

DEFR-O-III.44.203.2021

**Ostateczna Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.03.04.02-02-0003/19**

1. Informacje ogólne.

1.1. Podstawa prawna kontroli:

- art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 45 ust.1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (Dz. U. z 2020 r., poz. 1668 ze zm.),
- art. 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 7 oraz pkt 8, art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 4, art. 23 ust. 4, art. 25 ust. 1 ustawy 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 ze zm.),
- § 18 umowy o dofinansowanie projektu.

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 działająca poprzez Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego – Departament Funduszy Europejskich.

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Wojciech Szturo – Kierownik zespołu kontrolującego,
Sebastian Bojar – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Gmina Wrocław.

Jednostka realizująca zamówienia: Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.03.04.02-02-0003/19 pn. „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II”.

1.7. Numer i data umowy:

RPDS.03.04.02-02-0003/19-00 z dnia 16.12.2019 r.

1.8. Typ kontroli:

Kontrola własna instytucji na dokumentach.

1.9. Tryb kontroli:

Kontrola problemowa/doraźna.

1.10. Rodzaj kontroli:

W trakcie realizacji projektu.

1.11. Data rozpoczęcia kontroli:

25.10.2021 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola w zakresie oceny prawidłowości zawarcia Aneksu nr 3 z dnia 15.06.2021r. do umowy nr ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r.

1.12.1. Zamówienie publiczne: „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II”.

Nr i data ogłoszenia z BZP: 638788-N-2019 z dnia 27.12.2019 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 8 306 957,01 zł/ 1 926 608,30 euro.

Część I: 2 456 690,91 zł.

Część II: 1 836 657,75 zł.

Część III: 1 346 295,52 zł.

Część IV: 862 312,83 zł.

(zakres ZDiUM 1 805 000,00 zł).

Wybrany wykonawca (w zakresie objętym kontrolą):

Część I

Rotomat Sp. z o.o. ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy:

ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r.

Aneks nr 1 z dnia 21.10.2020r.

Aneks nr 2 z dnia 13.03.2021r.

Aneks nr 3 z dnia 15.06.2021r.

Wartość zawartej umowy: 2 121 012,00 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne: „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II”. Umowa nr ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r.

Zamawiający realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP.

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 39 ustawy PZP.

Dokumentacja wskazanego powyżej postępowania o udzielenie zamówienia została poddana weryfikacji przez Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 [dalej IŻ RPO WD] a jej wyniki ujęto w Informacji pokontrolnej **DEFRO-III.44.158.2020** z dnia 21.10.2020 r. Ocena postępowania – bez zastrzeżeń.

W dniu 15.07.2021 r. Gmina Wrocław [dalej Zamawiający] przesłała Aneks nr 3 z dnia 15.06.2021 r. do Umowy nr **ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r. [zwanej dalej Umową]**, dotyczącej realizacji zadania pn. **„Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II”.**

W wyniku przeprowadzonej weryfikacji zapisów przekazanego Aneksu nr 3 z dnia 15.06.2021 r. [dalej Aneks nr 3] do umowy nr **ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r.**, [dalej Umowa] ustalono następujący stan faktyczny sprawy.

W związku z udokumentowanym wystąpieniem odmiennych warunków geologicznych w stosunku do dokumentacji przedłożonej w ramach postępowania przetargowego wystąpiła konieczność wykonania prac dodatkowych związanych z opracowaniem zamiennych rozwiązań projektowych wraz z uzyskaniem zmiany pozwolenia na budowę nr 4521/2020 z dnia 23.10.2020r. oraz na ich podstawie wykonanie robót budowlanych w zakresie odwodnienia inwestycji w stosunku do opracowanego w terminie umownym projektu budowlanego oraz uzyskania pozwolenia na budowę. W związku z powyższym na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień Publicznych wprowadzono zmianę zapisów § 9 ust. 1 Umowy tj. zwiększono wynagrodzenie Wykonawcy z kwoty 1 967 385,00 zł brutto na kwotę 2 121 012,00 zł brutto tj. o kwotę 153 627,00 zł brutto, co stanowi ok. 7,81% wartości zamówienia określonego pierwotnie w umowie nr ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r. Jest to pierwsza zmiana wysokości wynagrodzenia. Wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP i jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonego pierwotnie w umowie ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r.

Ponadto Zamawiający wprowadził zmianę **zapisów § 9 ust. 2 pkt b) Umowy w zakresie zasad rozliczania robót budowlanych**. Pierwotnie zapisy Umowy przewidywały płatność wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych

po odbiorze końcowym (w § 9 ust. 2 pkt b) Umowy). Zapisami Aneksu nr 3 zmieniono zasady rozliczeń w zakresie robót budowlanych zmieniając odpowiednio zapisy § 9 ust. 2 pkt b Umowy i nadając im brzmienie (cyt.):

„b) wynagrodzenie określone w ust 1 pkt b) za wykonanie robót budowlanych rozliczone zostanie fakturami częściowymi i fakturą końcową. Wykonawca może wystawić faktury nie częściej niż raz w miesiącu, przy czym suma płatności częściowych nie może przekroczyć 90% ceny brutto określonej w ust. 1 pkt b) .Pozostała kwota tego wynagrodzenia 10% zostanie zapłacona na podstawie faktury końcowej wystawionej po odbiorze końcowym”.

W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy wskazać także należy, iż Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym integralną część SIWZ (część II) w § 16 ust 2 pkt I zawarł następujące zapisy (cyt.): *„W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w pkt 1.1 – 1.4, termin może ulec odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności, o ile te okoliczności pozostają w bezpośrednim związku przyczynowo - skutkowym z wydłużeniem czasu realizacji, mającym bezpośredni wpływ na możliwość zachowania wyznaczonych terminów. Zaistnienie powyższych okoliczności może być podstawą do przedłużeniu terminów realizacji określonych w umowie. Przewidziane w niniejszych zapisach przedłużenie terminów realizacji może być powiązane z podwyższeniem wynagrodzenia. Ponadto w sytuacji wprowadzenia zmian w zakresie terminu realizacji oraz jako konsekwencja ich wprowadzenia Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian dotyczących sposobu rozliczenia niniejszej umowy, o ile taka zmiana będzie korzystna dla Zamawiającego”.*

Zawartym dnia 23.04.2021r. Aneksem nr 2 wprowadzono zmianę zapisów § 3 ust.1 Umowy tj. zmianę w zakresie terminu realizacji umowy wydłużając termin jej realizacji z 11 miesięcy od daty podpisania umowy (tj. z dnia 13.03.2021 r.) do dnia 15.09.2021 r. W toku prowadzonej analizy w zakresie prawidłowości zawarcia Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3 do Umowy Zamawiający pismem z dnia 31.08.2021r. wyjaśnił, iż zmiana sposobu rozliczenia wynagrodzenia wprowadzona zapisami Aneksu nr 3 jest ściśle powiązana ze zmianą terminową wprowadzoną zapisami Aneksu nr 2. Tym samym według Zamawiającego zaszyły przesłanki o których mowa w cytowanym powyżej § 16 ust 2 pkt I wzoru umowy, gdyż Wykonawca, na skutek zmiany sposobu rozliczenia nie wystąpił z roszczeniem związanym z przedłużeniem czasu na ukończenie zadania.

