

OPINIA POKONTROLNA KONTROLI nr POIS.01.01.02-A/5/2023

A. Podstawowe informacje o kontroli i jednostce kontrolowanej.

1.	Numer kontroli	POIS.01.01.02-A/5/2023
2.	Numer projektu	POIS.01.01.02-00-0005/16
3.	Tytuł projektu	Przebudowa stacji 110/15 kV Wronki w celu umożliwienia rozwoju energetyki odnawialnej.
4.	Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli	§ 13 Umowy o dofinansowanie projektu nr POIS.01.01.02-00-0005/16-00
5.	Nazwa jednostki kontrolowanej	ENEA Operator Sp. z o.o.
6.	Adres jednostki kontrolowanej	ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań
7.	Osoba dokonująca czynności kontrolnych	Joanna Białas Główny specjalista
8.	Termin i rodzaj kontroli	Kontrola doraźna, ex post przeprowadzona w okresie: 24.02.2023 r. – 7.06.2023 r.
9.	Zakres kontroli	Kontrola procedury zawarcia Aneksu nr 4 CRU/A/1200/9100014185/2022 z dnia 16.09.2022 roku do Umowy nr CRU/1200/9000018646/2017 z dnia 30.01.2018 roku, której przedmiotem było wykonanie zadania pn. „Przebudowa stacji 110/15 kV Wronki w celu umożliwienia rozwoju energetyki odnawialnej.”
Dane identyfikujące kontrolowaną umowę.		
10.	Numer umowy oraz data zawarcia z wykonawcą	Aneks nr 4 CRU/A/1200/9100014185/2022 z dnia 16.09.2022 roku do Umowy nr CRU/1200/9000018646/2017 z dnia 30.01.2018 roku
11.	Podstawa prawna zawarcia umowy	Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, z 2016 r. poz. 831, 996, 1020) (dalej: uPzp).

12.	Nazwa wykonawcy umowy	ATREM S.A., 85-033 Bydgoszcz, Pl. Kościeleckich 3
13.	Wartość netto umowy	23 379 674,80 zł (zwiększona do wartości 23 953 754,77 zł)
14.	Wartość brutto umowy (stanowiąca cenę kontraktową netto powiększoną o podatek VAT w wysokości określonej przepisami prawa w dacie zawarcia umowy – zgodnie z treścią §8 umowy)	28 757 000,00 zł (zwiększona do wartości 29 463 118,37 zł) (Podatek VAT - wg stawki 23% zgodnie z ofertą wykonawcy oraz obowiązującymi w okresie realizacji umowy przepisami prawa)

B. Ustalenia kontroli.

Beneficjent na podstawie zawartej Umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.02-00-0005/16-00 (dalej: Umowa o dofinansowanie) zobowiązał się do realizacji projektu w pełnym zakresie, zgodnie z Umową i jej załącznikami, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego i unijnego. W Umowie o dofinansowanie zawarta jest klauzula, na podstawie której warunkiem uznania wydatków za kwalifikowalne jest ich poniesienie zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 z 7 lipca 2017 r. (dalej: Wytyczne) z późniejszymi zmianami¹.

Do oceny prawidłowości zawarcia Aneksu nr 4 CRU/A/1200/9100014185/2022 z dnia 16.09.2022 roku (dalej: Aneks) do Umowy zawartej w ramach realizacji projektu, stosuje się wersję Wytycznych obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania, które zakończyło się podpisaniem umowy, tj. wersję z 19.07.2017 r.

Umowa nr CRU/1200/9000018646/2017 z 30.01.2018 r. pn. „Przebudowa stacji 110/15 kV Wronki w celu umożliwienia rozwoju energetyki odnawialnej” (dalej: Umowa), zawarta została w wyniku rozstrzygnięcia postępowania nr RPUZ/P/0910/2016/OD/ZIR/RI, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 025-044369 w dniu 2.02.2017 r., które zostało przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jako zamówienie sektorowe.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po przeprowadzeniu którego została zawarta Umowa było przedmiotem kontroli, a jej wyniki zawarto w Opinii pokontrolnej kontroli nr POIS.01.01.02-U/25/19, w której nie stwierdzono uchybień ani nieprawidłowości oraz nie wydano zaleceń pokontrolnych.

¹ Aneksem nr 8 z dnia 16.08.2022 r. w § 4 ust. 3 wprowadzono, że do oceny prawidłowości umów zawartych w ramach realizacji Projektu w wyniku przeprowadzonych postępowań, w tym postępowań przeprowadzonych zgodnie z wymogami określonymi w podrozdziale 6.5 Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, stosuje się wersję ww. wytycznych obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania,

Zmiany w Umowie - Aneks nr 4 CRU/A/1200/9100014185/2022 z dnia 16.09.2022 roku do Umowy nr CRU/1200/9000018646/2017 z dnia 30.01.2018 roku (dalej: Aneks nr 4).

Aneks nr 4 został zawarty na podstawie § 4 pkt 15 oraz § 19 pkt 8 w związku z Wnioskiem o dokonanie zmian w Umowie² (dalej: Wniosek), złożonym przez wykonawcę oraz zaakceptowanym przez zamawiającego.

Aneksem nr 4 zmieniono:

1. treść § 4 ust. 4.4 umowy w zakresie terminu realizacji, który otrzymał nowe brzmienie: „Termin zakończenia ROBÓT, w tym pozyskania prawomocnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie inwestycji oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej dotyczącej inwestycji wynosi 279 tygodni (jednak nie dłużej niż do dnia 5.06.2023 r.) z zastrzeżeniem pkt. 4.5.” (zmiana z terminu 125 tygodni od dnia zawarcia przedmiotowej umowy);
2. treść § 8 pkt 1.1. oraz 1.2 umowy w zakresie wartości przedmiotu umowy, który otrzymał nowe brzmienie: „Za wykonanie robót, Wykonawca otrzyma ryczałtową cenę kontraktową w wysokości: 23 953 754,77 złotych netto (słownie: dwadzieścia trzy miliony dziewięćset pięćdziesiąt trzy tysiące siedemset czterdzieści cztery 77/100 złotych).

