



Katowice, 01 czerwca 2020 r.  
FR-RKPR.44.179.1.2020.MIJ.  
Dot. projektu nr 06H1/17

Egzemplarz nr .....

## **OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA**

**Nazwa jednostki kontrolowanej:** Żory – Miasto na prawach powiatu.

**Tytuł projektu:** Kolej przedsiębiorczości – rewitalizacja obiektów i przestrzeni dworca PKP i dawnego Młyna Elektrycznego w Żorach – etap II (Spółdzielnia Kultury).

**Nr umowy o dofinansowanie:** UDA-RPSL.10.03.02-24-06H1/17-00

**Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:**

1. Art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz.U.2018.1431 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa”),
2. § 17 Umowy nr UDA-RPSL.10.03.02-24-06H1/17-00 z 24 lipca 2018 roku w sprawie dofinansowania projektu pn. Kolej przedsiębiorczości – rewitalizacja obiektów i przestrzeni dworca PKP i dawnego Młyna Elektrycznego w Żorach – etap II (Spółdzielnia Kultury).

**Rodzaj kontroli:**

- W trakcie realizacji projektu

**Tryb kontroli:**

- doraźna

**1. Skład Zespołu Kontrolującego:**

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Michał Januchta	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Mariola Orlik	Inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

**2. Data przeprowadzenia kontroli:** od 18 lutego 2020 roku do 5 maja 2020 roku

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- Pismo IZ RPO WSL z dnia 24 lutego 2020 roku o sygnaturze FR-RKPR.44.179.1.2020.MIJ. FR-RKPR.KW – 00204/20 – wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie aneksów zawartych do Umowy nr IMI-RIN.7013.14.6.2017.MR z 19.12.2017 roku.

- Notatka służbowa do Kierownika Referatu kontraktacji i realizacji projektów 2 z dnia 24 lutego 2020 roku – prośba o zajęcie stanowiska w kwestii zmian zgłoszonych przez Beneficjenta w toku realizacji projektu.

- Pismo Beneficjenta o sygn. SiR.042.11.2018.JR. z dnia 3 marca 2020 roku – przekazanie wyjaśnień dotyczących aneksów zawartych w trakcie realizacji inwestycji.

- Notatka służbowa Kierownika Referatu kontraktacji i realizacji projektów 2 z dnia 4 marca 2020 roku – przekazanie informacji o zmianach zgłoszonych przez Beneficjenta w trakcie realizacji projektu.

- Notatka służbowa do Kierownika Referatu rozliczania wydatków z dnia 10 marca 2020 roku – prośba o zajęcie stanowiska w sprawie zmian zgłoszonych przez Beneficjenta w trakcie realizacji projektu.
- Pismo IZ RPO WSL z dnia 10 marca 2020 roku o sygnaturze FR-RKPR.44.179.1.2020.MIJ. FR-RKPR.KW – 00267/20 do Komendanta Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Żorach – prośba o zajęcie stanowiska w sprawie czynności związanych z odbiorem inwestycji.
- Pismo IZ RPO WSL z dnia 13 marca 2020 roku o sygnaturze FR-RKPR.44.179.1.2020.MIJ. FR-RKPR.KW – 00287/20 – wstrzymanie terminu na sporządzenie Informacji Pokontrolnej.
- Pismo Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Żorach – wpływ do IZ RPO WSL w dniu 6 kwietnia 2020 roku – przekazanie dodatkowych informacji niezbędnych do zakończenia czynności kontrolnych.
- Notatka służbowa Kierownika Referatu rozliczania wydatków z dnia 9 kwietnia 2020 roku – przekazanie informacji w sprawie zmian zgłoszonych przez Beneficjenta w trakcie realizacji projektu.
- Notatka służbowa do Kierownika Referatu rozliczania wydatków z dnia 16 kwietnia 2020 roku – prośba o przekazanie informacji niezbędnych do zakończenia czynności kontrolnych.
- Notatka służbowa Kierownika Referatu rozliczania wydatków z dnia 22 kwietnia 2020 roku – przekazanie informacji niezbędnych do zakończenia czynności kontrolnych.
- Pismo o sygnaturze SiR.042.11.2018.JR z dnia 19 maja 2020 roku – Przekazanie zastrzeżeń do ustaleń zawartych w Informacji Pokontrolnej z dnia 5 maja 2020 roku.

**3. Miejsce przeprowadzenia kontroli:** siedziba IZ RPO WSL – kontrola w trybie pracy zdalnej

**4. Zakres oraz przedmiot kontroli:**

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w Umowie w sprawie dofinansowania projektu.

Opis skontrolowanych procesów:

- Zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

**5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:**

**5.1 Zamówienia**

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano prawidłowość zawarcia aneksów do poniżej opisanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U.2017.1579 – dalej „Pzp”).

**5.1.1.**

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Zaprojektowanie, wykonanie robót budowlanych i uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych związanych z rewitalizacją, przebudową i rozbudową budynku dawnego młyna elektrycznego w Żorach wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu oraz pełnienie nadzorów autorskich przez projektantów

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** ZP.271.2.51.2017

**Numer ogłoszenia oraz data publikacji:** opublikowano w BZP w dniu 25.10.2017 roku pod numerem 605013-N-2017

**Tryb udzielenia zamówienia:** przetarg nieograniczony, art. 39-46 Pzp

**Szacunkowa wartość zamówienia:** 9 031 075,40 PLN netto/ 2 163 183,65 euro

**Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):**  
Umowa nr IMI-RIN.7013.14.6.2017.MR z 19.12.2017 roku, BEN-BUD Janusz Benisz, ul. Gajowa 68, 44-240 Żory, cena brutto: 10 820 000,00 PLN.

#### 5.1.1.a

Postępowanie na zaprojektowanie, wykonanie robót budowlanych i uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych związanych z rewitalizacją, przebudową i rozbudową budynku dawnego młyna elektrycznego w Żorach wszczęto w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 25 października 2017 roku. Zgodnie z informacją zamieszczoną w ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 605013-N-2017 (podobnie w SIWZ), wykonanie przedmiotowego zadania w zakresie określonym w specyfikacji winno nastąpić w terminie do 31 maja 2019 roku.

W następstwie procedury przetargowej, Zamawiający w dniu 19 grudnia 2017 roku zawarł umowę na realizację przedmiotu zamówienia z Panem Januszem Benisz prowadzącym działalność gospodarczą pn. BEN-BUD Janusz Banisz, którego oferta okazała się być najkorzystniejsza.

Mając na względzie regulacje określone w dokumentacji przetargowej, strony określiły w § 2 w/w umowy, iż zakończenie realizacji zamówienia nastąpi do 31 maja 2019 roku.

Niemniej jednak w wyniku czynności związanych z potwierdzeniem prawidłowości ścieżki audytu, IZ RPO WSL ustaliła, iż Zamawiający działając na podstawie art.144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w dniu 19 lutego 2019 roku zawarł Aneks nr 1 do umowy z dnia 19 grudnia 2017 roku, na mocy którego przedłużono termin realizacji inwestycji do dnia 30 sierpnia 2019 roku. W uzasadnieniu faktycznym Beneficjent wskazał na konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych, gdyż odkryte w trakcie robót rozwiązania konstrukcyjne zastosowane na obiekcie odbiegały od typowych rozwiązań wynikających z doświadczenia, zasad wiedzy technicznej oraz sztuki budowlanej. Ze względu na konieczność wykonania tych robót, podjęto więc decyzję o wydłużeniu czasu realizacji inwestycji o 91 dni tj. do dnia 30 sierpnia 2019 roku.

