

Informacja pokontrolna nr 44/2021
z dnia 21.12.2021 r.

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

I. PODSTAWOWE INFORMACJE:

1. **Jednostka kontrolująca:** Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach.
2. **Nazwa i adres Beneficjenta:** Gliwice – Miasto na prawach powiatu, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice.
3. **Projekt:**
 - 1) **Nazwa:** „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice – II”;
 - 2) **Oś priorytetowa:** POIS.01.00.00 – Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020;
Działanie 1.7: „Kompleksowa likwidacja niskiej emisji na terenie konurbacji śląsko-dąbrowskiej”;
 - 3) **Poddziałanie 1.7.1:** Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w województwie śląskim;
 - 4) **Numer projektu w SL 2014:** POIS.01.07.01-00-0043/19.
4. **Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 8/2020 zawarta w dniu 20.03.2020 r.
5. **Aneks objęty kontrolą:** Aneks nr 03/20/TT z dnia 16.03.2020 r. do umowy nr 215/19/TT z dnia 29.10.2019 r. zawarty pomiędzy Zarządem Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. działającym w imieniu Miasta Gliwice na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Nr 2019/7697/C/PM z dnia 04.04.2019 r., reprezentowanym przez mgr inż. Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu, a firmą PROGRESS Piotr Junka reprezentowaną przez Piotra Junkę – właściciela.
6. **Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli:**
 - 1) Umowa nr 2/MG-WFOŚiGW Katowice/2014 w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” na lata 2014-2020 z dnia 18 grudnia 2014 r. zawarta pomiędzy Ministrem Energii a Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach, z późniejszymi zmianami;
 - 2) Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818 t.j.);
 - 3) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 t.j.);
 - 4) Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 22 sierpnia 2019 r.;
 - 5) Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 3 marca 2018 r.;

- 6) Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń z dnia 3 lipca 2020 r.;
 - 7) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971 t.j.), tzw. „taryfikator”;
 - 8) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w § 13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
 - 9) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 28 maja 2021 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola doraźna ex-post.
 8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0043.2019.KP.MM.44.01.7837 z dnia 19.11.2021 r. Kontrolę wszczęto w dniu 08.12.2021 r. i zakończono w dniu 21.12.2021 r.
 9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 08.12.2021 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 07.12.2021 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach.

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

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

1. Analiza stanu prawnego i faktycznego

W dniu 29.10.2019 r. Beneficjent zawarł Umowę nr 215/19/TT na wykonanie robót budowlanych pn. „Roboty modernizacyjne i remontowe w budynkach mieszkalnych wielorodzinnych zlokalizowanych przy ul. Wróblewskiego 27 i ul. Wróblewskiego 31 w Gliwicach”.

Zgodnie z § 2 pkt 2 Umowy termin zakończenia całości prac budowlanych został ustalony na dzień 31.03.2020 r., a termin wykonania operatu geodezyjnego wykonawczego na dzień 31.05.2020 r.

W toku realizacji umowy, pismem z dnia 13.03.2020 r., wykonawca zwrócił się do zamawiającego z następującym wnioskiem:

W związku z realizacją w/w umowy, powołując się na § 16 pkt 2.3 a), mówiący o wystąpieniu przeszkody o charakterze „siły wyższej” – pandemii koronawirusa, od 12-03-2020 zamknięciu szkół i przedszkoli, czego wynikiem jest ograniczona ilość pracowników oraz możliwym wprowadzeniu w naszym kraju stanu zagrożenia epidemicznego, zwracamy się z prośbą o przedłużenie terminu wykonania całości prac budowlanych do 30-04-2020 r., oraz operatu geodezyjnego wykonawczego do 19-06-2020 r.

W dniu 16.03.2020 r. podpisany został Aneks nr 03/20/TT, na mocy którego terminy realizacji umowy zostały zmienione zgodnie z wnioskiem wykonawcy.

Sprawdzenie pod kątem prawidłowości przeprowadzenia procedury zawarcia przedmiotowego Aneksu opiera się zasadniczo na przeanalizowaniu legalności wprowadzonych zmian przez pryzmat art. 144 ustawy Pzp, w tym przesłanek przewidzianych w umowie.

W piśmie z dnia 07.12.2021 r. Beneficjent jako podstawę prawną zawarcia kontrolowanego Aneksu wskazał § 16 ppkt 2.3.a) Umowy nr 215/19/TT z dnia 29.10.2019 r. oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba (...) 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.*

Beneficjent, działając zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 1 uPzp, w punkcie 10.6.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opisał przesłanki zmiany postanowień zawartej umowy. W podpunkcie 3. Punktu 10.6.2 SIWZ Beneficjent wskazał, iż dopuszczalna jest zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku:

- a) *Konieczności przesunięcia terminu przekazania terenu budowy lub wystąpienia przeszkody o charakterze „siły wyższej”, która uniemożliwia realizację robót w pierwotnym terminie. Pojęcie „siła wyższa” oznacza wydarzenie zewnętrzne, nieprzewidywalne, nieoczekiwane i poza kontrolą stron niniejszej umowy, występujące po podpisaniu umowy, przy czym Wykonawca lub Pełnomocnik Zamawiającego mogą powołać się na zaistnienie siły wyższej tylko wtedy, gdy poinformują drugą stronę pisemnie w ciągu 3 dni od jej zaistnienia.*

Analogiczna przesłanka została opisana w § 16 ppkt 2.3.a) Umowy z wykonawcą.