W CENIE KONTRAKTOWEJ, o której mowa powyżej ujęte jest wynagrodzenie ryczałtowe
z tytułu:

8.1.1. wykonania dokumentacji: kwota netto: 367 665,22 zł, kwota netto słownie złotych: trzysta sześćdziesiąt siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt pięć 22/100 złotych, co stanowi nie więcej niż 20% ceny kontraktowej, o której mowa w pkt. 8.1. Umowy.

8.1.2. wykonania roboty budowlanej w wysokości: kwota netto: 23 586 089 55 zł, kwota netto słownie złotych: dwadzieścia trzy miliony dziewięćset pięćdziesiąt trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt cztery 55/100 złote.”

Z treści Aneksu nr 4 nie wynika jaka jest wartość Aneksu po zmianie ze względu na rozbieżności kwot wyrażonych cyfrą i słownie. Nie da się ustalić czy zmiana spowodowała wzrost wartości umowy o 574 079,97 zł netto, czy o 2 334 655 200,45 zł ze względu na różne kwoty wyrażone cyfrą i słownie w § 2 Aneksu nr 4 - w pkt. 8.1.1. oraz w pkt. 8.1.2., jak również ze względu na brak przecinka w kwocie 2358608955 zł.

Na pytanie cyt.: „jaką cenę kontraktową za wykonanie przedmiotu umowy ustaliły strony oraz jaką strony ustaliły kwotę za wykonanie roboty budowlanej wchodzącej w zakres umowy?” Beneficjent przedłożył Aneks nr 5 CRU/A/1200/9100015923/2023 z dnia 24.05.2023 r. do umowy nr CRU/U/1200/9000018646/2017 z dnia 30.01.2018 r. wraz z Wnioskiem o dokonanie zmian w Umowie wystawionym 2.05.2023 r. Z treści Aneksu nr 5 i Wniosku o dokonanie zmian wynika, że aneks nr 5 został zawarty w celu - cyt.: „poprawienia omyłki pisarskiej polegającej na błędnym określeniu pisemnych kwot oraz braku umieszczenia przecinka oddzielającego część

² Wniosek z dnia 18.08.2022 r. o dokonanie zmian w Umowie CRU/1200/9000018646/2017

dziesiątą od części ułamkowej w wyszczególnionej kwocie za roboty budowlane, w zakresie ustępu 8.1. Umowy”.

W rezultacie Aneksem nr 4 oraz prostującym go Aneksem nr 5 zmieniono:

1. treść § 4 ust. 4.4 umowy w zakresie terminu realizacji, który otrzymał nowe brzmienie: „Termin zakończenia ROBÓT, w tym pozyskania prawomocnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie inwestycji oraz sporządzenie dokumentacji powykonawczej dotyczącej inwestycji wynosi 279 tygodni (jednak nie dłużej niż do dnia 5.06.2023 r.) z zastrzeżeniem pkt. 4.5.” (zmiana z terminu 125 tygodni od dnia zawarcia przedmiotowej umowy);
2. treść § 8 pkt 1.1. oraz 1.2 umowy w zakresie wartości przedmiotu umowy, który otrzymał nowe brzmienie: „Za wykonanie robót, Wykonawca otrzyma ryczałtową cenę kontraktową w wysokości: 23 953 754,77 złotych netto (słownie: dwadzieścia trzy miliony dziewięćset pięćdziesiąt trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt cztery złotych 77/100).

W CENIE KONTRAKTOWEJ, o której mowa powyżej ujęte jest wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu:

8.1.1. wykonania dokumentacji: kwota netto: 367 665,22 zł, kwota netto słownie złotych: trzysta sześćdziesiąt siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt pięć 22/100 złotych, co stanowi nie więcej niż 20% ceny kontraktowej, o której mowa w pkt. 8.1. Umowy.

8.1.2. wykonania roboty budowlanej w wysokości: kwota netto: 23 586 089, 55 zł, kwota netto słownie złotych: dwadzieścia trzy miliony pięćset osiemdziesiąt sześć tysięcy osiemdziesiąt dziewięć złote 55/100”

Złożony 18 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Wniosek zawiera uzasadnienie wnioskowanych zmian, opis zmian o które wnioskował wykonawca oraz dowody³ – załączniki do Wniosku zawierające okoliczności, na które powołał się wykonawca, potwierdzające, że wykonawca informował zamawiającego o zdarzeniach mających wpływ