Dokonując oceny wskazanego powyżej stanu faktycznego w zakresie wprowadzonej zmiany zasad rozliczania robót budowlanych na wstępie wskazać należy, że na podstawie zapisów art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy z 11.09.2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 (tj. ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych) zawartych przed dniem 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Tym samym w rozpatrywanej sprawie zastosowanie winny znaleźć zapisy wskazanej powyżej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.) [zwanej dalej ustawą PZP].

Przechodząc do oceny dokonanej zmiany zapisów Umowy w pierwszej kolejności podkreślić należy, że zapewnienie w trakcie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poszanowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP) stanowi fundamentalną zasadę całego systemu zamówień publicznych. O doniosłości zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji świadczy fakt wyodrębnienia w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Rozdziału 2 zatytułowanego „Zasady udzielania zamówień”. *„Wyodrębnienie w akcie prawnym niektórych przepisów i nadanie im rangi zasad pozwala na przypisanie tym przepisom szczególnej roli do spełnienia. Ta rola to przede wszystkim wskazówka interpretacyjna. W razie wątpliwości każdy przepis ustawy powinien być interpretowany zgodnie z zasadami właściwymi dla danej ustawy”¹.* Warto przy tym wskazać, iż powyższy pogląd w doktrynie jest wyraźnie zaznaczony. *„Rozdział 2 działu I wskazuje zasady udzielania zamówień, tj. generalne reguły, mające szeroki zasięg oddziaływania i przenikające całe postępowanie o udzielenie zamówienia, bez względu na rodzaj zamówienia, tryb jego udzielania czy stosowanie przepisów szczególnych. W przypadku wątpliwości co do interpretacji poszczególnych przepisów prawa zamówień publicznych należy się odnosić do zasad udzielania zamówień jako elementów konstrukcyjnych postępowania”. I dalej: „Znaczenie normatywne zasad określonych w komentowanym rozdziale sprowadza się do tego, że ustawa wyraźnie wskazuje na podstawowy charakter reguł zamieszczonych w art. 7-10. Nadanie tym przepisom takiego znaczenia wywiera skutki w praktyce stosowania szczegółowych*

1. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie 12, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 80.

regulacji z zakresu zamówień publicznych. Naruszenie zasady prowadzi do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia”².

Normy zawarte w art. 7 ust. 1 ustawy PZP kierowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzule generalne adresowane do zachowań przewidzianych w przepisach Prawa zamówień publicznych. Stanowią one także podstawę oceny przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady przejrzystości.

Odzwierciedleniem wskazanych powyżej zasad w zakresie możliwości dokonywania zmian postanowień zawartej umowy są regulacje art. 144 ustawy PZP. Zgodnie ze wskazanym przepisem zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 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;
- 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:
 - a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,
 - b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,
 - c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
- 3) 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;
- 4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:
 - a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,
 - b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,
 - c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;
- 5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;
- 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 zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż umowa w zamówieniach publicznych, co do zasady nie może być zmieniana. Jest ona bowiem efektem określonych procedur, w wyniku których wybrano najkorzystniejszą ofertę. Mając na uwadze wskazany powyżej art. 144 ustawy PZP należy stwierdzić, iż Ustawodawca w ramach generalnej zasady niezmienności umów o zamówienie publiczne przewidział wyjątki od tej zasady przy spełnieniu określonych przesłanek. Dotyczą one zmian przewidzianych w dokumentacji przetargowej, zmian związanych z wystąpieniem zamówień dodatkowych, zmian niemożliwych do przewidzenia, zmian podmiotowych oraz zmian nieistotnych.

Analizy pod kątem prawnej możliwości dokonanej przez Zamawiającego, zapisami § 2 ust. 1 Aneksu nr 3 z dnia 15.06.2021r. zmiany zapisów zawartej Umowy w zakresie rozliczania robót budowlanych należy dokonać przez pryzmat zapisów art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz ewentualnie zapisów art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 144 ust. 1e ustawy PZP.

Przechodząc do pierwszej z przesłanek umożliwiających dokonanie zmian w zapisach umowy tj. zmian przewidzianych w pierwotnej umowie zamówienia publicznego (art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP), w pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie z zapisami art. 144. ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zmiany mogą być wprowadzone o ile 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 i terminów wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia tych zmian.

2. S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, LexisNexis 2013, Wydanie 3.

Jak bowiem wskazuje doktryna (cyt.): „Pierwsza z podstaw zmiany umowy uregulowana na gruncie art. 144 ust. 1 to takie zmiany umowy, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ (art. 144 ust. 1 pkt 1). W tym zakresie Prawo zamówień publicznych implementuje do prawa polskiego postanowienia art. 79 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/25/UE które wyrażają normę prawną, w myśl której zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny lub opcje. W dalszej części przywołane przepisy dyrektyw zastrzegają, że tego rodzaju klauzule muszą podawać zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować, a zarazem nie mogą przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. Wprowadzenie możliwości dokonywania tego rodzaju zmian umów uzasadniają motyw (111) preambuły do dyrektywy 2014/24/UE oraz motyw (117) preambuły do dyrektywy 2014/25/UE, stanowiąc, że: „Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...)”.

