treści art. 38 ust. 4a Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający: 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, 2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Z kolei z modyfikacją treści ogłoszenia o zamówieniu, związana jest dyspozycja art. 12a ust. 1 i 2 Pzp, dotycząca przedłużenia terminu składania ofert. W myśl art. 12a ust. 1 Pzp zamawiający dokonując zmian ogłoszenia, jeżeli jest to konieczne, przedłuża termin składania wniosków lub ofert. Jednocześnie art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi, że w przypadku zmian istotnych dla postępowań o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp wymagane jest aby w rezultacie zmiany, termin składania ofert nie był krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Należy zauważyć, że wprowadzona w dniu 31.05.2019 r. zmiana treści SIWZ dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia (Załącznika 5 – STWIOR) jak też terminu składania i otwarcia ofert. W ocenie IP zmiana przedmiotu zamówienia (Załącznika 5 – STWIOR) była zmianą istotną mogącą wymagać wprowadzenia zmian do ofert, w związku z czym Zamawiający winien przedłużyć termin składania ofert o okres niezbędny do wprowadzenia zmian do ofert. Mając to na uwadze oraz fakt, że wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Zamawiający powinien przedłużyć termin składania ofert z zachowaniem przepisu art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. tak, aby termin składania ofert nie był krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej z zachowaniem art. 12a ust. 1 Pzp. Odnosząc się do niniejszej zmiany SIWZ i ogłoszenia należy stwierdzić, że ogłoszenie opublikowane w DUUE pod numerem 2019/S 106- 258043 zostało przekazane do publikacji do Urzędu Publikacji UE w dniu 31.05.2019 r., w związku z czym termin składania ofert winien zostać wydłużony co najmniej do 18.06.2019 r., podczas gdy termin składania ofert został wydłużony przez Zamawiającego do dnia 17.06.2019 r. Zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych w trakcie postępowania przez wykonawców i zamawiającego stosuje się ustawę 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 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 przekazał ogłoszenie o zmianie ogłoszenia do Urzędu Publikacji UE, a termin rozpoczyna bieg w dniu następnym, co oznacza, iż wygasa o północy ostatniego, 15 dnia. Jednocześnie art. 115 kc stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Odnosząc to do kontrolowanego postępowania oceniono, że 15 dzień od dnia przekazania ogłoszenia o zmianie do publikacji wypadał na sobotę (tj. 15.06.2019 r.), a kolejny dzień był dniem ustawowo wolnym od pracy (niedziela), w związku z tym ostatni 15 dzień upływał z końcem dnia 17.06.2019 r. Mając to na uwadze pierwszym dniem na kiedy mógł zostać wyznaczony nowy termin składania ofert był 18.06.2019 r.

Mając powyższe na uwadze zmiana terminu składania ofert dokonana pismem z dnia 31.05.2019 r. skutkująca zmianami ogłoszenia o zamówieniu przekazanymi do publikacji w tym samym dniu została dokonana z naruszeniem art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp. IP w tym miejscu jednak zważyła, że w dniu 17.06.2019 r. Zamawiający dokonał ponownego przesunięcia terminu składania ofert na dzień 24.06.2019 r., czym usunął nieprawidłowość wskutek czego nie miała ona wpływu na wynik postępowania.

Zmiana ogłoszenia opublikowanego w DUUE pod numerem 2019/S 115- 281552 została przekazana do publikacji do Urzędu Publikacji UE w dniu 17.06.2019 r., wynikała ze zmiany terminu składania i otwarcia ofert. Niniejszą zmianą, termin składania ofert został wydłużony do dnia 24.06.2019 r. Jakkolwiek termin składania ofert jest istotnym elementem SIWZ i ogłoszenia i może stanowić sam w sobie zmianę istotną to w zaistniałej sytuacji nie można wprost wskazać, że zachodzi konieczność wprowadzenia zmian do treści ofert. Jakkolwiek w ocenie IP zmiana terminu wiąże się z dokonaniem dodatkowych czynności, w szczególności może wymagać dostosowania dokumentów wadialnych, to nie można jednoznacznie wykazać, że w przedmiotowym przypadku zmiana ta wymagała dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian do samej treści ofert. Uwzględniając niniejsze IP uznała, że Zamawiający nie miał obowiązku przedłużenia terminu składania ofert z zachowaniem art. 12 ust. 2 pkt 1 Pzp, a wydłużenie terminu do dnia 24.06.2019 r. było wystarczające.