³ Pismo – informacja z Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. we Wronkach z dnia 9.02.2022 r. (załącznik nr 1), Pismo wykonawcy do zamawiającego z dnia 25.01.2022 r. wraz z dokumentacją zdjęciową (Powiadomienie o okolicznościach mających wpływ na realizację Umowy) (załącznik nr 2), Pismo do PSG Sp. z o.o. z dnia 3.02.2022 r. (załącznik nr 3), Odpowiedź PSG Sp. z o.o. z dnia 22.02.2022 r. (załącznik nr 4), Pismo wykonawcy z dnia 22.02.2022 r. do OGP Gaz-System S.A. (załącznik nr 5), Odpowiedź OGP Gaz-System S.A. z dnia 8.03.2022 r. (załącznik nr 6), e-mail wykonawcy z dnia 21.03.2022 r. do PGNiG S.A. (załącznik nr 7), Odpowiedź PGNiG S.A. Oddział w Zielonej Górze z dnia 4.04.2022 r. (załącznik nr 8), Pismo wykonawcy z dnia 12.05.2022 r. do G. EN. Gaz Energia Sp. z o.o. (załącznik nr 9), Odpowiedź G. EN. Gaz Energia Sp. z o.o. z dnia 17.05.2022 r. (załącznik nr 10), Pismo wykonawcy do zamawiającego nr 21/02/22/ATR-G/ENG z dnia 21.02.2022 r. (załącznik nr 11), e-mail wykonawcy do zamawiającego z dnia 22.04.2022 r. (załącznik nr 12), Pismo zamawiającego z dnia 30.05.2022 r. znak: K2200198337, WEO22E120896 (załącznik nr 13), Pismo wykonawcy z dnia 10.06.2022 r. (załącznik nr 14), Koncepcja zmiany trasy (załącznik nr 15), Kosztorys prac wyłączonych z realizacji (załącznik nr 16), Kosztorys prac o jakie zakres ulega rozszerzeniu (załącznik nr 17), Powiadomienie zamawiającego – e-mail wykonawcy z dnia 30.07.2021 r. (załącznik nr 18), Protokół przekazania placu budowy z dnia 18.08.2021 r. (załącznik nr 19), Pismo wykonawcy z dnia 26.08.2021 r. informujące o nieusunięciu całości upraw (załącznik nr 20), Dokumentacja fotograficzna (załącznik nr 21), Fragment dziennika budowy z wpisem z dnia 29.12.2021 r. (załącznik nr 22), Raport meteorologiczny z okresu od 23.12.2021 r. do 28.12.2021 r. (załącznik nr 23), Raport miesięczny wykonawcy za grudzień 2021 r. wysłany do zamawiającego mailem 14.01.2022 r. (załącznik nr 24), Powiadomienie z dnia 31.03.2022 r. (załącznik nr 25), Pismo wykonawcy z dnia 11.05.2022 r. (załącznik nr 26), Oferta wykonawcy z dnia 9.08.2022 r. (załącznik nr 27), Kosztorys ofertowy na wykonanie doposażenia słupa (załącznik nr 28), aktualizacja harmonogramu (załącznik nr 29).

na termin realizacji umowy, wypełniając tym samym obowiązek wynikający z § 4 ust. 4.8. Umowy.

We Wniosku wykonawca wymienił następujące okoliczności i zdarzenia mające uzasadnić przyczyny wprowadzenia zmian do Umowy:

1. Stwierdzenie na działce nr ewidencyjny 158, obręb Nowa Wieś, gmina Wronki niezainwentaryzowanego liniowego obiektu budowlanego w postaci rury gazowej, która pozostaje w kolizji z lokalizacją słupa elektroenergetycznego, co powoduje ograniczenie dostępności do terenu budowy;
2. Zmiana lokalizacji słupa WN 110kV na działkę 157/1, w miejsce działki 158, powodująca zmianę trasy linii kablowej i światłowodowej, celem ominięcia kolizji, o której mowa w pkt. 1 zgodnie z decyzją zamawiającego wynikającą z pisma z dnia 30.05.2022 r. znak: K2200198337, WEO22E120896;
3. Konieczność uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, obejmującego zmianę lokalizacji słupa WN 110kV oraz trasy, zgodnie z pkt. 2;
4. Zmiana zakresu przedmiotu Umowy i w konsekwencji zmiana wysokości wynagrodzenia umownego, z uwagi na zmianę zakresu wynikającą z pkt. 2-3 powyżej;
5. Ograniczenie dostępu do terenu budowy z uwagi na sprzeciw osoby mającej tytuł do korzystania z tego terenu pod uprawę kukurydzy;
6. Wstrzymanie robót żelbetowych z uwagi na niskie temperatury;
7. Brak możliwości powiązania budowanej stacji GPZ Wronki z dwutorową linią napowietrzną 110kV relacji Wronki – Pniewy 1 i Pniewy 2.

W Aneksie nr 4 strony powołały się na postanowienia § 19 ust. 19.2, pkt. 19.2.1. pkt. 19.2.3, pkt. 19.2.6, pkt. 19.2.14, pkt. 19.2.16, pkt. 19.2.19, pkt. 19.2.27, pkt. 19.2.28, pkt. 19.2.30 Umowy, które miały być podstawą legalności dokonanych zmian - zgodnych z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 1 uPzp, zgodnie z którym dozwolone są zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy jeżeli zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ **w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.**

Zamawiający przewidział zmiany umowy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) – we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ w postaci poniżej wskazanych ogólnikowych i niejednoznacznych zapisów.

Zapisy umowy dotyczące możliwości zmiany Umowy w zakresie terminu realizacji

W § 19 ust. 19.2, pkt. 19.2.1. Umowy przewidziano możliwość „zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy lub poszczególnych części zamówienia przewidzianych w harmonogramie, jeżeli z przyczyn od Wykonawcy niezależnych, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, nie jest możliwe dotrzymanie pierwotnego terminu

przedmiotu umowy”. Możliwość zmiany terminu przedmiotu umowy, która była podstawą zawarcia Aneksu nr 4, określona w §19 ust. 19.2, pkt. 19.2.3. Umowy to cyt.: „wystąpienie innych przyczyn zewnętrznych niezależnych od Zamawiającego oraz Wykonawcy skutkujących niemożliwością prowadzenia robót lub innych czynności przewidzianych Umową; w takim przypadku termin wykonania przedmiotu umowy lub poszczególnych części zamówienia zdefiniowanych w harmonogramie może zostać przesunięty o czas trwania przyczyn od Zamawiającego i Wykonawcy niezależnych, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy oraz o czas trwania ich następstw,”

Powyższe pokazuje, że możliwość dokonania zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy była warunkowana tym, że mogła ona nastąpić z przyczyn niezależnych od wykonawcy i od zamawiającego takich, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia Umowy. W Ocenie kontrolującego takie zapisy nie wypełniają wymogu zawartego w art. 144 ust. 1 pkt 1 uPzp, ponieważ postanowienia nie są jednoznaczne - pod określeniem „inne przyczyny” może się kryć wiele różnych, których zamawiający nie określił. Ponadto nie określono warunków wprowadzenia zmian. Wyznacznikiem, że zmiany będą możliwe jest tylko to że mają być niezależne od wykonawcy i zamawiającego oraz takie, których nie dało się przewidzieć.