I dalej (cyt.): „Uprawnienie do dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 wymaga skonstruowania odpowiedniego postanowienia umownego lub zapisu w ogłoszeniu o zamówieniu. De iure podstawą zmiany umowy jest zatem odpowiednio dokonana czynność prawna zamawiającego, art. 144 ust. 1 pkt 1 wyznacza zaś treść takiej czynności prawnej, tak aby lege artis skutecznie mogła ona stać się podstawą zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omawiany przepis uzależnia możliwość dokonania zmiany umowy od spełnienia następujących przesłanek:

1) przyszłe zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasady wprowadzania zmian umowy muszą zostać przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konieczność zamieszczenia informacji w tej sprawie w tych właśnie dokumentach wynika z faktu, iż gwarantują one dostępność informacji w sprawie przyszłych zasad dokonywania ewentualnych zmian umowy dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Reguły wedle których będzie modyfikowana umowa stanowią ważną informację, dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i każdy z potencjalnie zainteresowanych powinien mieć taki sam dostęp do wiedzy w tym zakresie. Sposób zredagowania art. 144 ust. 1 pkt 1 nie pozostawia wątpliwości, iż stosowne postanowienia ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia muszą zawierać kompletne postanowienia w sprawie zmiany umowy. Wskazuje na to jednoznacznie część przepisu mówiąca o zmianach przewidzianych w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.³

Powyższe potwierdza także stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych udostępnione na stronie www.uzp.gov.pl zgodnie z którym (cyt.): „Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności).”⁴

Dodatkowo w przywołanej opinii UZP zalecono, aby umowa określała konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu

3 Wł. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak., Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz, Wydanie 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 1177 i następne.

4 Zob. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego>

prac (np. przedstawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokość czy sposobu dokonywania płatności).

Wskazane powyżej poglądy dotyczące sposobu uregulowania w dokumentacji przetargowej przewidywanych zmian umowy są w doktrynie ugruntowane. I tak np. (cyt.):

„Ustawodawca wprost nakazał w przypadku przewidywania okoliczności zmian umowy, aby:

- 1) zapisy do nich się odnoszące miały charakter jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień*
- 2) zapisy określały charakter, a przede wszystkim zakres możliwych zmian, jak również warunki (zasady) na jakich można je wprowadzić w szczególności dotyczy to ustalenia mechanizmu zmiany wynagrodzenia i terminu wykonania umowy.”⁵*

I dalej (cyt.): *Dopuszczalność zastrzeżenia klauzuli renegotjacyjnej lub automatycznego dostosowania umowy do zmieniających się warunków rynkowych, zwłaszcza klauzuli zmiany wysokości ustalonego wynagrodzenia w obrocie powszechnym wynika bezpośrednio ze swobody kontraktowej. Pewne ograniczenie tej swobody wprowadza jednak art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, wyznaczając szczególne uwarunkowania dla tego rodzaju zastrzeżenia umownego. Wymaga on mianowicie, aby zmiany zostały przewidziane z góry w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres (przedmiot), w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Uchybienie powyższym wymaganiom spowoduje bezskuteczność zastrzeżonej odmiennie klauzuli, a w dalszej perspektywie uzasadni możliwość ewentualnego unieważnienia bezprawnej zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 2 Pzp. Poza warunkami niezbędnej korekty ceny (wynagrodzenia) uzasadnionej wzrostem popytu, inflacją lub innym zjawiskiem rynkowym – przedmiotem klauzul renegotjacyjnych może być modyfikacja ustalonego rozkładu ryzyka kontraktowego (np. objęcie skutków określonego zdarzenia losowego finansowaniem zamawiającego) albo zmiana parametrów lub innych właściwości zamówionego urządzenia (dzieła) celem dostosowania ich do oczekiwanego wzrostu postępu technicznego lub innych spodziewanych okoliczności.”⁶*

Uwzględniając zapisy art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz mając na uwadze wskazane powyżej stanowisko doktryny po pierwsze należy zauważyć, iż w rozpatrywanej sprawie Zamawiający nie uczynił zadość wymogom wskazanego przepisu prawa. O ile bowiem Zamawiający przewidując możliwość dokonania zmian w zakresie sposobu rozliczenia powiązał wprost ich wprowadzenia z koniecznością zmiany terminu realizacji umowy (które to okoliczności w sposób szczegółowy opisał), to jednak uzależnił możliwość jej wprowadzenia od zaistnienia kolejnego warunku tj. zmiana taka ma być (cyt.): *„korzystna dla Zamawiającego”*. Nie może budzić sporu, iż Zamawiający nie dookreślił w dokumentacji prowadzonego postępowania jakie okoliczności zostaną uznane przez Niego za korzystne. Tym samym nie można ocenić wskazanego zapisu w kategorii jasnego, precyzyjnego i jednoznacznego postanowienia na podstawie którego, w wyniku zaistnienia ściśle określonych i opisanych okoliczności, zostaną wprowadzone zmiany zapisów zawartej Umowy. Tym samym to ocenie Zamawiającego pozostawiono czy ewentualna zmiana w zakresie zmiany zasad rozliczenia będzie dla Niego korzystana czy też nie. W tym miejscu należy podkreślić, iż ze względu na możliwość ewentualnego zakłócenia konkurencji oraz uprzywilejowanie Kontrahenta Zamawiającego w stosunku do innych potencjalnych kontrahentów występujących na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia możliwość dokonania zmiany w zakresie tak istotnym jak zasady rozliczenia nie może być pozostawiona uznaniowości Zamawiającego. Na gruncie wskazanych powyżej zapisów § 16 ust 2 pkt I wzoru umowy stanowiącego integralną część SIWZ (część II) to do Zamawiającego należała ocena co do ewentualnych korzyści po jego stronie w przypadku wprowadzenia zmian w omawianym zakresie. Mając na uwadze powyższe, posiłkując się przedstawionym powyżej stanowiskiem doktryny, nie sposób uznać iż w warunkach rozpatrywanej sprawy zmiany zapisów § 9 ust. 2 pkt b) Umowy wprowadzonej zapisami § 2 Aneksu nr 3 z dnia 15.05.2021r. dokonano w oparciu dyspozycję art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Na marginesie tylko wskazać należy, iż podniesiona przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31.08.2021r. argumentacja wskazująca ogólnikowo, że zmiana sposobu rozliczenia była konieczna i zasadna z punktu widzenia gospodarności prowadzonego przedsięwzięcia i była korzystna dla Zamawiającego ponieważ wskutek zmiany zasad rozliczenia Wykonawca nie wystąpił z roszczeniem związanym z przedłużeniem czasu na ukończenie zadania także nie może się ostać. Z przedłożonych przez Zamawiającego dokumentów do Aneksu nr 3 tj. wystąpienia Wykonawcy z dnia 23.03.2021r. nie wynika, iż w związku z poszerzeniem zakresu robót Wykonawca wystąpił o zmianę formy płatności. W uzasadnieniu zawarcia Aneksu nr 3 nie uwzględniono zmiany formy płatności. Ponadto jak wskazywano

5 I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Wolters Kluwer Warszawa 2017, s. 1144.

6 R. Szostak, Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2018, s. 200 i następane.

powyżej w treści Informacji pokontrolnej umowa w zamówieniach publicznych, co do zasady nie może być zmieniana. Jest ona bowiem efektem określonych procedur, w wyniku których wybrano najkorzystniejszą ofertę. Wskazana zasada dotyczy także potencjalnych wykonawców, którzy w oparciu o dokumentację zamówienia konstruują swoje oferty uwzględniając wszelkie ryzyka i okoliczności związane z realizacją przedmiotu zamówienia a ewentualne roszczenia w zakresie zmian zawartych kontraktów należy rozpatrywać przez pryzmat przywoływanego wielokrotnie art. 144 ustawy PZP.