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.

Zamawiający jednocześnie (w tym samym piśmie z dnia 25.06.2019 r.) wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 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 rozbieżności pomiędzy treścią złożonej oferty i Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) oraz do uzupełnienia oświadczeń, które Wykonawca był zobowiązany do podania w JEDZ (wykonawca nie wypełnił JEDZ w zakresie Sekcji IV dotyczącej spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, potencjału kadrowego i finansowego). Należy wskazać, że jednoczesne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie wstępnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia (JEDZ) oraz do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania tych warunków w trybie art. 26 ust. 1 Pzp należy uznać zasadniczo za niewłaściwe. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, to jest po zakończeniu oceny ofert pod kątem braku podstaw do odrzucenia oferty oraz ocenie JEDZ i dokonaniu ewentualnych wyjaśnień tego dokumentu. Brak zachowania tej kolejności mógłby zostać uznany za dopuszczalny i nie mający wpływu na wynik postępowania, z uwagi na złożenie tylko jednej oferty. Jednak z uwagi, na fakt, że uzupełniony na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp JEDZ nadal nie zawierał pełnych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji umowy przyjęty przez Zamawiającego sposób procedowania doprowadził do sytuacji, w której Zamawiający nie dysponował kompletnym oświadczeniem wstępnym potwierdzającym, że wykonawca na dzień składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu. 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 w dniu 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 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) posiadać minimum 5 (pięć) 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 odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 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 10.000.000,00 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 15. Zgodnie ze wzorem 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 przez wskazane osoby 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. Należy dodatkowo zauważyć, że tożsamy zakres informacji wykonawca wskazał w JEDZ tj. dokumencie, w którym wykonawca wstępnie oświadcza, że na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Zamawiający wyjaśniając na jakiej podstawie ocenił, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania personelem o wymaganym doświadczeniu w dniu 23.07.2021 r. wyjaśnił, że opierał się na oświadczeniach zawartych w oświadczeniu wstępnym JEDZ oraz ogólnym oświadczeniu wykonawcy zawartym w Wykazie osób o posiadaniu przez wskazane osoby wymaganym doświadczeniem. Wskazał jednocześnie, że z brzmienia art. 26 ust. 1 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. 1 Pzp. Jeżeli Zamawiający na etapie wszczynania postępowania uznał, że nie jest dla niego wystarczające oświadczenie wstępne (JEDZ) 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. Jednocześnie dla potwierdzenia faktu, że ogólne oświadczenie wykonawcy nie było wystarczające dla Zamawiającego można przytoczyć odpowiedź Zamawiającego udzieloną w dniu 29.05.2019 r. na jedno z pytań wykonawcy „Pytanie: 11. Czy Zamawiający wyraża zgodę, aby wykonawca wypełniając dokument JEDZ w części IV: Kryteria kwalifikacji ograniczył się do sekcji α? Odpowiedź: Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu lub w dokumentacji zamówienia, o której mowa w ogłoszeniu, że Wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji α w części IV formularza JEDZ. Wymagane jest uzupełnienie całości sekcji w części IV formularza JEDZ”. Oznacza to, że już na etapie składania oferty Zamawiający oczekiwał w pełni wypełnionego JEDZ potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień

składania ofert, bowiem gdyby wystarczające byłoby dla niego ogólne oświadczenie o spełnianiu warunków dopuściłby on możliwość wypełnienia przez wykonawców wyłącznie sekcji α w Części IV podczas gdy w odpowiedziach jednoznacznie wskazał na konieczność wypełnienia Części IV w pełnym zakresie. Mając powyższe na uwadze, w opinii IP, 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 wyjaśnienia wykazu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Ponadto Zamawiający przyjął jako prawidłowe i kompletne oświadczenie JEDZ pomimo tego, że podobnie jak Wykaz osób nie zawierało wszystkich informacji niezbędnych do wykazania spełniania warunku przez osoby wskazane do realizacji przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że Zamawiający wzywał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jeden raz (w piśmie z 25.06.2019 r.) do uzupełnienia JEDZ w zakresie informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z czym niemożliwym było już kolejne wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ z ogólnie przyjętą linią orzecniczą jest to czynność jednokrotna i niemożliwym jest ponowne wzywanie do uzupełniania tych samych informacji. Dlatego też Zamawiający powinien kontynuować badanie JEDZ w zakresie dopuszczalnym Pzp i uzupełniać/wyjaśniać treść dokumentu (w szczególności na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp), a w przypadku uznania braku możliwości kontynuowania wyjaśniania JEDZ wykluczyć wykonawcę z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konkludując w następstwie nieprawidłowości w badaniu JEDZ i Wykazu osób wynikających z braku wezwań wykonawcy do uzupełniania przedmiotowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 lub odpowiednio 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.

Cena najkorzystniejszej oferty przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia (35 233 350,00 zł brutto), jednak Zamawiający zwiększył tą kwotę do ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą (36 600 495,00 zł brutto).

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 31.08.2019 r. a ostatecznie do 30.09.2019 r., jednocześnie każdorazowo uzupełniał aneksy do gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium.

Publikacja informacji o rozstrzygnięciu postępowania.

Zamawiający 8.07.2019 r. upublicznił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz przekazał ją uczestnikom postępowania poprzez platformę zakupową zamawiającego pod adresem <http://gepoldystrybucja.ezamawiajacy.pl>.

Publikacja ogłoszenia o wyniku postępowania (zawarciu umowy).

Ogłoszenie o wyniku postępowania (zawarciu umowy) zostało przekazane do publikacji do Dziennika Publikacji Unii Europejskiej w dniu 26.09.2019 r. tj. z zachowaniem art. 95 ust. 1 Pzp. Opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE nastąpiło 1.10.2019 r. pod nr 2019/S 189-458774.

Protokół z postępowania.

Protokół z postępowania zawiera obligatoryjne elementy i informacje określone w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp⁶ tj.:

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

Umowa.

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania Gepol Dystrybucja Sp. z o.o. zawarła 19.09.2019 r. umowę nr 1/2019 (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 29 756 500,00 zł netto, tj. 36 600 495,00 zł brutto. Wartość ta jest zgodna z kwotą zaproponowaną przez oferenta w ofercie.

Zmiany umowy.

Warunki umowy nr 1/2019 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.

⁶ 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,

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.

W zakresie zmiany określonej w pkt 1) tj. zmiany terminu realizacji umowy Zamawiający w wyjaśnieniach jako podstawę prawną wprowadzenia zmian wskazał art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp. Nadto 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. Zamawiający wskazał jednocześnie, że przed zawarciem aneksu zlecił wykonanie opinii prawnej dotyczącej możliwości zawarcia umowy, którą przesłał wraz z wyjaśnieniami.

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 miałaby wpływu na faktyczny termin realizacji umowy jakim dysponuje wykonawca. Jednocześnie IP zwraca uwagę, że Zamawiający przedłużył termin składania ofert w sumie o 19 dni (pierwotny termin to 5.06.2019 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 wiedzą 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 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 5.06.2019 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, wykonawca którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą uzupełni dokumenty we wcześniejszym terminie niż minimalny termin określony w art. 26 ust. 1 Pzp (10 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 5.06.2019 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 (tożsamy 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 ewentualną 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 19 dni, co stanowi ok. 15% 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) i nie określono zasad ich wprowadzenia.

Aneks należy uznać za zawarty prawidłowo i z zachowaniem art. 144 ust. 1 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 do umowy do 27.01.2020 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 1/19, 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 brak uzgodnień lokalizacji stacji kontenerowych pod liniami napowietrznymi, co mogło doprowadzić do konieczności wykonania i zgłoszenia projektu budowlanego zamiennego, oraz na brak prawomocnych decyzji dotyczących zbliżenia poszczególnych elementów inwestycji do linii elektroenergetycznych znajdujących się w eksploatacji PSE S.A., co miało uniemożliwić 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. 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 były 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.