Wymienione we Wniosku powody, które doprowadziły do opóźnień w realizacji przedmiotu umowy takie jak wstrzymanie robót żelbetowych ze względu na niskie temperatury, kolizje na placu budowy w postaci niezidentyfikowanej i nieujętej w dokumentacji projektowej infrastruktury, czy ograniczenie dostępu do terenu budowy z uwagi na to, że osoba trzecia mająca tytuł prawny do korzystania z terenu uprawia na nim kukurydzę i nie pozwala zniszczyć uprawy, trudno uznać za takie których nie dało się przewidzieć w trakcie podpisywania umowy oraz takie, na które wykonawca i zamawiający nie mieli wpływu. Zamawiający musiał mieć wiedzę kto ma tytuł prawny do działki, na której planował zrealizować inwestycję budowlaną oraz to, że to nie zamawiający jest dysponentem tej działki, a wystąpienie niskich temperatur w grudniu jest normalnym zjawiskiem przyrodniczym w strefie klimatycznej, w której zlokalizowany jest teren budowy przedmiotowej inwestycji, stosunkowo łatwym do przewidzenia.

Wskazane w uzasadnieniu Wniosku o zmianę umowy okoliczności nie mogą być uznane za niemożliwe do przewidzenia, bowiem zgodnie z doktryną i orzecznictwem za okoliczności niemożliwe do przewidzenia uznaje się takie, które nie mają swojego uzasadnienia w normalnych relacjach gospodarczych oraz takie, które mają charakter na tyle nadzwyczajny, że zamawiający dochowując należytej staranności, nie mógł obiektywnie przewidzieć ich zaistnienia lub skali ich znaczenia.

Potwierdzono, że we Wniosku ani żadnym innym dokumencie poprzedzającym podpisanie Aneksu nr 4 nie ma uzasadnienia, iż wskazane przyczyny wydłużenia realizacji Umowy były niemożliwe do przewidzenia.

Kolejne przesłanki określone w Umowie, będące podstawą zawarcia Aneksu nr 4 to: zmiana zawarta w § 19 ust. 19.2, pkt. 19.2.19. o następującej treści: „wystąpienia warunków terenu budowy odbiegających w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej,

w szczególności napotkania niezainwentaryzowanych lub błędnie zinwentaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych; w takim przypadku termin wykonania przedmiotu umowy może zostać przesunięty o czas trwania przyczyn od Wykonawcy niezależnych oraz o czas trwania ich następstw, **o ile Wykonawca dochował należytej staranności przy opracowaniu dokumentacji projektowej.**” oraz zmiana określona w pkt. 19.2.30 umowy w brzmieniu: „zaistnienia, po zawarciu umowy, wymogów środowiskowych lub uwarunkowań prawnych i administracyjnych; w takim przypadku termin wykonania przedmiotu umowy może zostać przesunięty o czas trwania tych okoliczności od Wykonawcy niezależnych oraz (ewentualnie) o czas trwania ich następstw;”.

Obie zmiany nie odnoszą się do stanu faktycznego wynikającego z dokumentacji kontrolowanego postępowania – po zawarciu umowy nie zmieniły się uwarunkowania prawne ani wymogi środowiskowe. Dokumenty pokazują, że część tych uwarunkowań została ujawniona po zawarciu umowy, bowiem Strony nie dochowały należytej staranności aby je sprawdzić przed zawarciem umowy. Natomiast pozostałe znane były stronom na etapie postępowania przetargowego. Zarówno zamawiający jak i wykonawca zawierając umowę o wykonanie przedmiotowej inwestycji wiedzieli, że ma być ona prowadzona na gruncie o nieuregulowanym stanie prawnym, którym zamawiający nie ma prawa dysponować. W toku postępowania o zamówienie publiczne było wiele pytań od wykonawców o to czy zamawiający jest właścicielem gruntu, na którym ma być prowadzona inwestycja. Zamawiający udzielił jednoznacznych odpowiedzi, że podpisał umowę przedwstępną kupna – sprzedaży przedmiotowej nieruchomości, a warunkiem zawarcia umowy przyrzeczonej jest m.in. doprowadzenie do zmiany studium i wejścia w życie uchwały Rady Gminy Wronki w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego pod elektroenergetykę, umożliwiającego budowę stacji elektroenergetycznej WN/SN. Skoro zatem Wykonawca w obliczu takich okoliczności zdecydował się złożyć ofertę przetargową w postępowaniu, a następnie podpisać umowę na realizację inwestycji to miał pełną wiedzę ryzyka jakie może się pojawić w sytuacji, gdy nie dojdzie do skutku zakup przedmiotowej działki, jak też musiał się liczyć z koniecznością wydłużenia terminu realizacji umowy w związku z wszelkimi procedurami administracyjnymi niezbędnymi do ustanowienia planu zagospodarowania przestrzennego, przekształcenia działki z rolnej na budowlaną, a w rezultacie, terminu wystąpienia o uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę, otrzymania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę i realizacji budowy. Profesjonalny Wykonawca skalkulował sobie w cenę oferty ryzyko wystąpienia robót dodatkowych wynikających z ewentualnej innej lokalizacji, skoro zakładana była niepewna lokalizacja budowy, jak też ryzyko zapłacenia kar umownych w związku z niedotrzymaniem terminu realizacji umowy.

Kontrolujący potwierdził, że w toku zadawanych pytań wykonawcy wnosili o wydłużenie terminu realizacji umowy⁴ ze względu na nieuregulowany stan prawny nieruchomości oraz długie procedury administracyjne, na co zamawiający nie wyraził zgody oznajmiając, że termin realizacji umowy jest wystarczający.

⁴ Pytanie nr 12 i odpowiedź udzielona wykonawcom podczas procedury udzielenia zamówienia publicznego pismem z dnia 24.03.2017 r. – „Odpowiedź na pytania nr 2 oraz modyfikacja SIWZ nr 6”.