Reasumując w okolicznościach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy nie zaistniały przesłanki zmiany umowy o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Przechodząc do drugiej ze wskazanych powyżej podstaw prawnych umożliwiających ewentualną zmianę zapisów Umowy tj. art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w pierwszej kolejności podkreślić należy, że jak wskazuje doktryna (cyt.): „*Ustawa nie zawiera definicji istotnej zmiany, wprowadza jednak w ust. 1e komentowanego przepisu [art. 144 ustawy PZP – przypis kontrolujących] definicję zmiany istotnej niedopuszczalnej na gruncie tej ustawy. A contrario zmiana, która nie ma charakteru tam opisanego, zawsze jest dopuszczalna*”.

W myśl postanowień przywołanego art. 144 ust. 1e ustawy PZP zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu bądź też
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
 - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
 - c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
 - d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględnić konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma przy tym fakt, że potencjalna wiedza o wprowadzeniu zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Ze względu bowiem na konieczność zapewnienia przejrzystości procedur oraz równego traktowania oferentów zmiany zamówienia w czasie jego trwania, które charakteryzują się 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 należy traktować jako zmiany istotne dla danego zamówienia. Do takich zmian bez wątpienia należy modyfikacja równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy w sposób który nie był przewidywany w pierwotnych postanowieniach przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Ustawa PZP bezsprzecznie zabrania wprowadzania zmian, które modyfikowałyby na korzyść wykonawcy pierwotne ryzyka ekonomiczne związane z realizacją umowy. Opisany zakaz jest zależny od postanowień kontraktowych regulujących sposób wykonania zamówienia, otrzymywania zapłat itp. Omawiany przepis art. 144 ust. 1e ustawy PZP stoi tym samym na przeszkodzie wprowadzania zmian skracających ustalone pierwotnie terminy zapłaty czy też zmiany zasad ich otrzymywania na korzyść wykonawcy. Zmiana zasad wypłaty wynagrodzenia powinna być bowiem uznana za istotną jeżeli może korzystnie wpłynąć na kondycję finansową wykonawcy co w warunkach tej sprawy bezsprzecznie miało miejsce.

O istotności zmiany decyduje zatem jej wpływ na warunki konkurencji w danym postępowaniu, na co zwrócił uwagę Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 16 października 2015 r. (VIII SA/Wa 210/15). Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadzone przez nią warunki – gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielenia zamówienia – umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została wybrana (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-337/98).

Dokonując analizy tego konkretnego przypadku nie sposób także z całą stanowczością stwierdzić, że omawiana modyfikacja nie wpłynęłaby na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z zapisami Umowy rozliczenie w zakresie robót budowlanych winno nastąpić jedynie na podstawie faktury końcowej a możliwość dokonania zmian formy płatności mogła być dokonana o ile Zamawiający uznałby to za korzystne. Tym samym każdy racjonalny wykonawca rozważający udział w prowadzonym postępowaniu pod kątem np. posiadanych możliwości finansowych musiał brać pod uwagę wskazane zapisy Umowy związane zarówno z ustalonymi zasadami rozliczania z uwzględnieniem technologicznych potrzeb inwestycji jak i wszelkimi ryzykami związanymi z realizacją umowy w tym np. ryzykiem przedłużenia terminu jej realizacji.

Biorąc zatem pod uwagę wszystkie wskazane powyżej okoliczności faktyczne i prawne należy stwierdzić, iż w warunkach tej konkretnej sprawy w związku z dokonaną zapisami § 2 Aneksu nr 3 z dnia 15.06.2021r. zmianą zapisów § 9 ust. 2 pkt b Umowy nr ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r. **doszło do naruszenia zapisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.**

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

Wojciech Szturo
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 7 lutego 2022 r.

Sebastian Bojar
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 7 lutego 2022 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem przez Zamawiającego w dniu 09.12.2021 r., Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 25.11.2021 r. oraz uzupełnienia do Zastrzeżeń z dnia 20.12.2021 r. [dalej Zastrzeżenia] ponownie przeanalizowano materiał dowodowy w sprawie nie znajdując podstaw do zmiany ustaleń pokontrolnych zawartych w zapisach Informacji pokontrolnej.

Przechodząc do szczegółowej analizy przedstawionej przez Zamawiającego w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji mającej potwierdzić, zdaniem Zamawiającego, zgodność z przepisami dokonanej zmiany sposobu rozliczenia wynagrodzenia Wykonawcy za roboty budowlane polegającej na wprowadzeniu płatności częściowych w miejsce jednej płatności po dokonanych odbiorze końcowym, raz jeszcze podkreślić należy, że swoboda zmiany umowy o zamówienie publiczne np. w drodze ustalonego przez strony umowy consensusu została wyłączona ustawowo, nie tylko z uwagi na potrzebę zaostreżenia wymogu realnego wykonania zobowiązania, lecz także ze względu na nadrzędne zasady równości, uczciwej konkurencji i przejrzystości, obowiązujące przy udzielaniu zamówień publicznych. Warunki umowy finalnej stanowią bowiem podstawowy element szerzej pojętych warunków zamówienia, które wykonawca ubiegający się o zamówienie uwzględnia przy ocenie ryzyka transakcyjnego. Rzutują one zatem bezpośrednio na stopień zainteresowania zamówieniem, a także na treść propozycji ofertowych. Powinny więc być stabilne. Ostatecznie ukształtowane warunki umowy finalnej stanowią wynik przetargu albo innej procedury ofertowo-porównawczej. Ich późniejsza zmiana może prowadzić do obejścia tego wyniku ze szkodą dla fundamentalnych zasad postępowania, jeśli z góry stworzy się możliwość uprzywilejowania indywidualnego konkurenta, dostępną informacyjnie już w fazie składania ofert. Każdy zatem konkurent, który

może realnie liczyć na dogodną korektę umowy po jej zawarciu, uzyskuje niedozwoloną przewagę nad pozostałymi, nie wspominając o naruszeniu wymogu przejrzystości postępowania łączącego się z jego przewidywalnością.⁷

Treść umów w sprawie zamówienia publicznego nie może być więc swobodnie zmieniana przez strony. Zostaje ona bowiem zawarta przez działającego w interesie publicznym zamawiającego z wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy PZP (art. 7 ust. 3 ustawy PZP), po przeprowadzeniu sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia (art. 2 pkt 7a w związku z art. 10 ustawy PZP), którym rządzą zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy PZP). Zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego muszą być zatem poddane stosownym ograniczeniom. Ograniczenia te zostały szeroko omówione powyżej w treści Informacji pokontrolnej.

