

Informacja pokontrolna nr 52/2023
z dnia 06.04.2023 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:** Miasto Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze.
- 3. Projekt:**
 - 1) Nazwa:** „Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w Zabrzu”.
 - 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 województwa śląskiego”
Poddziałanie 1.7.1: Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w województwie śląskim;
- 3) Numer projektu w SL 2014:** POIS.01.07.01-00-0044/19.
- 4. Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 59/2020 zawarta w dniu 29.04.2020 r.
- 5. Aneks objęty kontrolą:** Aneks nr 3/2022 z dnia 08.08.2022 r. do umowy nr JGN/21/2022 zawartej w dniu 09.02.2022 r. na wykonanie robót budowlanych pn.: „Kompleksowa termomodernizacja budynku przy ul. Szymanowskiego 5 w Zabrzu, nr działki 249/18 wraz z robotami towarzyszącymi”.
- 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 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 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 21 grudnia 2020 r.;
 - 5)** Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014 - 2020 z dnia 27 grudnia 2021 r.;
 - 6)** Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń z dnia 3 lipca 2020 r.;
 - 7)** Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych

nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2021.2179 t.j.), tzw. „taryfikator”;

- 8) Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej dotyczący prawa wspólnotowego obowiązujący w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02);
 - 9) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w § 13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
 - 10) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 23 lutego 2023 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola doraźna.
 8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0044.2019.KP.ZN.52.01 z dnia 10.03.2023 r. Kontrolę wszczęto w dniu 20.03.2023 r. i zakończono dnia 05.04.2023 r.
 9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 20.03.2023 r. (pismo nr WRP.042.13.2020 z dnia 17.03.2023 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Tomasza Saternusa - Dyrektora Jednostki Gospodarki Nieruchomościami w Zabrzu, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19.06.2019 r. udzielonego przez Prezydenta Miasta Zabrze,

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanego aneksu – bez zastrzeżeń

1. Analiza stanu faktycznego i prawnego

Przedmiotowe zamówienie objęte kontrolą, jest usługą realizowaną w ramach Projektu: „Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w Zabrzu”.

Do oceny prawidłowości zawarcia aneksu do umowy dotyczącej postępowania objętego kontrolą, będą miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązujące w dniu wszczęcia postępowania, które zakończyło się podpisaniem umowy.

W dniu 09.02.2022 r. Beneficjent zawarł Umowę nr JGN/21/2022 na wykonanie robót budowlanych pn.: „Kompleksowa termomodernizacja budynku przy ul. Szymanowskiego 5 w Zabrzu, nr działki 249/18 wraz z robotami towarzyszącymi”.

Zakres zamówienia określony został w § 1 ust. 2 umowy w sposób następujący:

2. Szczegółowy opis przedmiotu umowy określa dokumentacja będąca załącznikami do niniejszej umowy:

a) dokumentacja projektowa,

b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót,

- c) opis przedmiotu zamówienia,
- d) kosztorys zerowy z przedmiarem robót,
- e) wydruk złożonego przez wykonawcę kosztorysu ofertowego.

Zamawiający w umowie określił okoliczności, w jakich może nastąpić jej zmiana w zakresie wartości przedmiotu umowy. Okoliczności te opisane są w § 3, zgodnie z brzmieniem którego:

1. Za wykonanie całości przedmiotu umowy określonego w § 1 Strony ustalają wynagrodzenie w kwocie: brutto – 1.114.772,18 zł
(słownie: milion sto czternaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt dwa zł 18/100)
w tym; netto wynosi: 1.024.329,80 zł
obowiązujący VAT wynosi: 77.415,18 tj. 8%
13.027,20 tj. 23%.

2. Ostateczne rozliczenie nastąpi po wykonanych obmiarach przez Wykonawcę i inspektora nadzoru inwestorskiego kosztorysem powykonawczym sporządzonym przez Wykonawcę na podstawie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego według faktycznie wykonanych robót.

3. Wynagrodzenie za wykonanie ewentualnych robót dodatkowych lub zamiennych ustalone zostanie na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego w oparciu o katalogi KNR przy zastosowaniu składników kalkulacyjnych zawartych w ofercie. W przypadku zastosowania materiałów i sprzętu nie objętego ofertą przyjmuje się do rozliczenia robót wartość materiałów i sprzętu w wysokości nie większej niż średnie ceny SEKOCENBUD za kwartał poprzedzający termin złożenia kosztorysu powykonawczego.

(...)