Następnie, na podstawie przedłożonych dokumentów Zespół kontrolujący ustalił, iż w dniu 26 kwietnia 2019 roku Wykonawca zwrócił się do Beneficjenta z wnioskiem o zawarcie kolejnego aneksu do umowy z uwagi na potrzebę wykonania robót dodatkowych i zamiennych, która pojawiła się w trakcie realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią notatki służbowej z dnia 24.04.2019 r., którą przedstawiono Kontrolującym, zwiększenie zakresu robót zrodziło konieczność wydłużenia terminu realizacji inwestycji o kolejne 44 dni. W związku z powyższym w dniu 30 sierpnia 2019 roku zawarto Aneks nr 2 do umowy z dnia 19 grudnia 2017 roku, którym zmodyfikowano § 2 umowy poprzez przesunięcie terminu realizacji zamówienia do dnia 13 października 2019 roku. W uzasadnieniu prawnym tego działania Zamawiający odwołał się natomiast do treści art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Co jednak istotne z punktu widzenia dalszej analizy, IZ RPO WSL weryfikując uzasadnienie zmian określonych w w/w notatce doszła do wniosku, iż od wykonania żadnej z nich nie było uwarunkowane wykonanie zamówienia podstawowego, a ich wprowadzenie było spowodowane jedynie podwyższeniem standardu użytkowania i funkcjonowania obiektu.

W następstwie zawarcia Aneksu nr 2, Beneficjent działając na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w dniu 25 października 2019 roku podpisał kolejny już trzeci Aneks do umowy z 19 grudnia

2017 roku, którego przedmiotem było zwiększenie wynagrodzenia ryczałtowego o 1 555 722,22 zł (do kwoty 12 375 722,22 zł) z tytułu wykonania robót zamiennych oraz dodatkowych wynikających z treści Notatki służbowej z dnia 24.04.2019 roku, która stanowiła przyczynę zawarcia Aneksu nr 2. Warto w tym miejscu zauważyć, że aneks nr 3 do umowy zawarto po upływie terminu wykonania inwestycji, który w myśl zapisów Aneksu nr 2 dobiegł końca w dniu 13 października 2019 roku. Mając jednak na uwadze przepisy Kodeksu Cywilnego, IZ RPO WSL nie wnosi zastrzeżeń w tym przedmiocie.

Ponadto w toku prowadzonych czynności, Zespół kontrolujący ustalił, iż w dniu 7 listopada 2019 roku, zawarto kolejny już czwarty Aneks do umowy z dnia 19 grudnia 2017 roku, którego przedmiotem było ponowne przedłużenie terminu zakończenia zamówienia tym razem do dnia 14 listopada 2019 roku. Co istotne, Aneks nr 4 podobnie do Aneksu nr 3, zawarto po upływie terminu wykonania inwestycji, który w myśl zapisów aneksu nr 2 upłynął w dniu 13 października 2019 roku. W uzasadnieniu prawnym Beneficjent odwołał się w tym przypadku do dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wyjaśnił, że w związku z planowanymi czynnościami związanymi z odbiorem w/w obiektu, w dniu 6 września 2019 roku przeprowadzono kontrolę spełniania wymagań przeciwpożarowych. Z treści Notatki Służbowej przedstawionej Zespołowi Kontrolującemu, która została sporządzona w obecności rzeczoznawcy ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych, kierownika budowy oraz projektanta wynikało, że w związku z interpretacją Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, w celu pozytywnego odbioru inwestycji zaszła konieczność wykonania oddymiania szybów windy, poprzez zainstalowanie kłapy żaluzjowej oddymiającej. Niemniej jednak ze względu na fakt ograniczonej dostępności przedmiotowego urządzenia, zaszła konieczność oczekiwania przez Wykonawcę na jego dostawę. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca nie mógł zrealizować postanowień umowy w terminie określonym, a opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy spowodowane jest przyczynami niezależnymi od niego.

Mając na względzie wszystkie wprowadzone przez Beneficjenta w trakcie realizacji inwestycji zmiany, IZ RPO WSL postanowiła sprawdzić ich legalność w kontekście obowiązujących przepisów prawa zwłaszcza art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl przywołanej normy prawnej zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Z uwagi na powyższą regulację wynikającą z treści art. 144 ust.1 ustawy Pzp, IZ RPO WSL zweryfikowała jej zastosowanie przez Beneficjenta na gruncie niniejszego postępowania. Jak się okazuje, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ zamawiający określił dopuszczalne zmiany postanowień umowy oraz określił warunki tych zmian w następujący sposób:

*„Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w sposób przewidziany przepisami art. 144 ustawy pzp. oraz w przypadku:*

- 1. Przyczyna/okoliczności: Dokonanie zmian w budżecie miasta i/ lub WPF miasta Żory na lata 2017-2031 na 2018 rok w zakresie środków finansowych zabezpieczonych na realizację inwestycji „Kolej przedsiębiorczości – rewitalizacja obiektów i przestrzeni dworca PKP i dawnego Młyna Elektrycznego w Żorach – etap II (Spółdzielnia Kultury)” Skutek – zmiana w umowie/aneks: Zmiana kwoty stanowiącej zapewnienie finansowania robót wykonanych w 2018 roku – określonej w § 7 ust. 2 umowy.*

2. *Przyczyna/okoliczności: Przedłużający się powyżej 30 dni czas uzgodnienia dokumentacji projektowej przez TAURON Skutek – zmiana w umowie/aneks: Zmiana terminów wykonania przedmiotu umowy o tyle dni o ile wydłużył się powyżej 30 dni czas uzyskania uzgodnień z TAURON”.*

Podobnie, we wzorze umowy będącej załącznikiem do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Beneficjent określił, że „zmiana postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy może nastąpić jedynie za zgodą obu Stron w formie pisemnej pod rygorem nieważności na warunkach określonych w art. 144 ustawy pzp.”

Z powyższego wynika zatem, iż Zamawiający nie przewidział w dokumentacji przetargowej okoliczności mogących mieć wpływ na zmianę terminu realizacji zamówienia w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych czy zamiennych. Nie określił także warunków zmiany zapisów umowy w przypadku jakichkolwiek opóźnień, utrudnień czy przeszkód spowodowanych przez osoby i/lub podmioty trzecie (za wyjątkiem TAURON). Co istotne, Beneficjent nie przewidział także możliwości wykonania robót dodatkowych i zamiennych, od których wykonania nie było uzależnione wykonanie zamówienia podstawowego, a w przypadku aneksów nr 2 i 3 z takimi robotami mamy do czynienia. Odnosząc się dodatkowo do kwestii zawarcia aneksu nr 4 zauważyć należy, iż przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Stąd też, zdaniem IZ RPO WSL roboty związane z kompleksowym zabezpieczeniem przeciwpożarowym budynku były możliwe do przewidzenia i zaprojektowania na wcześniejszym etapie inwestycji.

Jakkolwiek, w świetle art. 144 ust. 1 pkt 5 Ustawodawca dopuścił możliwość wprowadzenia modyfikacji o charakterze nieistotnym w rozumieniu ust. 1e niezależnie od ich wartości, to jednak w ocenie IZ RPO WSL zmiana terminu wykonania zamówienia może wyczerpywać przesłanki by uznać ją za istotną w myśl art. 144 ust.1 ustawy Pzp. Stąd też, zdaniem IZ RPO WSL dopuszczalność takiej modyfikacji powinna być każdorazowo przewidziana niezależnie od tego czy jej wartość jest bagatelna czy też nie.