Analizując poszczególne podstawy prawne i faktyczne zawarcia Aneksu Nr 3 należy stwierdzić, że tak jak już wskazano w treści opinii pokontrolnej w zakresie Aneksu Nr 1 wprowadzenie zmian na podstawie art. 144 ust 1 pkt 3 lub 6 Pzp jest niewłaściwe.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt. 3 Pzp możliwa jest zmiana umowy w stosunku do treści oferty, jeżeli spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Rozpatrując przesłankę określoną w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zwrócić należy, że możliwość wprowadzenia zmian do umowy na jej podstawie 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 tym miejscu konieczne jest zauważenie, że Zamawiający jako jedną z podstawowych przesłanek wskazał art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. możliwość dokonania zmiany w danym zakresie została przewidziana w treści SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu. Oznaczałoby to, że dopuszczalność zmian w zaistniałych okolicznościach faktycznych została przewidziana co stoi w sprzeczności z podstawowym warunkiem możliwości dokonania zmiany w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. jej nieprzewidywalności na etapie przygotowania postępowania.

Dodatkowo w przypadku podstawy wskazanej w art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający byłby zobowiązany, zgodnie z art. 144 ust. 1c Pzp przekazać do Dziennika Publikacji UE ogłoszenia o zmianie umowy co dokonał dopiero bezpośrednio przed udzieleniem wyjaśnień (jak wyjaśnił zamawiający „*Mając na względzie wiodący charakter podstawy prawnej z art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp., zamawiający odstąpił od niezwłocznej publikacji ogłoszenia o wprowadzonej zmianie umowy w BZP i DUUE.*” oraz „*Dodatkowo wyjaśniam, że zmiany Umowy nr 1/19 oraz Umowy nr 3/19, wprowadzone odpowiednimi aneksami nr 3, w związku z opinią prawną wydaną na zlecenie zamawiającego dnia 7 października 2019 r. (przekazaną już w ramach prowadzonej kontroli), zamawiający uznał za zmiany nieistotne.*”).

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 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.* 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 mogłby 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 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 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 Aneksiem Nr 1, IP stoi na stanowisku, że zmiana terminu składania ofert ujęta w Aneksie Nr 3 nie była możliwa na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. jako zmiana nieistotna.

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 1/19 z dnia 19.09.2019 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 879 089,98 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 30 195 589,98 zł netto.

Podstawę do ustalania powyższych kwot stanowiły protokoły konieczności sporządzane w trakcie realizacji umowy 1/19 z dnia 19.09.2019 r. Łącznie podpisano 10 protokołów konieczności, z których 9 miało wpływ na wysokość wynagrodzenia i w których odpowiednio wskazano:

- protokół konieczności Nr 1/U1 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: przesunięcie stacji kontenerowych oraz linii kablowych SN; podstawa prawna formalna: §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 2/U1 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: zwiększenie przekroju żył głównych kabli; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 740 318,90 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 3/U1 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: zmiana kabli w lokalizacji uniepalnionej na kable o izolacji nieposiadającej odporności na rozprzestrzenianie płomienia pomalowanych farbą uniepalniającą; podstawa formalna zmiany: PFU – linia dwutorowa 26.04.2019 pkt 4.2.5 Charakterystyka kabla 20kV; wartość zmian: -39 595,06 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 4/U1 z dnia 12.12.2019 r. – zakres: 1. Zamiana zabezpieczenia Woodward typu MCA4-2 DOACA oraz układu pomiarowego potrzeb własnych stacji kontenerowych na rzecz analizatora parametrów sieci. 2. Zmiana wyłącznika wysuwonego typu 3WL 1600A na kompaktowy o takim samym prądzie znamionowym.; podstawa formalna zmiany: §2 ust. 2 pkt 18, §9 ust. 28,