8. Wykonawca jest obowiązany wyodrębnić (w osobnych kosztorysach powykonawczych) roboty dodatkowe zlecone na podstawie protokołów konieczności i aneksów do niniejszej umowy.

W dniu 08.08.2022 r. zawarty został Aneks nr 3/2022 do Umowy nr JGN/21/2022 z dnia 09.02.2022 r., na mocy którego wprowadzono następujące zmiany:

- § 1 ust. 2 umowy otrzymał brzmienie:

2. Szczegółowy opis przedmiotu umowy określa dokumentacja będąca załącznikami do niniejszej umowy:

- a) dokumentacja projektowa,
- b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót,
- c) opis przedmiotu zamówienia,
- d) kosztorys zerowy z przedmiarem robót,
- e) wydruk złożonego przez wykonawcę kosztorysu ofertowego,
- f) protokoły konieczności zawarte w ramach realizacji umowy.

- § 3 ust. 1 umowy otrzymał brzmienie:

1. Za wykonanie całości przedmiotu umowy określonego w § 1 Strony ustalają wynagrodzenie w kwocie: brutto – 1.182.175,97 zł
(słownie: milion sto osiemdziesiąt dwa tysiące sto siedemdziesiąt pięć zł 97/100)
w tym; netto wynosi: 1.085.376,01 zł

obowiązujący VAT wynosi: 81.512,80 tj. 8%
15.287,16 tj. 23%.

W pozostałym zakresie postanowienia umowy zostały bez zmian.

Na potwierdzenie konieczności zawarcia aneksu zmieniającego wynagrodzenie należne Wykonawcy, Zamawiający przedłożył:

a) Protokół konieczności nr 1 z dnia 10.06.2022 r. z treści którego wynika potrzeba wykonania robót dodatkowych dotyczących między innymi:

- remontu stropu pomiędzy poddaszem a mieszkaniem nr 7 z uwagi na zawilgocenie, zagrzybienie i korozję biologiczną belek konstrukcyjnych stropu,
- remontu klatki schodowej polegającego na przemurowaniu fragmentów ścian, osadzeniu nadproży betonowych, wykonaniu dodatkowych robót murarskich, wykonaniu ścianki działowej pomiędzy korytarzem a strychem oraz wymianie podsufitki z desek.

Wartość robót dodatkowych w kwocie 40.284,99 zł netto została określona na podstawie kosztorysów ofertowych sporządzonych w oparciu o katalogi KNR przy zastosowaniu składników kalkulacyjnych zawartych w ofercie,

b) Protokół konieczności nr 2 z dnia 03.08.2022 r. określający różnice między przedmiarem robót planowanych do wykonania, wynikających z dokumentacji projektowej a rzeczywistymi ilościami wynikającymi z obmiaru wykonanych robót. Zakres prac wskazanych w kosztorysie powykonawczym w stosunku do ilości przedmiarowych, opiewa na kwotę 58.947,24 zł netto.

Jak wynika z treści aneksu, jako podstawę prawną jego zawarcia, strony wskazały przywołany wcześniej § 3 ust 3 umowy oraz art. 455 ust. 1 pkt 1) i art. 455 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem sprawdzenie pod kątem prawidłowości przeprowadzenia procedury zawarcia przedmiotowego aneksu, opiera się na przeanalizowaniu legalności wprowadzonych zmian przez pryzmat art. 455 ust. 1 pkt 1 - w zakresie zmiany wynagrodzenia dotyczącej rozliczenia kosztorysem powykonawczym, oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp - w zakresie realizacji robót dodatkowych, a także przesłanek przewidzianych w umowie.

Wskazany przepis art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że: „Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp została opisana w interpretacji Urzędu Zamówień Publicznych (ogólnodostępnej na jego stronie internetowej) z dnia 24 marca 2022 r. Zgodnie z jej treścią:

Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest określenie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych

i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te, zasadniczo już na etapie, na którym potencjalni wykonawcy decydują o udziale w postępowaniu, ale także w toku realizacji zamówienia, ograniczą lub eliminują wątpliwości, co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków, na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Zakres takich zmian może być szeroki, ustawodawca stworzył uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę na ukształtowanie umowy z zachowaniem takiego poziomu elastyczności, jaki jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji. Podstawowe ramy wyznacza jednak treść przepisu – spełnienie określonych w nim wymagań jest warunkiem koniecznym do sformułowania skutecznych klauzul przeglądowych.