W związku z tym zwrócono się do Beneficjenta o złożenie dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi na powyższe Beneficjent złożył oświadczenie, iż „Modyfikacja umownego zakresu robót planowana była, co oczywiste, z zachowaniem normy wynikającej z art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej zwana „ustawa Pzp”), tj. polegać miała na zmianie bagatelnej, której wartość nie może przekroczyć 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Co więcej, zmiana ta nie miała wpływu na wysokość kosztów kwalifikowalnych, a tym samym na wysokość udzielonej dotacji.”

Równocześnie Beneficjent zauważył, że „[...] Dokonując analizy przedmiotowej zmiany pod kątem jej istotności, w pierwszej kolejności odrzucić należy możliwość spełnienia przez dokonanie przedmiotowej zmiany przesłanki z art. 144 ust. 1e pkt 1 ustawy Pzp, tj. doprowadzenia do zmiany ogólnego charakteru umowy w stosunku do charakteru umowy w pierwotnym jej brzmieniu. W literaturze przedmiotu utrwalony jest bowiem pogląd, zgodnie z którym zmiana ogólnego charakteru umowy zachodzi w przypadku zastąpienia danego przedmiotu zamówienia innym lub w razie zmiany rodzaju zamówienia, co oczywiście w analizowanej sytuacji nie miało miejsca.”

Co więcej, zdaniem Beneficjenta nie jest również możliwe zakwalifikowanie zmiany terminu realizacji zamówienia dokonanej aneksem nr 2 jako spełniającej jedną z przesłanek określonych w art. 144 ust. 1e pkt 2 ustawy Pzp. Przede wszystkim nieuzasadnione byłoby potraktowanie tej zmiany jako mogącej wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub treść ofert potencjalnych wykonawców, gdyby warunki wprowadzone

*aneksem nr 2 znane były na etapie przygotowywania ofert przez wykonawców. Po pierwsze bowiem wprowadzenie tych warunków nie było możliwe w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż pomimo niepowołania wprost w podstawach prawnych aneksu nr 2 art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, wynikały one ze zmiany zakresu zamówienia o charakterze bagatelny. Po drugie, zgodnie z poglądem wyrażanym w doktrynie prawniczej, zmiana terminu realizacji zamówienia spełnia przesłankę określoną w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp tylko wówczas, gdy termin ten stanowił kryterium oceny ofert.*

Odnosząc się natomiast do okoliczności zawarcia aneksu nr 4 Zamawiający podobnie jak w przypadku Aneksu nr 2 powołał się na zapisy art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując iż zmiana ta ma charakter nieistotny.

Z powyższym stanowiskiem Beneficjenta IZ RPO WSL się nie zgadza.

Po pierwsze: pojęcie „istotności zmian”, którym posługuje się ustawodawca w art. 144 ustawy Pzp, oznacza konieczność zbadania i porównania treści stosunku prawnego (umowy) uwzględniającego wprowadzone zmiany w stosunku do treści oferty wykonawcy. Jeżeli przedmiotowe modyfikacje spowodują, iż zobowiązanie wykonawcy będzie odbiegać istotnie od zobowiązania zawartego w ofercie to wówczas należy uznać, iż takie zmiany są objęte zakazem wynikającym z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Nie sposób zatem nie zauważyć, iż skoro Zamawiający określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia termin zakończenia realizacji inwestycji, to oczekiwał od potencjalnych Wykonawców wywiązania się z tego zobowiązania tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego właśnie na takich warunkach. Tymczasem faktyczne zakończenie realizacji inwestycji nastąpiło w listopadzie 2019 roku, tj. ponad 5 miesięcy później niż założono w dokumentacji przetargowej oraz umowie w sprawie zamówienia. Oczywisty jest zatem fakt, że ostateczny termin wykonania robót przez Wykonawcę odbiegał w sposób istotny od zobowiązania wynikającego z jego oferty.

Po drugie: dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, należy mieć na uwadze jej wpływ na warunki konkurencji w postępowaniu. Istotną zmianą postanowień umowy w rozumieniu ww. przepisu jest zatem zmiana, która powoduje rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie zamówienie lub którym takie zamówienie mogłoby być udzielone. Mając na uwadze powyższą wykładnię nie można wykluczyć, iż gdyby informacja o dłuższym o ponad 5 miesięcy terminie realizacji zamówienia była zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ krąg potencjalnych wykonawców mógłby być większy, co z kolei mogłoby przełożyć się na liczbę złożonych ofert. Nie można również wykluczyć, że oferty takie okazałyby się korzystniejsze od oferty ostatecznie wybranej.

Po trzecie: nietrafnym jest również stwierdzenie Beneficjenta, w myśl którego zmiana terminu realizacji zamówienia spełnia przesłankę określoną w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp tylko wówczas, gdy termin ten stanowił kryterium oceny ofert. Jak bowiem wynika z wyroku z dnia 11.09.2019r. sygn. akt I GSK 2713/18 Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że zmiana terminu wykonania umowy z 400 do 685 dni jest zmianą istotną, przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena (termin nie stanowił kryterium).

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż zmiany wprowadzone przez Zamawiającego spełniły wszystkie przesłanki by uznać je za istotne.

W związku z powyższym, w wyniku kontroli przedmiotowego zamówienia, stwierdzono, iż działanie Beneficjenta polegające na dokonaniu istotnych zmian w treści zawartej umowy z wykonawcą robót budowlanych bez uprzedniego wskazania takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ narusza dyspozycję art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, i tym samym § 6 ust. 6

w związku z § 15 ust. 1 Umowy o dofinansowanie projektu nr UDA-RPSL.10.03.02-24-06H1/17-00 z dnia 24 lipca 2018 roku.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające 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 ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz § 2 Rozporządzenia 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.2018.971-t.j. z późn. zm. - dalej „rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i § 3 rozporządzenia obniża się wartość pomniejszenia i stosuje się § 5 rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększona o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 28 pn. Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji.

Ponieważ w trakcie czynności kontrolnych Beneficjent oświadczył, że wartość robót dodatkowych wynikająca z Aneksów nr 2 oraz 3 stanowi koszt niekwalifikowalny, zastosowanie ma stawka 25%.

Jednocześnie załącznik do rozporządzenia w pozycji odpowiadającej przedmiotowej kategorii nieprawidłowości indywidualnej nie przewiduje możliwości do dalszego obniżenia wartości procentowej pomniejszenia.

Pismem o sygnaturze SiR.042.11.2018.JR z dnia 19 maja 2020 roku Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

Beneficjent zarzucił IZ RPO WSL, iż ta nie sprecyzowała z jakich powodów miało dojść do naruszenia normy art. 144 ust. 1 ustawy Pzp podczas dokonywania zmian umowy. W jego opinii, Zespół kontrolujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że zmiany „spełniły wszystkie przesłanki by uznać je za istotne”, tym samym, zdaniem Zamawiającego IZ RPO WSL w sposób ogólny podważyła argumenty przedstawione w piśmie o sygnaturze SiR.042.11.2018.JR z 3 marca 2020 roku.

Tymczasem Beneficjent zaznaczył, że pomimo, iż przepisy Pzp wprowadzają generalny zakaz zmiany istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, to jednak ani z przepisów tejże ustawy, ani dominującej linii orzeczniczej nie wynika domniemanie istotności zmiany umowy, do której zastosowanie znajduje art. 144 ustawy Pzp.