Przy każdej zmianie warunków realizacji umowy (w tym także ustalonych pierwotnie zasad odbiorów i rozliczeń pomiędzy stronami umowy) Zamawiający powinien każdorazowo rozważyć co zrobiliby potencjalni wykonawcy, gdyby na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia uzyskali konkretne informacje o zasadach dokonania zmian zapisów umowy lub też czy w wyniku wprowadzanych zmian w postępowaniu o udzielenie zamówienia ten krąg zainteresowanych wykonawców potencjalnie mógłby być inny. W sytuacji w której każdy z potencjalnych wykonawców zachowałby się tak samo ze względu na jasne i przejrzyste zapisy dokumentacji przetargowej regulujące zasady wprowadzania zmian lub jeżeli krąg potencjalny wykonawców, ze względu na nieistotny zakres wprowadzanych korekt zapisów umowy nie uległby zmianie, nie można było wykazać naruszenia w zakresie wskazanych powyżej ograniczeń dotyczących możliwości dokonywania zmian zapisów zawartej umowy.

Dokonując analizy tej konkretnej sprawy z punktu widzenia oceny wprowadzonych zmian oraz ich ewentualnego wpływu na wynik postępowania raz jeszcze wskazać należy na stan faktyczny rozpatrywanej sprawy w zakresie będącym przedmiotem sporu, a w szczególności na zapisy wzoru umowy w omawianym zakresie.

Zamawiający we wzorze umowy stanowiącym integralną część SIWZ (część II) w § 16 ust 2 pkt I zawarł następujące zapisy (cyt.): „W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w pkt 1.1 – 1.4, termin może ulec odpowiedniemu przedłużeniu, o czas niezbędny do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności, o ile te okoliczności pozostają w bezpośrednim związku przyczynowo - skutkowym z wydłużeniem czasu realizacji, mającym bezpośredni wpływ na możliwość zachowania wyznaczonych terminów. Zaistnienie powyższych okoliczności może być podstawą do przedłużeniu terminów realizacji określonych w umowie. Przewidziane w niniejszych zapisach przedłużenie terminów realizacji może [podkreślenie kontrolujących] być powiązane z podwyższeniem wynagrodzenia. Ponadto w sytuacji wprowadzenia zmian w zakresie terminu realizacji oraz jako konsekwencja ich wprowadzenia Zamawiający dopuszcza możliwość [podkreślenie kontrolujących] wprowadzenia zmian dotyczących sposobu rozliczenia niniejszej umowy, o ile taka zmiana będzie korzystna dla Zamawiającego” [podkreślenie kontrolujących].

Zamawiający wprowadził zmianę zapisów § 9 ust. 2 pkt b) Umowy w zakresie zasad rozliczania robót budowlanych. Pierwotnie zapisy Umowy przewidywały płatność wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych po odbiorze końcowym (w § 9 ust. 2 pkt b) Umowy). Zapisami Aneksu nr 3 zmieniono zasady rozliczeń w zakresie robót budowlanych zmieniając odpowiednio zapisy § 9 ust. 2 pkt b Umowy i nadając im brzmienie (cyt.):

„b) wynagrodzenie określone w ust 1 pkt b) za wykonanie robót budowlanych rozliczone zostanie fakturami częściowymi i fakturą końcową. Wykonawca może wystawić faktury nie częściej niż raz w miesiącu, przy czym suma płatności częściowych nie może przekroczyć 90% ceny brutto określonej w ust. 1 pkt b) .Pozostała kwota tego wynagrodzenia 10% zostanie zapłacona na podstawie faktury końcowej wystawionej po odbiorze końcowym”.

Argumentując wprowadzoną zmianę Zamawiający przywołał w złożonych Zastrzeżeniach bezsporny fakt, iż pierwotnie termin realizacji Umowy wynosił 11 miesięcy od daty jej podpisania a w wyniku zaistniałych okoliczności faktycznych zawarto Aneks nr 2 z dnia 23.04.2021r. wydłużający termin realizacji Umowy do ponad 17 miesięcy od daty jej podpisania. Na tej podstawie Zamawiający odwołał się do zapisów art. 143a ust. 1 ustawy PZP, które Jego zdaniem usankcjonowały wprowadzoną zmianę zasad rozliczania polegającą na wprowadzeniu płatności przejściowych a to ze względu na fakt, że w przypadku gdy termin umowy przekracza 12 miesięcy wprowadzony został obowiązek przewidzenia w umowie płatności częściowych albo udzielanie zaliczek wykonawcy robót budowlanych. Tym samym wg Zamawiającego oznacza to jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania. A zatem w takim przypadku nie może być mowy o naruszeniu zasad udzielania zamówień w tym naruszenia zapisów art. 7 ust.1 ustawy PZP.

7. Tak też R. Szostak, Umowy o zamówienia publiczne w zarysie. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018, s. 195.

Na potwierdzenie zaprezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał fragment opinii UZP do art. 144 ust. 1 dotyczącej zmian do umowy wskazującej, iż ze względu na fakt że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest nabycie przez instytucję zamawiającą określonego świadczenia będącego efektem realizacji zawartej umowy, instytucja zamawiająca powinna formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób by uwzględniać otoczenie społeczno-gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia.

Odnosząc się do tej części Zastrzeżeń wskazać należy, że zgodnie z zapisami przywoływanego art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach - warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143c ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych.