Dyspozycja art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zatem zamawiającemu już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zabezpieczyć prawidłowy tok realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul przeglądowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez zamawiającego określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej), będącego efektem realizacji zawartej umowy, zamawiający powinni formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób, by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku dostaw, usług lub robót budowlanych tak, aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia, bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia. Dlatego też, w zakresie, w jakim zamawiający jest w stanie przewidzieć określone pola i warunki modyfikacji umów, które wynikają w szczególności z prowadzonej przez te instytucje działalności, dotychczasowego doświadczenia lub wiedzy dotyczącej realiów określonych rynków - celowe jest, by takie postanowienia stanowiły element dokumentów zamówienia lub zmiana ta została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przenosząc powyższe wymagania do wskazanych powyżej zapisów zawartych w § 3 ust. 2 umowy należy stwierdzić, iż Zamawiający dopuścił możliwość zmiany wynagrodzenia na skutek rozliczenia kosztorysem powykonawczym. Sposób redakcji wskazanej klauzuli zawartej w umowie, wypełnia obowiązek wynikający z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, określa bowiem precyzyjnie rodzaj, zakres i warunki wprowadzonych zmian, nie modyfikując przy tym ogólnego charakteru umowy.

W zakresie zmiany wynagrodzenia na skutek realizacji robót dodatkowych, zastosowanie ma art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, który brzmi:

2. Dopuszczalne są również zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.

Instytucja Wdrażająca, po analizie przedłożonych dokumentów uznała, że wymienione w Protokole konieczności nr 1 roboty dodatkowe, nie były objęte zakresem zamówienia podstawowego i wynikały z okoliczności niezależnych od stron. Konieczność realizacji robót dodatkowych nie wynikała z braku należytej staranności na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego, okoliczności tych na etapie sporządzania dokumentacji projektowej nie można było przewidzieć.

W wyniku zawartego aneksu, nastąpiło zwiększenie wynagrodzenia o kwotę 40.284,99 zł, co stanowi 3,61 % wartości pierwotnej umowy. Podstawą określenia wartości robót dodatkowych były sporządzone przez Wykonawcę kosztorysy ofertowe. Roboty dodatkowe zostały wycenione zgodnie z przytoczonymi wcześniej postanowieniami zawartymi w § 3 ust. 2 umowy, tj. w oparciu o katalogi KNR przy zastosowaniu składników kalkulacyjnych zawartych w ofercie. Wprowadzona zmiana dotycząca realizacji robót dodatkowych, nie zmienia ogólnego charakteru umowy. Tym samym wypełniona została dyspozycja zawarta we wskazanym art. 455 ust. 2 ustawy Pzp.

Podsumowując, Instytucja Wdrażająca po analizie przedłożonych do kontroli dokumentów uznaje, iż zawarcie w dniu 08.08.2022 r. Aneksu nr 3/2022 do umowy nr JGN/21/2022 z dnia 09.02.2022 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 lub przepisów ustawy Pzp

Ustalenia I

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

➤ **Nie stwierdzono**

Ustalenia II

Naruszenia o charakterze formalnym prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Pzp niewywołujące skutków finansowych w postaci obniżenia kwoty wydatków kwalifikowalnych:

➤ **Nie stwierdzono**

Ustalenia III

Inne uwagi:

➤ **Nie stwierdzono**

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

Zakres rzeczowy określony w Aneksie nr 3/2022 z dnia 09.02.2022 r. do umowy z wykonawcą JGN/21/2022 z dnia 09.02.2022 r. zgodny jest z zakresem rzeczowym określonym w umowie o dofinansowanie nr 59/2020 zawartej w dniu 29.04.2020 r., w części określonej Protokołem konieczności 2, za wyjątkiem poz. 44 kosztorysu.

Natomiast roboty opisane w Protokole konieczności nr 1, nie mieszczą się w zakresie rzeczowym określonym w umowie o dofinansowanie, tym samym stanowią wydatek niekwalifikowalny.

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.

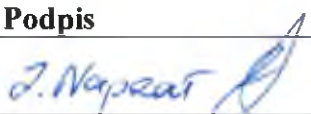
Instytucja Wdrażająca uznaje, że zastrzeżenia zostały wniesione skutecznie w sytuacji, gdy najpóźniej w ostatnim dniu powyższego terminu do godziny 15.30, zastrzeżenia zostaną dostarczone do kancelarii WFOŚiGW w Katowicach przy ul. Plebiscytowej 19, osobiście lub za pośrednictwem operatora pocztowego.

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 POLiŚ.
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
Sporządził:	Zbigniew Naprzal	06.04.2023 r.	

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POLiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	06.04.2023 r.	

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	2023-04-06	