Takiego domniemania, w opinii Beneficjenta nie można zbudować także na przytoczonym przez Kontrolujących wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego, gdyż odnosi się on do sprawy o zupełnie odmiennym stanie faktycznym aniżeli stan faktyczny będący przedmiotem kontroli doraźnej. Analiza zapisów informacji pokontrolnej, zdaniem wnoszącego zastrzeżenia wydaje się właśnie opierać na takim założeniu.

Beneficjent nie zgodził się również z twierdzeniem Zespołu kontrolującego, jakoby termin wykonania robót przez wykonawcę odbiegał w sposób istotny od zobowiązania wynikającego z jego oferty. W jego opinii, przy ocenie istotności zmiany polegającej na przedłużeniu terminu realizacji inwestycji IZ RPO WSL powinna wziąć pod uwagę wyłącznie przedłużenie realizacji zadania od 30 sierpnia 2019 roku do 14 listopada 2019 roku, a nie cały pięciomiesięczny okres. Jak bowiem wskazuje modyfikacja umownego terminu realizacji zamówienia dokonana aneksem nr 1 opierała się na podstawie wyrażonej w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, do czego w opinii Beneficjenta Zespół kontrolujący nie wniósł zastrzeżeń.

Beneficjent przywołał także fragment wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 28 lutego 2018 roku w sprawie o sygn. I SA/Kr 930/17, w którym w opinii wnoszącego zastrzeżenia można dopatrzeć się wielu analogii do sprawy będącej przedmiotem analizy IZ RPO WSL. Przede wszystkim Beneficjent zarzucił IZ RPO WSL, iż nie przedstawiła indywidualnych faktów świadczących o „istotności” zmian, a jedynie oparła się na założeniu a priori, iż każda zmiana terminu realizacji zamówienia jest zmianą istotną.

Wnioskodawca ponownie zwrócił uwagę, iż wydłużenie terminu realizacji zadania aneksem nr 2 o 44 dni spowodowane było wykonaniem przez Wykonawcę robót zamiennych i dodatkowych – których możliwość wykonania w oparciu o art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zespół kontrolujący nie zakwestionował. Po raz kolejny wskazał także, iż wydłużenie terminu realizacji aneksem nr 4 spowodowane było koniecznością dostosowania wykonywanego obiektu do ówczesnych wymagań w zakresie ochrony przeciwpożarowej. Jednocześnie Beneficjent za nietrafną uznał tezę IZ RPO WSL, w myśl której roboty związane z kompleksowym zabezpieczeniem przeciwpożarowym budynku były możliwe do przewidzenia i zaprojektowania na wcześniejszym etapie inwestycji. Jak bowiem dowiódł, dokumentacja projektowa została opracowana i uzgodniona przez rzeczoznawcę ponad rok przed rzeczoną kontrolą ppoz. obiektu.

Wobec powyższego w ocenie Wnioskodawcy nie jest możliwe założenie, iż przedmiotowe zmiany umowy dokonane zostały z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp, z powodu wypełnienia przesłanek określonych w art. 144 ust. 1 pkt 2 lit. a, gdyż zmiany nie wprowadzały warunków, 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. Co więcej, zdaniem Beneficjenta gdyby warunki postawione w aneksie nr 2, tj. zmiana terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu zwiększonego - na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp - zakresu zamówienia, zostały postawione na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, nie doprowadziłoby to do umożliwienia udziału w przedmiotowym postępowaniu innym wykonawcom, gdyż wprowadzone aneksem nr 2 modyfikacje nie zmieniają przedmiotu umowy, którym nadal pozostaje zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. W związku z tym wnoszący zastrzeżenia stoi na stanowisku, że wydłużenie terminu realizacji zamówienia o zaledwie 44 dni, przy uwzględnieniu wykonania przez Wykonawcę w tym okresie robót o wartości 1.555.722,22 zł nieprzewidzianych w zakresie umownym - przy jednoczesnym wzięciu pod uwagę całego ponad półtorarocznego pierwotnego okresu zamówienia - nie stanowi zmiany na tyle doniosłej, która spowodowałaby możliwość wzięcia udziału w postępowaniu innych wykonawców lub odmienną treść złożonych przez wykonawców ofert. Tożsamego zarzutu, w opinii Wnioskodawcy nie można uczynić także w



stosunku do aneksu nr 4, przedłużającego termin realizacji zamówienia ze względu na okoliczności niezależne od obu stron umowy.

W następstwie powyższego, Beneficjent przywołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, w myśl którego zmiany umowy dokonane w toku realizacji zamówienia są możliwe, o ile okoliczności towarzyszące zawarciu aneksów jednoznacznie wskazują, że w takiej samej sytuacji znaleźliby się pozostali wykonawcy, a sam proces modyfikacji zapisów umowy odbyłby się w takiej samej formie i wywoływałby takie same skutki niezależnie od tego kto zamówienie realizuje. Właśnie z taką sytuacją w ocenie wnoszącego zastrzeżenia mamy do czynienia na gruncie niniejszej sprawy.

Beneficjent wskazał również, iż IZ RPO WSL skupiając się na ocenie legalności zmiany umowy dokonanej aneksem nr 4 w odniesieniu do art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp, nie dostrzegła, iż przedmiotowa zmiana jest dozwolona również w świetle art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż okoliczności towarzyszące zawarciu ww. aneksu spełniają przesłanki określone w tymże przepisie.

**Po przeanalizowaniu wszystkich argumentów przedstawionych przez Beneficjenta, IZ RPO WSL postanowiła podtrzymać klasyfikację prawną uchybienia. W związku z powyższym decyzja o nałożeniu pomniejszenia zostaje utrzymana w mocy.**

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż nietrafny wydaje się być zarzut, jakoby Zespół kontrolujący nie sprecyzował z jakich powodów miało dojść do naruszenia normy art. 144 ust. 1 ustawy Pzp podczas dokonywania zmian umowy. Nie prawdziwe jest także twierdzenie, że formułując wyniki kontroli IZ RPO WSL ograniczyła się wyłącznie do stwierdzenia, że zmiany „spełniły wszystkie przesłanki by uznać je za istotne”.

Jak bowiem wynika z treści Informacji Pokontrolnej z dnia 5 maja 2020 roku, IZ RPO WSL wprost wskazała, że przeanalizowała legalność wprowadzonych przez Beneficjenta zmian w kontekście obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza normy art. 144 ust. 1 ustawy Pzp (Por. str. 4 Informacji Pokontrolnej z dnia 5 maja 2020 roku).

Co więcej, jak wskazano na stronach 4-5 informacji z 5 maja 2020 roku, w wyniku przedmiotowej analizy, IZ RPO WSL doszła do wniosku, że Zamawiający nie przewidział w dokumentacji przetargowej okoliczności mogących mieć wpływ na zmianę terminu realizacji zamówienia w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych czy zamiennych. Nie określił także warunków zmiany zapisów umowy w przypadku jakichkolwiek opóźnień, utrudnień czy przeszkód spowodowanych przez osoby i/lub podmioty trzecie (za wyjątkiem TAURON).