Przedmiotem umowy było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zatem zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego⁵ (dalej: PFU). Opisuując przedmiot zamówienia zamawiający miał obowiązek określić między innymi charakterystyczne parametry określające wielkość lub zakres robót budowlanych, aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia oraz miał przekazać wykonawcom wszystkie posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w tym między innymi: oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, kopię mapy zasadniczej, wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci energetycznych i teletechnicznych, dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem. Wykonawca, zgodnie z zapisami PFU, stanowiącym integralną część SIWZ, zobowiązany był do przeprowadzenia wizji lokalnej terenu, na którym realizowany będzie przedmiot zamówienia i uwzględnienia w ofercie wszystkich występujących uwarunkowań. Zgodnie z postanowieniami PFU, cyt.: „Wszelkie wątpliwości zakresowe, funkcjonalne i techniczne, które zdaniem Wykonawcy nie są dostatecznie jasne lub nie wynikają jednoznacznie z materiałów przetargowych, a mają znaczenie przy kalkulacji ceny, należy przed złożeniem oferty wyjaśnić w trybie zadawania pytań.”

Podczas analizy udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej oraz wizji lokalnej terenu wykonawca powinien zbadać wszystkie udostępnione dokumenty oraz uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem, niezbędne do prawidłowego zaprojektowania i wykonania robót budowlanych, będących przedmiotem zamówienia w celu wyeliminowania potencjalnego ryzyka wystąpienia niekorzystnych okoliczności mających negatywny wpływ na realizację przyszłej umowy. Wykonawca miał możliwość i powinien dokonać oceny czy termin realizacji zamówienia jest realny i podjąć próbę w toku zadawania pytań wydłużenia terminu realizacji umowy przed terminem składania ofert. W sytuacji stwierdzenia przez wykonawcę braku dokumentacji umożliwiającej rzetelne sporządzenie oferty, w tym dokumentacji potwierdzającej wykonanie badań nośności gruntu, na którym ma być posadowiony obiekt budowlany należało w toku wyjaśniania treści SIWZ wnioskować do zamawiającego o udostępnienie takich dokumentów zawierających wyniki badań geologiczno-inżynierskich. Wykonanie odwiertów, próbných przekopów oraz wprowadzanie sondy podczas przeprowadzania badania gruntu powinno spowodować wykrycie ewentualnych obiektów mogących kolidować z planowaną budową. Ponadto podczas wizji lokalnej wykonawca miał możliwość w łatwy i bezpieczny sposób pozyskania dokładnych informacji o położeniu ewentualnych podziemnych instalacji takich jak przewody elektryczne lub rurociągi

⁵ Zgodnie z art. 31 ust. 2 uPzp „Jeśli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.” Szczegółowy zakres i forma programu funkcjonalno-użytkowego określona jest w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129).

gazowe za pomocą urządzenia wykrywającego instalacje podziemne, co jest powszechnie stosowaną praktyką podczas przygotowywania niemal każdej tego typu inwestycji budowlanej w celu zaoszczędzenia czasu i pieniędzy oraz uniknięcia problemów w toku procesu budowlanego.

Kontrolujący wskazuje, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129) zamawiający miał obowiązek załączyć do PFU oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, co świadczy o tym, że nie powinien wszczynać postępowania o zamówienie publiczne, przedmiotem którego jest wykonanie robót budowlanych na cudzym terenie. Takie działanie ze strony zamawiającego i przyzwole nie ze strony wykonawcy, który złożył ofertę przetargową nie może być uznane za prawidłowe. Należyta staranność w przygotowaniu, a następnie w realizacji przedmiotu zamówienia obowiązuje zamawiającego i wykonawcę, a jej brak nie może być uzasadniany na etapie realizacji umowy jako okoliczności niezależne od żadnej ze stron.

Kontrolujący potwierdził, że wykonawca w złożonej ofercie przetargowej oświadczył, iż dokonał wizji lokalnej w terenie, otrzymał wszelkie informacje konieczne do przygotowania oferty, akceptuje treść SIWZ oraz wzór umowy.

Z powyższego wynika, że powoływanie się przez zamawiającego i wykonawcę na okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, na które nie mieli wpływu zamawiający ani wykonawca jest chybione i nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy. Dodatkowo potwierdzono, że z Wniosku ani żadnych innych dokumentów kontrolowanej sprawy nie wynika czy wykonawca dochował należytej staranności przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Nie wynika czy wykonawca przeprowadził wszystkie konieczne badania gruntowe oraz sprawdził uwarunkowania terenu w istniejących dokumentach i mapach w zakresie uwarunkowań pod kątem ewentualnej infrastruktury mogącej być kolizją dla przyszłej inwestycji. Wykonawca nie wykazał i nie uzasadnił, że mimo dochowania należytej staranności przy opracowywaniu dokumentacji projektowej nie był w stanie na tym etapie stwierdzić, ani na etapie przed złożeniem oferty przetargowej, że do działki, na której ma być projektowana i realizowana inwestycja ma prawo podmiot trzeci, który użytkuje ją prowadząc uprawy, że na działce prowadzonej inwestycji znajduje się infrastruktura techniczna, która koliduje ze słupem energetycznym, który ma być posadowiony na tym terenie oraz, że nie ma możliwości powiązania budowanej stacji GPZ Wronki z dwutorową linią napowietrzną 110kV relacji Wronki – Pniewy 1 i Pniewy 2, bo przewidywany w dokumentacji przetargowej słup kablowy nie daje technicznej możliwości powiązania go z budowaną stacją.

Zapisy umowy dotyczące możliwości zmiany Umowy w zakresie wartości przedmiotu zamówienia ze względu na wystąpienie robót zamiennych (zgodnie z terminologią zawartą w Aneksie nr 4)

W § 19 ust. 19.2, pkt. 19.2.6. Umowy, na który strony Umowy powołały się w Aneksie nr 4, przewidziano możliwość - cyt.: gdy zaistnieją nieprzewidziane okoliczności, tzn. okoliczności, których przy zachowaniu należytej staranności nie można było przewidzieć, zmiany będą konieczne, gdyż bez ich dokonania świadczenie wchodzące w zakres przedmiotu umowy nie będzie mogło być zrealizowane, bądź nie będzie mógł zostać osiągnięty cel, dla którego miało być wykonywane; w takim przypadku Strony mogą określić zmieniony sposób osiągnięcia rezultatu będącego przedmiotem danego świadczenia.”.