Natomiast na podstawie zapisów art. 143a ust. 1 pkt 2 ustawy PZP w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych - zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 143c ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

Generalnym celem przepisów art. 143a-e ustawy PZP jest zabezpieczenie płynności finansowej wykonawcy i bieżącego regulowania przez wykonawcę zobowiązań podwykonawców robót budowlanych i częściowo dostaw oraz usług. W tym kontekście niewątpliwie umowa (projekt umowy) zawierana na okres przekraczający 12 miesięcy powinna zawierać odpowiednie postanowienia, o których mowa w zapisach art. 143a ustawy PZP. Co jednak szczególnie istotne art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy PZP dotyczy zasad płatności, gdy umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach. Natomiast zapisy art. 143a ust. 1 pkt 2 ustawy PZP nakładają obowiązek przewidzenia przez zamawiającego udzielania zaliczek jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia po wykonaniu całości robót budowlanych. Żaden ze wskazanych przepisów nie stanowi natomiast obligatoryjnej podstawy dokonania zmian w już zwartych umowach w sytuacji, gdy pierwotny termin wykonania zamówienia był krótszy niż 12 miesięcy a po dokonaniu zmian zapisów zawartego kontraktu termin ten uległ zmianie i przekroczył 12 miesięcy.

W zakresie przytoczonego w Zastrzeżeniach fragmentu opinii UZP na potwierdzenie zasadności zaprezentowanej argumentacji stwierdzić należy, iż stanowi on fragment większej całości dotyczącej zasad dopuszczalność wprowadzenia zmiany do umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dostępnej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych⁸ i został wyrwany z kontekstu w celu potwierdzenia argumentacji co do zasady sprzecznej z treścią z której został zapożyczony. Zgodnie bowiem z fragmentem wskazanej opinii (cyt.): „*Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do umowy, polegających na waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, w oparciu o klauzulę kontraktowe. W świetle tego przepisu treść umowy w sprawie zamówienia publicznego może zostać zmieniona w oparciu o jednoznaczne postanowienia przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określające zakres ewentualnych modyfikacji, ich charakter oraz sposób realizacji zmian. Warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te zasadniczo już na etapie, w którym potencjalni oferenci decydują o udziale w postępowaniu, a także w toku realizacji zamówienia, ograniczą i zminimalizują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z tych podmiotów 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.*

Dyspozycja art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala zatem instytucji zamawiającej już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na zabezpieczenie prawidłowego toku realizacji zamówienia, poprzez wprowadzenie klauzul kontraktowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia

8. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-o-udzielenie-zamowienia-publicznego>

publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych. **Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez instytucję zamawiającą określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej) będącej efektem realizacji zawartej umowy, instytucje zamawiające powinny formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia** [podkreślenie kontrolujących]. Dlatego też, w zakresie w jakim instytucja zamawiająca 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 - celowym jest by takie zapisy stanowiły element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż tylko takie działanie na gruncie obecnie obowiązujących przepisów daje zasadniczo możliwość, dokonywania zmian o charakterze istotnym bez konieczności spełniania dodatkowych warunków. Klauzule kontraktowe pozwalające na efektywne dostosowywanie sposobu i warunków realizacji umów do zmieniających się warunków zewnętrznych znajdują swoje uzasadnienie również w zasadach celowości, racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych. Ograniczają one bowiem ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę, iż polski ustawodawca w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako szczególny element umowy o wykonanie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom w oparciu o klauzule umowne wskazał wprost możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, iż zamawiający, znając uwarunkowania (w tym okres) realizacji zamówienia oraz czynniki jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także mechanizmy funkcjonowania rynku, w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. Przykładowo, klauzule dostosowawcze w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w zakresie w jakim jest to możliwe do przewidzenia, powinny niwelować negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej zawartej umowy.

Należy również podkreślić, iż przepisy ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. W obecnym stanie prawnym, stosownie do treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, każda instytucja zamawiająca przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązana jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, określonych treścią przywołanego przepisu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego”.

Uwzględniając powyższe, w kontekście argumentacji Zamawiającego wskazać należy, że jednoznacznym warunkiem wprowadzenia zmiany dokonanej przez Zamawiającego byłoby wskazanie, że zmiana struktury płatności, odpowiednio do wymagań art. 143a ustawy PZP zostanie wprowadzona w przypadku przedłużenia terminu wykonania zamówienia powyżej 12 miesięcy. Jak bowiem już podkreślano przepis art. 143a ustawy PZP nie wprowadza automatyzmu w zakresie zmian struktury płatności, co więcej – nakładając obowiązek płatności częściowych lub zaliczkowania – nie precyzuje pozostałych parametrów struktury płatności. W kontekście zatem postulatu jednoznaczności postanowień o zmianie struktury wynagrodzenia wydaje się zatem oczywiste, że Zamawiający powinien mechanizm zmiany struktury płatności w tym ilości części, w których będzie uiszczane wynagrodzenie przewidzieć.

Zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja wskazuje na ewentualny zamiar zmiany struktury płatności wynagrodzenia z uwzględnieniem uwarunkowań wynikających z przyczyn zmiany terminu wykonania zamówienia. Konstrukcja taka nie wypełnia jednak wszystkich wymagań art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, w szczególności jej powiązania z bliżej niedookreśloną korzyścią dla Zamawiającego. Wydaje się bowiem logiczne, iż zmiana struktury płatności wynikająca ze zmiany terminu realizacji zamówienia winna być w takim przypadku jednoznacznie dookreślona w taki sposób, aby zamawiający nie dysponował swobodą decyzyjną w tym zakresie a każdy potencjalny wykonawca w przypadku zmiany terminu realizacji zamówienia miał zapewnioną zmianę w zakresie zasad płatności na takich samych warunkach.

Zamawiający w obszernym fragmencie złożonych Zastrzeżeń powołał się także na zapisy ustawy PZP z dnia 20 listopada 2007 r. (tj. Dz.U.nr 223 poz. 1655), komentarz z 2007 r. (Legalis: art.144 PZP Wicik 2007, wyd. 7), czy też odpowiedź prezesa UZP na interpelację posła na Sejm RP Waldemara Szadnego z 2006 r.

Odnosząc się do tej części Zastrzeżeń wskazać jedynie należy, iż cała zawarta w tej części argumentacja opierająca się na wskazanych powyżej źródłach dotyczy regulacji w zakresie zmian zawartej umowy obowiązujących w stanie prawnym przed rokiem 2008 oraz nieobowiązujących zarówno w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II” jak i w czasie zawierania Aneksów do Umowy. Uwzględniając zatem brzmienie zapisów art. 144 ust. 1 ustawy PZP obowiązujące w przywołanych źródłach zawarta w nich i przywołana w złożonych Zastrzeżeniach argumentacja nie może stanowić podstawy zmiany zawartych w Informacji pokontrolnej ustaleń. Jest ona bowiem w warunkach faktycznych i prawnych rozpatrywanej sprawy bezprzedmiotowa.