Równocześnie już na etapie formułowania wstępnych wyników kontroli, IZ RPO WSL wyraźnie podkreśliła, iż modyfikacje wprowadzone w toku realizacji inwestycji nie mieszczą się katalogu zmian o których mowa w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak bowiem wskazano w informacji z dnia 5 maja 2020 roku (str. 5-6), ostateczny termin wykonania robót przez Wykonawcę odbiegał w sposób istotny od zobowiązania wynikającego z jego oferty. Za oczywiste wówczas uznano także, że gdyby sama informacja o dłuższym o ponad 5 miesięcy terminie realizacji zamówienia była zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ to krąg potencjalnych wykonawców mógłby być większy, co z kolei mogłoby przełożyć się na liczbę złożonych ofert. Nie można też wykluczyć, że takie oferty mogłyby być korzystniejsze od oferty ostatecznie wybranej.

Nie prawdziwe jest także twierdzenie, jakoby IZ RPO WSL oparła się na założeniu, że każda zmiana terminu realizacji zamówienia jest zmianą istotną. Jak bowiem wynika z treści przekazanej w dniu 5 maja 2020 roku Informacji Pokontrolnej, IZ RPO WSL wyraziła jedynie pogląd w myśl którego zmiana terminu wykonania zamówienia może wyczerpywać przesłanki by uznać ją za istotną w myśl

art. 144 ust.1 ustawy Pzp (Por. str. 5 Informacji Pokontrolnej z dnia 5 maja 2020 roku). Jednocześnie w ocenie IZ RPO WSL, w analizowanej sprawie, dokonane modyfikacje terminu przesłanki te wyczerpały.

Niemniej jednak, odnosząc się do wniesionych zastrzeżeń IZ RPO WSL postanowiła ponownie przeanalizować stan faktyczny sprawy.

Jak wiadomo, prawo dokonywania zmiany postanowień umownych, którym dysponuje Zamawiający reglamentuje przepis art. 144 ustawy Pzp. Wobec powyższego, dopuszczalność każdej zmiany należy rozpatrzyć na gruncie regulacji określonych w tym przepisie.

Zgodnie z obowiązującą w dacie postępowania wersją ustawy Pzp art. 144 brzmiał następująco: [ust. 1] Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

[pkt 1] 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;

[...]

[pkt 3] zostały łącznie spełnione następujące warunki:

- a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należyta starannością, nie mógł przewidzieć,
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie;

[...]

[pkt 5] zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;

[pkt 6] łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówienia na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie

[...]

[ust. 1b.] W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

[...]

[ust. 2] Postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1-1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu. Na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu.

[ust. 3] Jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy lub umowy ramowej dopuszczalne zgodnie z ust. 1-1b, 1d i 1e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Jak widać, na podstawie zacytowanej powyżej normy prawnej zmiana umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest zasadniczo zakazana. W świetle tego przepisu można wymienić jednak kilka wyjątków od tej zasady. Po pierwsze należy podkreślić, iż zakaz, o którym jest mowa w przepisie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie takiej zmiany postanowień umowy

o zamówienie publiczne, która jednocześnie stanowiłaby zmianę oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Należy więc stwierdzić, iż dopuszczalne są takie zmiany umowy, które nie zmieniałyby postanowień najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, z którym następnie została zawarta umowa. Po drugie, mając na względzie dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dopuszczalna jest zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli są spełnione łącznie dwie następujące przesłanki wymienione w powyższym przepisie tj. zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (przesłanka 1) oraz określił ich zakres, charakter oraz warunki takiej zmiany (przesłanka 2). Po trzecie ustawodawca dopuścił także możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, pod warunkiem, że wartość takiej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. W myśl przywołanego przepisu dopuszczalne są także tzw. zmiany bagatelne i nieistotne przy czym przy ocenie waloru istotności ustawodawca odsyła do ustępu 1e.

Jakkolwiek regulacje zawarte w przywołanej normie prawnej stanowią niewątpliwie ograniczenie zasady swobody zawierania umów, wyrażonej w art. 353 k.c., to jednak, w ocenie IZ RPO WSL jest to uzasadnione charakterem i celem postępowania w sprawach zamówień publicznych, które, jak stanowi art. 7 ust. 1 Pzp, ma być przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W kontekście powyższego, zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której ją zawarto, mogą potencjalnie prowadzić do zniekształcenia wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i powodować, że podstawowe reguły kształtujące to postępowanie, takie jak zasada równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji nie będą w nim realizowane. To zaś w istocie niweczy podstawowy cel postępowania o zamówienie publiczne, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty.

Wracając do meritum sprawy, nie budzi wątpliwości interpretacyjnych fakt, iż Zamawiający nie określił w ogłoszeniu oraz SIWZ okoliczności umożliwiających zmianę terminu realizacji zamówienia w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych czy zamiennych. Nie przewidział także warunków zmiany zapisów umowy poprzez przedłużenie terminu realizacji inwestycji w przypadku jakichkolwiek opóźnień, utrudnień czy przeszkód spowodowanych przez osoby i/lub podmioty trzecie (za wyjątkiem TAURON).

Niewłaściwe zdaniem IZ RPO WSL jest również założenie, iż zmiana terminu realizacji zamówienia była dopuszczalna na podstawie normy określonej w dyspozycji art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Interpretacja przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż w przypadku, gdy obiektywnie możliwe było przewidzenie zaistnienia określonych zjawisk oraz ich skali, wprowadzenie zmian do umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu nie jest możliwe. Poza tym, jak wskazano powyżej ustawodawca określił w tym przepisie dwa warunki dopuszczalności zmiany umowy, które muszą być spełnione łącznie.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi bowiem wdrożenie do przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2014/24/UE. Wobec powyższego wyraźnie należy podkreślić, że okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, to zdarzenia, które w normalnym przebiegu wydarzeń było mało prawdopodobne do przewidzenia (zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego lub z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego). Do takich okoliczności Krajowa Izba Odwoławcza zalicza zjawiska losowe, a więc zdarzenia o charakterze nieprzewidywanym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego tj. klęski

żywiolowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki, nieprzewidywalne zmiany w przepisach prawa oraz inne zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego (Por. Uchwały KIO/KD 17/12, KIO/KD 18/11 i KIO/KD 28/12).

Jak widać nieprzewidywalność ta powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Tymczasem, mając na uwadze profesjonalny charakter zamawiającego, nie sposób nie zauważyć, iż ryzyko związane z wystąpieniem robót dodatkowych czy zamiennych było wysoce prawdopodobne zwłaszcza przy tak dużej inwestycji, a więc możliwe do przewidzenia.

Wystąpienie okoliczności na podstawie których dokonano zmian umowy nr IMI-RIN.7013.14.6.2017.MR tj. wykonanie robót dodatkowych i zamiennych (Aneksy nr 1 i 4), w tym robót od których nie było uzależnione wykonanie zamówienia podstawowego (Aneks nr 2 i 3), i w związku z tym przedłużenie terminu realizacji zamówienia, zdaniem IZ RPO WSL nie mogą stanowić samoistnej przesłanki zmiany umowy, w oparciu o treść art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Takie brzmienie przepisów, nie może być bowiem utożsamiane z przyznaniem stronom zobowiązania nieograniczonego prawa do jego zmiany, o ile tylko ziszczą się przesłanki określone w przepisach ustawy.