Zdaniem Kontrolującego zacytowana treść umowy nie może zostać uznana za jednoznaczne postanowienie umowne, które określa zakres, charakter, warunki dokonania zmiany. Poza tym, że okoliczności muszą być takie których nie dało się przewidzieć – nie określono o jakie okoliczności chodzi. Zapis jest niezrozumiały i niejednoznaczny.

Ponadto w Aneksie nr 4 Strony jako podstawę jego zawarcia wskazały § 19 ust. 19.2, pkt. 19.2.14 Umowy o następującym brzmieniu: „wykonywania robót budowlanych, dostaw lub usług zamiennych (polegających na zastąpieniu jednych robót budowlanych, dostaw lub usług innymi), jeśli będą korzystne dla zamawiającego, tj.: niezbędne do prawidłowego ukończenia przedmiotu umowy, prowadzić będą do skrócenia terminu realizacji zamówienia, lub prowadzić będą do poprawienia jego funkcjonalności, lub prowadzić będą do zmniejszenia ceny kontraktowej wykonawcy, co skutkować może zmianą ceny kontraktowej oraz zmianą terminów umownych.” Zapisy Umowy mające być podstawą zawarcia Aneksu nr 4 są nieprecyzyjne. Dodatkowo nie mają one zastosowania ponieważ w kontrolowanym przypadku doszło do zmiany ceny polegającej na zwiększeniu wynagrodzenia a nie zmniejszeniu, jak określono w przywołanych powyżej zapisach przewidujących zmianę Umowy. Dodatkowo zdaniem Kontrolującego w rozpatrywanej sytuacji zmiana nie prowadzi do poprawienia funkcjonalności przedmiotu Umowy.

Kolejne podstawy zawarcia Aneksu nr 4 to przesłanki określone w § 19 ust. 19.2 Umowy o następującym brzmieniu:

- pkt. 19.2.16: „gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy ze względu na zasady wiedzy technicznej, oraz udzielenia zamówień dodatkowych, których niewykonanie wstrzymuje lub opóźnia realizację przedmiotu Umowy;”
- pkt. 19.2.27: „zmian technologicznych spowodowanych odmiennymi od przyjętych warunkami terenowymi, w szczególności istnieniem niezainwentaryzowanych obiektów budowlanych,
w szczególności podziemnych instalacji; w takim przypadku Strony mogą również określić zmieniony sposób osiągnięcia rezultatu będącego przedmiotem danego świadczenia wchodzącego w zakres przedmiotu umowy celem uniknięcia rażącej straty

przy wykonaniu przedmiotu umowy przez wykonanie odpowiednich robót pozwalających na uniknięcie kolizji lub usunięciu przeszkód,”

- pkt. 19.2.28: „rezygnacji przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. Zmiany mogą dotyczyć zakresu wykonywanych prac, zmian dokumentacji i **zmniejszenia ceny kontraktowej** o kwoty odpowiadające cenie świadczeń, z których zamawiający rezygnuje,”.

Powyższe potwierdza, że sformułowane zmiany są niejednoznaczne, nieprecyzyjne i nieadekwatne do sytuacji. W żadnej ze zmian umowy nie przewidziano możliwości zwiększenia wynagrodzenia, które miało miejsce zgodnie z postanowieniami Aneksu nr 4. W świetle przepisów o zamówieniach publicznych zakres możliwej zmiany umowy powinien być jednoznacznie ustalony, na tyle szczegółowo, aby można było sensownie żądać od drugiej strony podjęcia negocjacji w celu dokonania zmiany. Zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w art. 144 ust. 1 pkt. 1 uPzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności.

Odnosząc się do przytoczonego stanu faktycznego w kontekście dokonania zmian umowy należy uznać, że były to niewątpliwie zmiany istotne. Zgodnie z doktryną i orzecnictwem istotną zmianą jest modyfikacja pierwotnych warunków zamówienia, polegająca na wprowadzeniu zmian, które - gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia - umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby wybranie innej oferty. Za istotną zmianę uznaje się termin realizacji zamówienia, zmianę sposobu wykonania zamówienia, jak również zmianę wartości umowy - w tym wypadku zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do ceny oferty w oparciu, o którą zawarto umowę o zamówienie publiczne.

Zamówienia publiczne to umowy o bezpośredniej doniosłości gospodarczej charakteryzujące się wyraźną specyfiką na tle kontraktów majątkowych zawieranych w obrocie powszechnym. W szczególności istotne są ograniczenia swobody kontraktowej zorientowane na ochronę interesu publicznego i efektywne wydatkowanie środków publicznych, które w wymiarze niezbędnym określa art. 144 ust. 1 pkt 1 uPzp, wyznaczając szczególne uwarunkowania dla tego rodzaju zastrzeżenia umownego. Dyspozycja przywołanego przepisu prawa wymaga, aby zmiany zostały przewidziane z góry w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres (przedmiot), w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Uchybienie powyższym wymaganiom powoduje bezskuteczność zastrzeżonej odmiennie klauzuli, a w dalszej perspektywie

uzasadni możliwość ewentualnego unieważnienia bezprawnej zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 2 uPzp.