Odnosząc się do podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji dotyczącej realizacji przez Zamawiającego głównego celu jakim było prawidłowe wykonanie świadczeń określonych w Umowie przy jednoczesnej dbałości i przejrzystości w wydatkowaniu środków publicznych, co w ocenie Zamawiającego uzasadniało wprowadzane zmiany, w tym zmiany w zakresie zmiany zasad rozliczeń, wskazać należy co następuje.

W umowie ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13 marca 2020 r. wskazano następujące terminy wykonania zamówienia:

- wykonanie prac projektowych z uzyskaniem pozwolenia na budowę – 6 miesięcy od podpisania umowy,
- 10 miesięcy od podpisania umowy – wykonanie robót budowlanych,
- 11 miesięcy od podpisania umowy – uzyskanie decyzji o dopuszczeniu do użytkowania.

W konsekwencji 13 września 2020 r. upłynąłby termin wykonania prac projektowych wraz uzyskaniem pozwolenia na budowę. Odpowiednio 13 stycznia 2021 r. upłynąłby (podstawowy) termin wykonania robót budowlanych a 13 lutego 2021 r. upłynąłby termin wykonania całego przedmiotu zamówienia.

Aneksem nr 1 z dnia 23.10.2020 zmieniono termin wykonania zamówienia etapu I (prac projektowych) na 23.11.2020 powołując się na trudności związane z COVID. W tym zakresie można przyjąć – mając wiedzę powszechną dotyczącą sposobu funkcjonowania organów administracji w okresie lockdownu, że wystąpiły okoliczności uzasadniające przedłużenie terminu. Przeszkody występujące w pierwszym okresie pandemii stanowią bowiem okoliczność notoryjną. Strony wyznaczyły termin wykonania umowy na dzień 23.04.2021, a zatem proporcjonalnie do założonych wcześniej 5 miesięcy na wykonanie robót budowlanych i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Następnie Aneksem nr 2 z dnia 23 kwietnia 2021 r. wydłużono okres realizacji zamówienia o kolejne 5 miesięcy, a zatem o 100% zakładanego pierwotnie zapisami Umowy czasu przewidzianego na wykonanie robót budowlanych i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (dopuszczenia do użytkowania). W konsekwencji sam etap wykonywania robót został wydłużony w stosunku do założeń pierwotnych o dodatkowe 4 miesiące, co mając na uwadze strukturę terminową realizacji kontraktu przyjętą pierwotnie stanowi istotną dysproporcję (100%). W oparciu o przesłankę warunków gruntowych Zamawiający de facto zgodził się na rozpoczęcie biegu terminu przewidzianego dla etapu wykonania robót od początku.

W uzasadnieniu Aneksu nie poddano analizie kwestii długości terminu niezbędnego dla wprowadzenia zmian. Zamawiający nie poddał też ocenie odpowiedzialności Wykonawcy jako autora dokumentacji projektowej za zweryfikowanie warunków gruntowych na etapie projektowania. Nie budzi bowiem wątpliwości, że założenia wynikające z danych podanych w PFU winny zostać przez profesjonalistę zweryfikowane już na tym etapie realizacji zamówienia. Sam fakt wystąpienia odmiennych od założonych przez Zamawiającego warunków gruntowych zgłoszonych Zamawiającemu dnia 1 marca 2021 r., a zatem w momencie kiedy Wykonawca powinien już kończyć wykonywanie robót, aby do dnia 23 kwietnia 2021 r. możliwe było dopuszczenie do użytkowania obiektu – może budzić wątpliwości z punktu widzenia należytej staranności Wykonawcy, który do wykonywania robót powinien przystąpić niezwłocznie po uzyskaniu pozwolenia na budowę, co nastąpiło w listopadzie 2020 r. Nie budzi wątpliwości, że warunki gruntowe są elementem weryfikowanym w sposób oczywisty na początku wykonywania robót budowlanych. Zamawiający nie poddał analizie przyczyn, dla których warunki gruntowe zostały zweryfikowane dopiero w lutym 2021 r., co więcej wyraził zgodę na przedłużenie terminu wykonania zamówienia o pełen okres przewidziany pierwotnie jako czas wykonania robót i wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Powyższe budzi poważne wątpliwości w kontekście prawidłowości zastosowania przesłanki przedłużenia terminu wykonania zamówienia, jak zmiany struktury płatności.

Z punktu przejrzystości postępowania Wykonawca uzyskał dodatkowy czas na wykonanie zamówienia, którego długość nie została zweryfikowana w kontekście przesłanki zmiany. Samo wystąpienie niekorzystnych warunków gruntowych nie przesądza o konieczności przedłużenia terminu o cały okres przewidziany na wykonywanie robót.

Tym samym może budzić wątpliwości prawidłowość zastosowania przesłanek zmiany Umowy już w zakresie przedłużenia terminu w takim rozmiarze w jakim miało to miejsce w warunkach rozpatrywanej sprawy. Nie budzi natomiast wątpliwości, że okres zamówienia przekroczył 12 miesięcy już na mocy zapisów Aneksu nr 1 do Umowy, przy czym zawierając Aneks nr 1 Zamawiający nie zdecydował o zmianie struktury płatności podobnie jak zawierając Aneks nr 2.

Składając Zastrzeżenia Zamawiający przywołał także wystąpienie pandemii oraz związane z tym faktem przepisy tj. ustawę z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych Dz.U. z 2020 r. poz. 1842 tj.).

Odnosząc się to tej kwestii w pierwszej kolejności wskazać należy, iż w przedłożonych dokumentach przyczyną zmian (uzasadnienie do Aneksu nr 2 i uzasadnienie do Aneksu nr 3) były m.in.:

- konieczności zmiany zaakceptowanych rozwiązań projektowych,
- konieczności ponownego uzgodnienia zamiennego sposobu rozwiązania odwodnienia inwestycji,
- konieczności dokonania zmiany prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę z dnia 23.10.2020 r. w związku ze zmianą inwestycji,
- konieczności zamówienia i zakupu nowych (odmiennych od pierwotnych) materiałów służących do wykonania odwodnienia inwestycji,
- konieczności wprowadzenia prac dodatkowych w zakresie odwodnienia inwestycji.