Mając powyższe na uwadze, konieczne wydaje się zbadanie czy zmiany dokonane przez Beneficjenta miały charakter „nieistotny” – bo tylko takie byłyby dopuszczalne zgodnie z dyspozycją art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Dokonując wykładni art. 144 ust.1 ustawy Pzp., należy zwrócić uwagę, że choć ustawodawca nie ustanowił definicji legalnej pojęcia „istotnej zmiany” to jednak w treści ust. 1e określił, które ze zmian zawartych umów uznaje się za istotne. Tak więc w myśl art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. a ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli nie zmienia ogólnego charakteru umowy lecz wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzieleniu zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

Wobec powyższego, zdaniem IZ RPO WSL jest wysoce prawdopodobne iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie wzięli udziału wykonawcy, którzy ze względu na posiadany potencjał do wykonania zamówienia (zarówno finansowy, jak i osobowy) nie mogli podjąć się wykonania zamówienia w terminie do 31 maja 2019 r., ale mogli to uczynić w terminie do dnia 14 listopada 2019 r. Nie można też wykluczyć, że oferty tych wykonawców mogłyby okazać się korzystniejsze od oferty ostatecznie wybranej.

W tym miejscu warto podkreślić, przy okazji odnosząc się do kolejnego zarzutu, że IZ RPO WSL nie rozumie na podstawie jakich faktów, Beneficjent doszedł do wniosku, że przedmiotem zastrzeżeń Kontrolujących są wyłącznie zmiany dokonane aneksem nr 2 oraz aneksem nr 4. Zdaniem Zespołu Kontrolującego również modyfikacje wprowadzone aneksem nr 1 naruszają dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wnioskodawca nie przewidział bowiem w dokumentacji przetargowej żadnych okoliczności mogących mieć wpływ na zmianę terminu wykonania inwestycji, a jak już wspomniano wcześniej, interpretacja przepisu art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż obiektywnie możliwe do przewidzenia zjawiska nie uprawniają Zamawiającego do zmiany umowy w oparciu o dyspozycję tego przepisu.

Tym samym potencjalni oferenci mieli prawo domniemywać, że Zamawiający oczekuje zakończenia inwestycji, w terminie określonym w ogłoszeniu i specyfikacji niezależnie od wystąpienia robót dodatkowych czy zamiennych. Z drugiej jednak strony, mając na uwadze profesjonalny charakter wykonawców, ryzyko wystąpienia takich zdarzeń niewątpliwie powinno być przez nich skalkulowane w ofercie. Nie sposób nie zauważyć, że taka sytuacja mogła mieć miejsce właśnie

w kwestionowanym przypadku. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły bowiem dwie oferty, których wartość znacząco się różniła. Nie można zatem wykluczyć, że cena wskazana w ofercie Konsorcjum firm DES Henryk Dowgier, Anna Dowgier Spółka Jawna oraz PBHU Rafał Kotliński była wyższa o 2 444 220,60 zł od ceny zaoferowanej przez Przedsiębiorstwo BEN-BUD Janusz Benisz, z powodu tego, iż wykonawca ten przewidział ryzyko wystąpienia zdarzeń, które mogły spowodować zwiększenie zaangażowania posiadanego potencjału, celem wywiązania się z zapisów umownych. W związku z tym, mając na myśli przytoczone przez Beneficjenta stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, w opinii IZ RPO WSL nie ma pewności, że okoliczności towarzyszące zawarciu aneksów w równej mierze dotyczyłyby także wykonawcy, który ryzyko wystąpienia takich zdarzeń skalkulował w ofercie.

Choć z przytoczonej przez IZ RPO WSL argumentacji wynika bezpośrednio, iż każda ze zmian terminu wykonania zamówienia, której dokonano w trakcie realizacji inwestycji wyczerpała przesłanki, o których mowa w normie art. 144 ust. 1e ustawy Pzp, by uznać ją za istotną, to jednak w związku z koniecznością kompleksowego przeanalizowania stanu faktycznego niniejszej sprawy, IZ RPO WSL w tym celu postanowiła również posłużyć się dorobkiem wypracowanym na gruncie orzecznictwa i literatury.

W orzecznictwie wskazywano wcześniej wielokrotnie, że termin wykonania umowy jest istotnym elementem umowy a jego zmiana ma charakter istotny:

1. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 stycznia 2016r. - KIO/KD 1/16: „Zarówno termin wykonania zamówienia, jak i wysokość wynagrodzenia wykonawcy stanowią istotne elementy przedmiotu umowy”.
2. Zgodnie z Uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 lipca 2016 r. (KIO/KD 46/16) „1. Aneksowanie umów w zamówieniach publicznych jest ściśle reglamentowane art. 144 ust. 1 p.z.p., którego zamawiający nie może interpretować rozszerzająco. 2. Jeśli dokonywane zmiany umowy były konieczne do wykonania na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od zamówienia dodatkowego, to zamawiający powinien był przeprowadzić odpowiednie postępowanie o udzielenie zamówienia na określone roboty dodatkowe korzystając z trybu zamówienia z wolnej ręki w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p.; w wyniku, którego to postępowania zawarłby nową umowę o zamówienie publiczne, a nie aneks do umowy podstawowej, który nie miał oparcia w przepisach ustawy, ani w postanowieniach umownych.”
3. Pojęcie „istotnej zmiany umowy” interpretowano w praktyce również na podstawie orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: TSUE), z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) i inni (sygn. akt C-454/06). Zgodnie z jego treścią, za istotne zmiany umowy można uznać m. in. takie, które „(...) wprowadzają warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. W punkcie 34 Wyroku Trybunał stwierdził, że zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego mogą w istocie stanowić udzielenie nowego zamówienia – w przypadku gdy „charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać

na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia”. Taka zmiana – istotna – jest co do zasady niedozwolona, bez przeprowadzenia procedury udzielenia nowego zamówienia.

4. Inny wyrok ETS, z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 (Wall AG) częściowo powieła postanowienia wyroku cytowanego powyżej – zmianą istotną jest zmiana wskazująca na wolę stron by reneocjować istotne postanowienia umowy (43) oraz jeśli zmienia ona warunki realizacji umowy na tyle, że analogiczna zmiana w trakcie postępowania mogłaby zmienić krąg wykonawców czy wynik postępowania (38).
5. Warto również wskazać na wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA (sygn. akt C-496/99), w którym TSUE wskazał, że jeśli modyfikacja umowy jest tego typu, że gdyby była ona znana wykonawcom w postępowaniu przetargowym poprzedzającym udzielenie danego zamówienia, mogliby oni złożyć istotnie odmienne oferty, nie wolno jej dokonać (za: J. Olszewska-Stompel, Zmiany umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, LEX).

W późniejszym czasie w orzecznictwie krajowym, jak słusznie zauważył Beneficjent zarysował się pogląd, że o tym czy zmiana terminu wykonania/realizacji umowy jest zmianą istotną decydują okoliczności konkretnego przypadku, a przy tym najistotniejsza z punktu widzenia ochrony konkurencji jest ocena czy wprowadzenie tej zmiany jako nowego warunku, gdyby zostało ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

Trybunał Sprawiedliwości w Wyroku C-549/14 z dnia 7 września 2016 r. wskazał: „Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie można wprowadzić istotnej zmiany do udzielonego już zamówienia publicznego nie wszczynając przy tym nowej procedury udzielania zamówień nawet wówczas, gdy ta zmiana stanowi, obiektywnie rzecz biorąc, rodzaj ugody obejmującej obopólne zrzeczenie się przez jej obie strony pewnych uprawnień, mające na celu zakończenie sporu, którego wynik jest niepewny, a który powstał wskutek trudności związanych z wykonaniem tego zamówienia. Inaczej byłoby tylko wówczas, gdyby w dokumentacji tego zamówienia przewidziane zostałyby uprawnienie do dostosowania, już po jego udzieleniu, jego pewnych, nawet istotnych, warunków, a także - szczegółowe warunki wykonania tego uprawnienia”.