Badając legalność zmiany umowy w zakresie zwiększenia wynagrodzenia, spowodowanego wystąpieniem w trakcie realizacji umowy konieczności wykonania robót budowlanych zamiennych oraz zamiennych prac projektowych Kontrolujący ustalił co następuje:

1. W umowie zostało określone wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych;
2. Przedmiotem zamówienia, zgodnie ze SIWZ oraz PFU jest przebudowa stacji 110/15 KV Wronki w systemie „pod klucz”, czyli zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, w wyniku, których ma powstać dzieło w postaci zrealizowanej inwestycji;
3. W PFU zawarta jest klauzula o treści: „Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia pełnej oferty, która obejmować będzie wszystkie urządzenia oraz powiązania między nimi, a także nie ujęte bezpośrednio w materiałach przetargowych a niezbędne do prawidłowego działania układów funkcjonalnych objętych zadaniem.” oraz postanowienie: „Jeżeli w trakcie prowadzenia robót budowlanych stwierdzone zostaną wady i usterki w dokumentacji, to pomimo jej zatwierdzenia przez zamawiającego, nie zwalnia to Wykonawcy z pełnej odpowiedzialności finansowej i technicznej za ich likwidację.”
4. W § 8 ust. 8.3. Umowy zawarto, że: „Cena kontraktowa jest stała (ryczałtowa) i obejmuje wszelkie koszty Wykonawcy związane z należytą realizacją Umowy, w tym koszty sprzętu, materiałów, robocizny, świadczonych usług oraz stosowny zysk. Cena kontraktowa dotyczy całościowej realizacji robót wraz z wszelkimi kosztami związanymi z ich odbiorem, sprawdzeniami, oznakowaniem, pomiarami, ekspertyzami, itp. Oraz obejmuje wszelkie inne konieczne koszty niezbędne do prawidłowego wykonania robót.”;
5. Treść § 8 ust. 8.4. Umowy stanowi, cyt.: „Cena kontraktowa określona w pkt. 8.1. obejmuje ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu prawidłowego oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją robót objętych Umową. Wykonawca nie będzie mógł się powoływać na pominięcia lub błąd w zakresie konieczności wykonania określonych prac w celu uzyskania zmiany wysokości ceny kontraktowej.”
6. W toku czynności kontrolnych Beneficjent złożył wyjaśnienia zawierające stwierdzenie, że cyt.: „ani zamawiający ani wykonawca nie byli w stanie przewidzieć, że na mapach do celów projektowych uzgodnionych z Powiatowym Ośrodkiem Geodezji i Kartografii w Szamotułach nie będą uwidocznione wszystkie sieci infrastruktury technicznej, a tym bardziej tak ważne jak sieci gazowej”.

Kontrolujący nie dał wiary wyjaśnieniom Beneficjenta, bowiem zgodnie z powszechną wiedzą uczestników procesów budowlanych w Polsce, uzgodnione mapy do celów projektowych niejednokrotnie nie zawierają naniesionych wszystkich obiektów znajdujących się pod ziemią, w tym niezainwentaryzowanej infrastruktury technicznej, niewybuchów z czasów II wojny światowej, pozostałości po grobach czy cmentarzach.

Potwierdzają to także ustalenia z narady koordynacyjnej⁶ podczas, której stwierdzono, że cyt.: przed przystąpieniem do robót należy się zgłosić do kierownika pogotowia energetycznego, który poinformuje o aktualnej sytuacji w zakresie eksploatowanych przez Enea Operator urządzeń podziemnych i pomoże na miejscu w ich zidentyfikowaniu. W celu ustalenia dokładnej trasy przebiegu kabli należy dokonać próbnych przekopów”. Kolejna uwaga z narady to cyt.: „INEA S.A. (...) informuje, iż na dzień 23.12.2020, we wskazanej lokalizacji nie występuje infrastruktura INEA S.A. będąca w kolizji z opracowywanym projektem. Przy natrafieniu w trakcie wizji lokalnej dokonywanej przez projektanta lub podczas robót ziemnych, na urządzenia INEA S.A. nie naniesione na podkład mapowy, należy je zabezpieczyć i powiadomić INEA S.A. (...) w celu ustalenia trybu dalszego postępowania.”

Powyższe pokazuje, że każdy profesjonalny zamawiający i wykonawca realizujący inwestycję budowlaną dobrze wie i zakłada, że podczas realizacji może natrafić na infrastrukturę techniczną, która nie widnieje na mapach do celów projektowych. Standardową praktyką w przypadku ceny ryczałtowej jest wkalkulowanie ewentualnych kosztów usunięcia lub ominięcia takiego obiektu w cenie oferty – uwzględnienia ryzyka wystąpienia kosztów, które wprost nie wynikają z opisu przedmiotu zamówienia a są niezbędne do wykonania dzieła będącego przedmiotem umowy.

Analizując ustalenia wynikające z kontrolowanej dokumentacji należy rozważyć czy zmiana zakresu prac projektowych oraz robót budowlanych wykraczała poza zakres określony w umowie, za który wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie, zgodnie bowiem z art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego⁷ (dalej: k.c.) jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest jego stałość i niezmiennosc. Oznacza to, że żadna ze stron nie może żądać jego obniżenia, czy podwyższenia. Wykonawca we Wniosku uzasadnia konieczność wykonania prac zamiennych w związku ze zmianą lokalizacji posadowienia słupa oraz zmianą przebiegu trasy linii kablowej i linii światłowodowej, co dowodzi, że odstępstwa od pierwotnych założeń realizacji inwestycji wchodzą w zakres przedmiotu umowy, za który została określona zawarta w umowie cena ryczałtowa. W cenie ryczałtowej powinno być skalkulowane także ryzyko niedoszacowania ewentualnych robót nieobjętych projektem, którego autorem jest profesjonalny wykonawca, którego czynności w procesie budowlanym należy oceniać przez pryzmat zawodowej staranności określonej w art. 355 § 2 k.c. Roboty zamienne to jak sama nazwa wskazuje zastąpienie jednych robót drugimi w celu zrealizowania przedmiotu umowy – dzieła, na zrealizowanie którego umówiły się strony umowy za cenę ryczałtową w niej określoną. Zatem roboty te co do zasady zawierają się w przedmiocie umowy i dotyczą takich sytuacji, które wykonawca prac projektowych i robót budowlanych

⁶ Odpis protokołu z narady koordynacyjnej dotyczącej usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu, przeprowadzonej przez Starostę Szamotulskiego sposobem elektronicznym w Referacie Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Wydziału Geodezji, Kartografii i Katastru Starostwa Powiatowego w Szamotulach w terminie do 2020-12-23 Beneficjent przedłożył do akt kontrolowanego postępowania.