- §6 ust. 8 umowy; wartość zmian: -9 008,45 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
- protokół konieczności Nr 5/U1 z dnia 14.04.2020 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: 28 112,87 zł netto; wydłużenie terminu realizacji;
 - protokół konieczności Nr 6/U1 z dnia 19.05.2020 r. – zakres: dostawa i montaż pyłomierza – wniosek inwestora; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 21 914,53 zł netto; brak wpływu na termin realizacji;
 - protokół konieczności Nr 7/U1 z dnia 11.06.2020 r. – zakres: zmiana technologii wykonywania robót; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 32 718,98 zł netto; wydłużenie terminu realizacji;
 - protokół konieczności Nr 8/U1 z dnia 29.06.2020 r. – zakres: zmiana technologii wykonywania robót; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 61 549,95 zł netto; wydłużenie terminu realizacji;
 - protokół konieczności Nr 9/U1 z dnia 30.06.2020 r. – zakres: dostosowanie stacji kontenerowych do wymagań Tauron Dystrybucja S.A.; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 6 ppk e) w zw. z §6 ust. 8 oraz §6 ust. 9 umowy; wartość zmian: 43 078,26 zł netto; wydłużenie terminu realizacji;
 - protokół konieczności Nr 10/U1 z dnia 9.05.2020 r. – zakres: wykonanie projektów budowlanych oraz uzyskanie pozwolenia na budowę przez zamawiającego; podstawa formalna zmiany: §14 ust. 8 pkt 1 umowy, SIWZ ust. 16.5; wartość zmian: -440 000,00 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 rzeczoznawcę 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 10/U1 z dnia 9.05.2020 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 36 600 495,00 zł brutto oraz fakt, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane łączna wartość zmian wprowadzonych na podstawie przedmiotowego przepisu mogła wynosić maksymalnie 5 490 074,25 zł brutto, co oznacza, że wartość zmian do umowy wprowadzonych przez zamawiającego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp 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.01.04.01-00-0002/19 pn.: *„Budowa inteligentnego systemu sieci dystrybucyjnej SN do wyprowadzenia 55 MW mocy z zespołu elektrowni fotowoltaicznych zlokalizowanych w Zgorzeleckim Kłastrze Energii ”* podlegają Polityce zarządzania ryzykiem w Spółce Gepol Dystrybucja Sp. z o.o.

W trakcie kontroli nie zidentyfikowano symptomów nadużycia finansowego.

Dla projektu POIS.01.04.01-00-0002/19 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.

WW. dokumenty zostały pozytywnie zweryfikowane w trakcie niniejszej kontroli.

Procedury Beneficjenta.

- Kontrola procedur Beneficjenta przeprowadzona została w ramach równolegle prowadzonej kontroli nr POIS.01.01.02-U/A/3/2021 dotyczącej procedury zawarcia umowy 3/19 z dnia 11.10.2019 r. realizowanej w ramach umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.02-00-0004/19.

W trakcie kontroli stwierdzono, że Beneficjent nie dochowywał w pełni procedur za 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 niewłaściwy 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 ustalenie 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 procedury Beneficjenta.

C. Wykaz stwierdzonych naruszeń i nieprawidłowości.

W toku kontroli stwierdzono następujące nieprawidłowości:

- 1) zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub ewentualnie do wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp Wykazu osób oraz JEDZ 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) przedłużenie terminu składania ofert w związku z dokonanymi w dniu 31.05.2019 r. zmianami treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. bez zachowania 15 dniowego terminu składania ofert od dnia przekazania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia do Urzędu Publikacji UE; należy jednocześnie wskazać, że w trakcie postępowania Zamawiający w dniu 17.06.2019 r. dokonał przesunięcia terminu składania ofert na dzień 24.06.2019 r. czym usunął nieprawidłowość wskutek czego nie miała ona wpływu na wynik postępowania;
- 3) zmiana wprowadzona aneksem Nr 1 z 15.11.2019 r. w zakresie przedłużenia terminu realizacji została wprowadzona z naruszeniem zachowaniem 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;
- 4) nieprawidłowe 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;

- 5) 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 i 3 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 wynikło 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.01.04.01-U/A/4(2)/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

.....