W nieprawomocnym Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 28 lutego 2018 r. I SA/Kr 930/17 – na który Beneficjent się powołał, Sąd wskazał, że: *Nawiązując do uzasadnienia projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr (...), Sejm RP VI kadencji), wskazać należy, że zmiany nieistotne to takie, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Niemniej jednak w orzeczeniu tym Sąd zauważa, że choć „Przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. nie wskazuje, jakie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy traktować jako istotne. Zgodzić należy się jednak ze stanowiskiem, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które - gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia - umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.”*

Podobny sposób rozumienia istotnych i nieistotnych zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazuje orzecznictwo TSUE. Europejski Trybunał Sprawiedliwości kwestie zmiany umowy rozważał w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie (...) presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, nr 4A, s. I-03801 oraz z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, ECR 2000, nr 10A, s. I-08377. W sprawach C-454/06 oraz C-496/99 TSUE wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 TSUE stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Niewątpliwie stanowisko TSUE w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania.

Zatem Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazuje na konieczność uwzględnienia wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz na potrzebę porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tak też J. Jerzykowski w komentarzu, publ. LEX).

Podobnie NSA w wyroku z dnia 6 października 2016 r., sygn. akt II GSK 376/16 wskazał, że przepis art. 144 ust. 1 Pzp nie wskazuje, jakie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy traktować jako istotne. Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które - gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia - umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Pogląd jaki następnie wywodzi NSA znajduje pełne oparcie w orzecznictwie TSUE (np. w sprawie C-337/98). Zwrócenia uwagi wymaga jednak, że według tego stanowiska kwalifikacja zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego - jako zmiany istotnej - odwołuje się do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania. Zasadnie wskazuje się zatem na konieczność uwzględnienia wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz na potrzebę porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa, w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany, z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z kolei, w również nieprawomocnym Wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 24 stycznia 2018 r. sygn. akt III SA/Wr 680/17, sąd wskazał że: „Niezasadne jest założenie, że każda zmiana terminu realizacji umowy jest zmianą na tyle istotną/znaczącą/doniosłą, że inny wykonawca, mógłby złożyć ofertę” (por. wyrok NSA z dnia 4 marca 2015 r., sygn. II GSK 2143/13). Konieczne jest rozważenie znaczenia wprowadzonej zmiany dla realizacji celu umowy. W podobnym duchu wypowiedział się NSA w powołanym przez skarżącą wyroku z dnia 5 lutego 2014 r. o sygn. akt II GSK 1918/12 oraz w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie

Zamówień Publicznych.[...] W świetle powyższego nie sposób uznać, że przy dokonywaniu przez ZWD oceny wagi i znaczenia, jakie dla wyniku postępowania o zamówienie publiczne w rozpoznawanej sprawie miała zmiana (na wniosek wybranego wykonawcy) terminu wykonania zamówienia, można było pominąć kryteria, na podstawie których beneficjent dokonywał wyboru oferty oraz warunki w jakich doszło do wskazanych zmian. Jak bowiem wskazuje skarżąca, i co znajduje potwierdzenie w SIWZ (s.19), jako jedyne kryterium wyboru oferty beneficjent wskazał cenę i wybór jako wykonawcy: "D" S.A.- lider, "E" Sp. z o.o. – partner - nastąpił ze względu na zaproponowanie przez ten podmiot najniższej ceny. Termin realizacji zamówienia nie był więc czynnikiem znaczącym z punktu widzenia wyboru tego, a nie innego wykonawcy.[...].

Na konieczność uwzględnienia konkretnych warunków i kryteriów wyboru oferty w kontekście stosowania art. 144 ust. 1 p.z.p. zwracał uwagę NSA w m.in. w powołanym wyroku o sygn. akt II GSK 1918/12, uznając, że nie można się posługiwać ogólnymi stwierdzeniami, jak czyni to Sąd I instancji, ale zawsze należy je odnieść do konkretnego przypadku.[...]. Z tego więc powodu nie można podzielić argumentacji uzasadnienia wyroku, że przesunięcie terminu wykonania umowy zawartej przez kasatorkę stanowiło niedopuszczalną zmianę umowy objętą dyspozycją art. 144 ust. 1 p.z.p. Analiza akt sprawy prowadzi do wniosku, że kasatorka w dokumentacji przetargowej, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt XVI) jako podstawę wyboru oferty wskazała tylko cenę i przyjęła dla niej wagę 100 %. Zatem dla umowy będącej przedmiotem decyzji kontrolowanej przez WSA w Warszawie istotnym elementem treści nie był termin wykonania zamówienia, gdyż ten parametr zamówienia nie wpływał na wybór oferty. Zatem dla umowy będącej przedmiotem decyzji kontrolowanej przez WSA w Warszawie istotnym elementem treści nie był termin wykonania zamówienia, gdyż ten parametr zamówienia nie wpływał na wybór oferty. Z tego też powodu nie można uznać tej argumentacji Sądu I instancji, w której wskazano, że zmiana tego terminu potencjalnie mogła ograniczyć krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie. W ocenie Sądu II instancji takiego związku nie można przyjmować, skoro termin nie decydował o korzystności oferty".

Równocześnie w Wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie (II GSK 2143/13) z dnia 4 marca 2015 roku, NSA stwierdził, że nie można z góry przyjąć, iż przesunięcie terminu o 28 dni kalendarzowych (z czego po odliczeniu okresów wolnych od pracy, faktyczna możliwość wykonywania robót wynosi kilkanaście dni), stanowi zmianę warunków kontraktu na tyle doniosłą, że inny wykonawca, któremu pierwotny termin, z uwagi np. na harmonogram wykonywania innych zaleceń, nie odpowiadał, mógłby złożyć ofertę. Tak niedługi odcinek czasu, względem np. długiego okresu obowiązywania umowy, nie mógłby znacząco wpłynąć na decyzję wykonawcy o wzięciu udziału w przetargu czy złożeniu oferty innej treści, w szczególności poprzez zaoferowanie niższej ceny.

Warto w tym miejscu jednak ponownie wskazać, że w wyroku NSA z dnia 11.09.2019r. sygn. akt I GSK 2713/18 – który IZ RPO WSL wskazała w treści Informacji z dnia 5 maja 2020 roku, NSA uznał w nim bowiem, że zmiana terminu wykonania umowy z 400 do 685 dni jest zmianą istotną, przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena (termin nie stanowił kryterium).

W świetle przywołanej linii orzecznictwa, IZ RPO WSL w celu oceny „istotności” zmian dokonanych przez Beneficjenta w niniejszym postępowaniu, wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

1. Znaczenie wprowadzonej zmiany dla realizacji celu umowy.
2. Warunki realizacji konkretnego zamówienia.



3. Okoliczność czy informacja o wydłużeniu czasu realizacji zamówienia podana do wiadomości wykonawców na początku procedury przetargowej mogłaby wpłynąć na krąg potencjalnych wykonawców lub też na wynik postępowania.
4. Długość zmiany terminu – czy okres wydłużenia jest znaczący – w szczególności w proporcji do okresu realizacji umowy.