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 Nr 16 poz. 93 ze zm.)

dysponujący wiedzą techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę czynności składających się na proces budowlany, robót budowlanych i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Reasumując powyższe Kontrolujący stoi na stanowisku, iż brak jest podstaw do żądania przez wykonawcę zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego.

Biorąc pod uwagę opisany stan faktyczny i prawny Aneks nr 4 został zawarty niezgodnie z przepisami uPzp. Dokonując niedozwolonych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. terminu realizacji umowy oraz wartości umowy Beneficjent naruszył art. 7 ust. 1 uPzp, art. 144 ust. 1 pkt. 1 uPzp.

Wskazane powyżej naruszenia miały wpływ na przebieg postępowania, poprzez uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców, którzy przystępując do postępowania nie mieli możliwości oceny przyszłych warunków realizacji zamówienia, poza jednym z którym zawarto umowę, i ograniczenie w ten sposób kręgu wykonawców.

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, zidentyfikowano symptomy, mogące wskazywać, że mogło dojść do nadużyć finansowych w trakcie przeprowadzania postępowania objętego kontrolą.

Dokonano istotnych zmian umowy: terminu realizacji przedmiotu umowy, zmiany (zwiększenia) wartości umowy. Zwiększenie wartości umowy nie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ. Zmiany określone przez Beneficjenta są sformułowane ogólnikowo, niejednoznaczne i nieprecyzyjne, czyli są bezskuteczne, zatem powodują brak możliwości dokonania legalnych zmian umowy. Ponadto bezprawnie zwiększono wartość umowy za zakres prac objęty wynagrodzeniem ryczałtowym, które co do zasady jest niezmiennie i powinno obejmować wycenę ryzyka dodatkowych nieprzewidzianych kosztów związanych z wykonaniem umowy, o ile ich poniesienie nie będzie groziło wykonawcy rażącą stratą, co szczególnie w przypadku finansów publicznych powinien ocenić sąd.

Zastosowane techniki kontrolne

Do weryfikacji niniejszego zakresu kontroli wykorzystano:

- ✓ analizę dokumentów źródłowych,
- ✓ wyjaśnienia Beneficjenta.

Wypełniono następujące listy sprawdzające:

- ✓ Lista sprawdzająca dokumenty/informacje w postępowaniach objętych zakresem stosowania ustawy PZP w odniesieniu do zawartych aneksów,

- ✓ Lista sprawdzająca dot. ustalenia stosowanego trybu zwiększenia wartości zamówień podstawowych na roboty budowlane,
- ✓ lista sprawdzająca dotycząca symptomów mogących wskazywać na wystąpienie nadużycia finansowego.

C. Wykaz stwierdzonych naruszeń i nieprawidłowości

Na podstawie badanej dokumentacji oraz złożonych wyjaśnień stwierdzono, że Beneficjent dokonał w sposób nieuprawniony istotnych zmian umowy zawierając Aneks nr 4, tj. zmiany terminu realizacji umowy oraz zwiększenia wynagrodzenia umownego, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 uPzp, art. 144 ust. 1 pkt. 1 uPzp.

D. Informacja o korektach finansowych

Wskazane w części C naruszenia stanowią zidentyfikowane nieprawidłowości indywidualnej 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, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r. ze zm.).

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

Stwierdzone w Części C naruszenia mogły wywrzeć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem, co wyczerpuje definicję nieprawidłowości indywidualnej. Naruszenia te wynikały z działania lub zaniechania Beneficjenta i doprowadziły do zakłócenia konkurencji, a także mogły 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 dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień z późniejszymi zmianami⁸ (dalej: Rozporządzenie).

⁸ Tekst jednolity Dz.U.2018 poz. 971

Stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości indywidualnych 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. 28 Taryfikatora w wysokości 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej z istotnej zmiany umowy (Aneks nr 4) zwiększone o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia, z tytułu naruszenia wskazanego w Części C, tj. dokonania w sposób nieuprawniony istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy co przyczyniło się do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, którzy przystępując do postępowania nie mieli możliwości oceny przyszłych warunków zamówienia, poza jednym z którym zawarto umowę. Niniejsze naruszenie mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, gdyż ograniczyło krąg potencjalnych wykonawców przystępujących do udziału w postępowaniu, którzy gdyby mieli wiedzę o zmianach umowy na etapie ogłoszenia zamówienia, mogliby podjąć decyzję o przystąpieniu do postępowania.

Na wydatki poniesione z tytułu zawartej Umowy nr CRU/1200/9000018646/2017 należy nałożyć korektę w wysokości 25%, według wzoru:

$$Wp = W\% \times Wkw$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wp – wartość pomniejszenia,

Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia,

W% – stawka procentowa.

Na wydatki poniesione z tytułu zawartego Aneksu nr 4 CRU/A/1200/9100014185/2022 z dnia 16.09.2022 r. do umowy nr CRU/1200/9000018646/2017 z dnia 30.01.2018 r. należy nałożyć korektę w wysokości 100%.

E. Zalecenia

Lp.	Treść zaleceń	Termin realizacji	Stopień ważności
1.	Należy dokonywać zmian umowy zgodnie z przepisami uPzp. Należy określać w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ możliwość wprowadzenia istotnych zmian umowy w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia	Zalecenie prewencyjne ⁹	wysoki

⁹ zalecenie prewencyjne, odstępuje się od zobowiązania Beneficjenta do przekazania informacji o sposobie wdrożenia zaleceń pokontrolnych lub przyczynach niepodjęcia odpowiednich działań

	wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.		
Termin przekazania informacji o sposobie wdrożenia zaleceń pokontrolnych lub przyczynach niepodjęcia odpowiednich działań: w przypadku wydania zaleceń prewencyjnych – nie dotyczy.			

F. Informacja o wystąpieniu z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o przeprowadzenie kontroli

Stwierdzono naruszenia uPzp mogące skutkować koniecznością unieważnienia umowy/aneksu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt. 1 uPzp. Kontrolujący informuje, że zostanie skierowany wniosek do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęcie kontroli doraźnej.

Kontrolujący:

Joanna Białas

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.