W § 16 ppkt 2.3 Umowy określono, iż w przypadku wystąpienia siły wyższej dopuszczalna jest zmiana terminu realizacji umowy o czas działania siły wyższej oraz potrzebny do usunięcia skutków tego działania.

Nie ulega wątpliwości, iż ogłoszenie stanu pandemii, może spełniać przesłanki pozwalające na uznanie takiego zdarzenia za przeszkodę o charakterze „siły wyższej”. Niemniej jednak, w kontrolowanym stanie faktycznym, strony w żaden sposób nie wykazały, iż przeszkoda ta uniemożliwiła realizację robót w pierwotnym terminie. Tym samym nie można przyjąć, iż została spełniona przesłanka z § 16 ppkt 2.3.a) Umowy.

Badając legalność kontrolowanej zmiany umowy, Instytucja Wdrażająca postanowiła przeanalizować czy w przedmiotowym stanie faktycznym nie została spełniona przesłanka z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp możliwe jest dokonanie istotnej zmiany umowy, jeżeli zostały 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;*

Zakres wprowadzania zmian jest limitowany postanowieniami art. 144 ust. 1b, który stanowi, że zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

Oczywistym jest, iż w analizowanym stanie faktycznym spełniony został warunek określony w art. 144 ust. 1 pkt 3 ppkt b) ustawy Pzp, gdyż zmiana umowy nie miała wpływu na wartość zamówienia. Zmiana dotyczyła terminu realizacji zamówienia, a zatem nie prowadziła do zmiany charakteru umowy.

O dopuszczalność zastosowania przytoczonego powyżej przepisu decydować będzie zatem kwestia spełnienia warunku wyszczególnionego w art. 144 ust. 1 pkt 3 ppkt a) ustawy Pzp.

Ustawodawca unijny w motywie 109 dyrektywy 2014/24/UE wyjaśnia, iż *pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których nie można było przewidzieć mimo odpowiednio starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością.*

Istotne znaczenie dla oceny analizowanej sytuacji ma fakt, iż Umowa nr 215/19/TT została zawarta w dniu 29.10.2019 r., przed stwierdzeniem pierwszego przypadku koronawirusa SARS-CoV-2 na świecie. W dniu 11 marca 2020 r. epidemia COVID-19 została uznana przez Światową Organizację Zdrowia za pandemię. W tym samym dniu weszło w życie Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 11 marca 2020 r. w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania jednostek systemu oświaty w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19. Dnia 13 marca 2020 r. na mocy rozporządzenia Ministra Zdrowia wprowadzono na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan zagrożenia epidemicznego. W związku z tym, należy uznać, iż na dzień zawarcia umowy, wystąpienie pandemii i związane z tym ograniczenia były zdarzeniami niemożliwymi do przewidzenia pomimo starannego przygotowania postępowania.

Oceniając długość okresu o jaki wydłużony został termin realizacji umowy, należy wziąć pod uwagę fakt, iż wykonawca wystąpił z wnioskiem o zmianę umowy niezwłocznie po ogłoszeniu pandemii i zamknięciu szkół i przedszkoli. Był to okres dużej niepewności co do rozwoju sytuacji epidemicznej, wprowadzanych obostrzeń i ich wpływu na terminową realizację umowy. W zaistniałej sytuacji przedłużenie terminu realizacji umowy o 30 dni w przypadku prac budowlanych i 19 dni w przypadku operatu geodezyjnego wykonawczego można uznać za uzasadnione.

Po analizie zapisów zawartych w badanych dokumentach, uznaje się, iż zawarcie w dniu 16.03.2020 r. Aneksu nr 03/20/TT do umowy nr 215/19/TT z dnia 29.10.2019 r. było dopuszczalne i zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Instytucja Wdrażająca stwierdziła:

2. Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych

Ustalenia I

Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych skutkujących wystąpieniem nieprawidłowości mogących skutkować pomniejszeniem wartości wydatków kwalifikowalnych:

➤ Nie stwierdzono

Ustalenia II

Naruszenia o charakterze formalnym prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych nie wywołujące skutków finansowych w postaci obniżenia kwoty wydatków kwalifikowalnych:

➤ Nie stwierdzono

Ustalenia III

Inne uwagi:

➤ Nie stwierdzono

3. Zgodność zakresu zamówienia z zakresem przedsięwzięcia wskazanym we wniosku o dofinansowanie i umowie o dofinansowaniu:

Nie dotyczy

III. INFORMACJA O POMNIEJSZENIU WYDATKÓW KWALIFIKOWALNYCH

Nie dotyczy

IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ

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

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

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

V. POZOSTAŁE INFORMACJE

1. Wynik powyższej kontroli nie uchyla innych ustaleń poczynionych w toku innych kontroli właściwych organów w systemie POiŚ.
2. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach i Beneficjenta.

Data i podpis Kontrolującego:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Sporządziła:	Marlena Mizgała	21.12.21r.	Marlena Mizgała

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	21.12.21r.	Mariusz Smurzyński

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	21/12/21r.	Adam Lewandowski