W wyniku przeprowadzonej analizy IZ RPO WSL doszła do następujących wniosków:

Przedmiotem ww. zamówienia były roboty budowlane związane z rewitalizacją obiektów i przestrzeni dworca PKP i dawnego młyna elektrycznego w Żorach (w formule zaprojektuj i wybuduj). Termin realizacji powyższej inwestycji wyznaczono na 31 maja 2019 roku. Co więcej, skoro Beneficjent wprowadził do projektu umowy zapis, że zakończenie realizacji nastąpi do 31 maja 2019 roku, to zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oznacza, iż wymagał od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego właśnie na takich warunkach.

Nie ulega także wątpliwości, że wydłużenie terminu realizacji zamówienia zmieniło sytuację wybranego wykonawcy na bardziej korzystną w stosunku do drugiego z oferentów. Jak już wcześniej wspomniano, nie można bowiem wykluczyć okoliczności, że zaproponowana przez niego wyższa cena oferty wynikała z oszacowania w ofercie ryzyka konieczności zaangażowania większego potencjału celem wykonania objętych umową prac w terminie umownym.

Mając na względzie, iż okres przedłużenia realizacji inwestycji wynosił ponad 5 miesięcy, stwierdzić należy, iż jest to okres zasadniczo długi w stosunku do pierwotnego 17 miesięcznego terminu wykonania zamówienia.

Należy także z dużym stopniem prawdopodobieństwa stwierdzić, że gdyby potencjalni wykonawcy mieli informację, że termin realizacji umowy może ulec wydłużeniu o 5 miesięcy w stosunku do pierwotnego – prawdopodobnie krąg zainteresowanych zamówieniem byłby większy, a cena zamówienia mogłaby być niższa (z uwagi na większą konkurencję). I chociaż cel umowy został finalnie osiągnięty w późniejszym terminie – w ocenie IZ RPO WSL doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez stworzenie lepszych warunków realizacji zamówienia wybranemu już wykonawcy.

Biorąc zatem pod uwagę proporcje wydłużenia terminu zawarcia umowy w stosunku do realizacji wykonania, zdaniem IZ RPO WSL zmiana terminu realizacji niniejszego postępowania, spełniła przesłanki by przypisać jej walor istotności, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, że termin realizacji umowy nie stanowił kryterium oceny ofert (por. Wyroku NSA z dnia 11.09.2019r, sygn. akt I GSK 2713/18 NSA).

W analizowanej sprawie wystąpiły zatem łącznie wszystkie przesłanki nieprawidłowości wynikające z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku tj. naruszenie prawa, działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego, szkoda i uszczerbek w budżecie ogólnym UE.

Jak wynika z treści niniejszej informacji pokontrolnej Beneficjent naruszył następujące przepisy prawa krajowego tj. ustawy Pzp w zakresie art. 144 ust. 1 pkt 1, 3 oraz 5. Tym samym, wydatek dokonany w sposób sprzeczny z prawem należy traktować jako szkodliwy dla budżetu. Co więcej, naruszenie przez Beneficjenta w/w przepisu prawa (ustawy Pzp) stanowiło także naruszenie przepisów wspólnotowych dotyczących przejrzystości zamówień oraz równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Z kolei na tle pojęcia szkody, jako kolejnej przesłanki, stwierdzić należy, że jest ona określana, zgodnie z definicją nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego dwojako tj. jako

szkoda rzeczywista mająca bezpośredni i negatywny wpływ na budżet UE lub szkoda potencjalna mogąca mieć szkodliwy wpływ dla budżetu UE.

Przenosząc powyższe regulacje na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, iż w omawianym postępowaniu nie można wykluczyć, że doszło do sytuacji, w której potencjalny wykonawca, po zapoznaniu się z zapisami ogłoszenia oraz specyfikacji, zrezygnował z ubiegania się o udzielenie ww. zamówienia, ponieważ sądził, iż nie będzie on w stanie zrealizować jego przedmiotu w wymaganym terminie.

Dodatkowo należy wskazać, że gdyby ogłoszenie lub specyfikacja dopuszczały możliwość przesunięcia terminu realizacji zamówienia na okoliczność wystąpienia robót zamiennych czy dodatkowych, bądź w przypadku jakichkolwiek opóźnień, utrudnień czy przeszkód spowodowanych przez osoby i/lub podmioty trzecie w postępowaniu mogłaby zostać złożona większa ilość ofert. Nie można także wykluczyć, jak wcześniej wspomiano, że oferty takich wykonawców mogłyby okazać się korzystniejsze od oferty ostatecznie wybranej. Powyższe oznacza tym samym, że gdyby taka konkurencyjna oferta została wybrana, wówczas zamawiający poniósłby niższe wydatki na realizację tego zamówienia i jednocześnie wnioskowałby o refundację z EFRR niższej kwoty, którą poniósłby na to zamówienie.

Wystąpienie szkody potencjalnej uwarunkowane jest naruszeniem przepisów prawa. Tym samym w ocenie IZ RPO WSL zasadnym jest twierdzenie, że niewłaściwe zastosowanie przepisu ustawy Pzp mogło doprowadzić do potencjalnej szkody w budżecie UE poprzez sfinansowanie wydatków w nieuzasadnionej wysokości.

## 6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: **z istotnymi zastrzeżeniami**

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % pomniejszenia
5.1	5.1.1.a	25%

Sposób usunięcia nieprawidłowości:

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność (jeżeli w kontrolowanym wniosku o płatność przedstawiono dany wydatek) Instytucja Zarządzająca dokona pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku kiedy beneficjent będzie składał kolejne wnioski o płatność oraz w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, we wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą ze stwierdzonych nieprawidłowości.

W przypadku stwierdzenia, że beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ pomniejszy wydatki kwalifikowane o kwotę wydatków nieprawidłowych. W sytuacji, gdy beneficjent zawrze we wniosku o płatność wydatek, który wcześniej, w wyniku

kontroli, został uznany za nieprawidłowy, instytucja weryfikująca wniosek oceni, czy nie zachodzą przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Celowe przedstawienie do rozliczenia wydatków niekwalifikowalnych może stanowić próbę popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2016, poz. 1137, z późn. zm.) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2016 r., poz. 2137 z późn. zm.).

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność Instytucja Zarządzająca nakłada korektę finansową oraz rozpocznie procedurę odzyskiwania kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016, poz. 1870).

Podpisanie niniejszej informacji pokontrolnej jest równoznaczne z akceptacją i przyjęciem do wiadomości sposobu usunięcia nieprawidłowości.

#### **Pouczenie:**

*Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej zgodnie z art. 24 ust. 10 oraz 25 ust. 2 ustawy wdrożeniowej. Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli).*

*Zastrzeżenia wniesione po upływie 14 dni od daty otrzymania informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.*

*Niewyrażenie stanowiska odnośnie ustaleń zawartych w ww. terminie jest równoznaczne z brakiem jej akceptacji.*

*W przypadku złożenia przez Beneficjenta zastrzeżeń do informacji pokontrolnej sporządzana zostaje ostateczna informacja pokontrolna, która zawiera stanowisko IZ RPO WSL, wobec której nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń zgodnie z art. 25 ust. 11 ustawy wdrożeniowej.*

Podpisy członków zespołu kontrolującego

**Michał Januchta – Inspektor w Referacie kontroli projektów**

**Mariola Orlik – Inspektor w Referacie kontroli projektów**

Zaakceptował:

**Piotr Ryza**

Kierownik Referatu Kontroli Projektów  
Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*

Zatwierdził:

**Monika Duda-Szmyd**

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*