Na marginesie wskazać także należy, że Zamawiający ani w Aneksie nr 2 ani też w Aneksie nr 3 nie przywołał jako podstawy zmian zapisów Umowy art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP wskazując odpowiednio art. 144 ust. 1 pkt 1 oraz art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

Zamawiający w dniu 20.12.2021 r. przedłożył dodatkowe wyjaśnienia oraz dołączył wystąpienie Podwykonawcy (PW Service) z dnia 22.03.2021 r. o trudnościach związanych z wystąpieniem Covid-19 wraz z wnioskiem o rozliczenie pomiędzy Wykonawcą i Podwykonawcą na podstawie faktur częściowych.

Zgodnie z zapisami art. 15 r. przywołanej przez Zamawiającego ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych:

„1. Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu [ustawy](#) z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- 3) poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1-3;
- 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- 5) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy;
- 6) okoliczności, o których mowa w pkt 1-5, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

1a. W przypadku wykonawców mających siedzibę lub wykonujących działalność związaną z realizacją umowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w miejsce dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5, składa się dokumenty wydane przez odpowiednie instytucje w tych krajach lub oświadczenia tych wykonawców.

2. Każda ze stron umowy, o której mowa w ust. 1, może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy.

3. Strona umowy, o której mowa w ust. 1, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w ust. 1 i 2, w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania.

4. Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, w uzgodnieniu z wykonawcą dokonuje zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:

1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,

2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,

3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy,

- o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

4a. W przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, zamawiający, w uzgodnieniu z wykonawcą, może dokonać zmiany umowy zgodnie z ust. 4.

5. Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia korzystniej kształtujące sytuację wykonawcy, niż wynikałoby to z ust. 4, do zmiany umowy stosuje się te postanowienia, z zastrzeżeniem, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do wykonania umownego prawa odstąpienia od umowy.

W świetle powyższego obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy został on poinformowany przez Wykonawcę o przeszkodach związanych z pandemią COVID-19, które mogły mieć wpływ na wykonanie zamówienia – obowiązany był zażądać dowodów, a następnie je zweryfikować pod kątem tego czy w istocie i w jakim zakresie wpłynęły lub mogły wpłynąć one na możliwość wykonywania zamówienia. Z przedłożonych dokumentów w żaden sposób nie wynika które z okoliczności i w jakim zakresie miałyby wygenerować konsekwencje dla należytego wykonania zamówienia, a w konsekwencji wywołać uzasadnioną potrzebę wprowadzenia zmiany. Nie poddano analizie wpływu w/w okoliczności, a zatem nie sposób uznać, że wprowadzona zmiana jest konsekwencją tychże.

Zamawiający nie zweryfikował w/w okoliczności ani pod kątem przesłanek umożliwiających wprowadzenie zmian, ani pod kątem obowiązku ich wprowadzenia. Korespondencja przedłożona na potrzeby kontroli wskazuje jedynie na istnienie przeszkód w ujęciu obiektywnym – nie wykazuje wpływu tych przeszkód na wykonanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, iż faktyczną podstawą dokonanej zmiany był art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP w związku z art. 15r ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

W odniesieniu do zawartej w Zastrzeżeniach argumentacji związanej z zapisami art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 1e ustawy PZP i konieczności uznania wprowadzonej zmiany zasad płatności za zmianę nieistotną, w kontekście wcześniejszej argumentacji Zamawiającego dotyczącej art. 143a ust. 1 ustawy PZP, zaprezentowane stanowisko należy odrzucić w całości a to ze względu na przedstawioną powyżej w treści pkt 3 Informacji pokontrolnej argumentację kontrolujących w zakresie interpretacji zapisów art. 143 a ustawy PZP oraz zapisy pkt 2.1 Informacji pokontrolnej w części dotyczącej art. 144 ust. 1 pkt 5 w związku z ust. 1 e ustawy PZP.

Ponadto wskazać w tym miejscu dodatkowo należy, że o ile zakres dopuszczalnych zmian nieistotnych jest co do zasady niezwykle szeroki, skoro może dotyczyć wszelkich kwestii mieszczących się w ramach wyznaczonych art. 144 ust. 1e ustawy PZP, to jednak w praktyce nieistotne zmiany umowy nie są zbyt częste, ponieważ dotyczą one w przeważającej większości kwestii stabilnych lub przewidywalnych, o których można trafnie przesądzić z góry w umowie. Umożliwienie Wykonawcy, w wyniku zawarcia Aneksu nr 3 możliwości skorzystania z dogodniejszych warunków płatności naruszył także równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy. Jak podkreśla doktryna (cyt.): „Ustawa zabrania wprowadzania zmian, które modyfikowałyby na korzyść wykonawcy pierwotne ryzyka ekonomiczne związane z realizacją umowy. Opisywany zakaz związany jest z udziałem wykonawcy w postępowaniu, nie jest warunkowany jedynie możliwościami wykonania przedmiotu zamówienia, ale także jest zależny od postanowień kontraktowych regulujących sposób wykonania zamówienia, otrzymywania zapłaty czy też sankcji kontraktowych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Omawiany przepis stoi

tym samym na przeszkodzie wprowadzaniu zmian polegających na rezygnacji z pierwotnie przewidzianych kar umownych, zmniejszających kary umowne, skracających terminy zapłaty czy też zwiększających płatności dokonywane wcześniej nawet pomimo braku zmiany łącznej wartości wynagrodzenia”⁹.

„Odnosnie przesłanki wyrażonej w art. 144 ust. 1e pkt 2 lit b PrZamPubl należy stwierdzić, iż jednostki sektora finansów publicznych powinny zawsze pamiętać o wydatkowaniu środków publicznych zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPublU, to jest w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- 1) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- 2) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

W świetle tego przepisu, zmiana postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, która narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie oznacza, że wszelkie kwestie dotyczące finansowania umowy nie mogą być zmieniane przez zamawiającego w stosunku do umowy pierwotnej. Tak więc, zamawiający nie powinien zmieniać umowy w zakresie harmonogramu prac obejmującego płatności, zaliczki wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także wszelkich postanowień dotyczących odbioru prac, które łączą się z płatnościami faktur.”¹⁰.

W warunkach tej konkretnej sprawy kierunek wprowadzonych zmian naruszył równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób nieprzewidywany w umowie pierwotnej. Trudno bowiem uznać za wyrównanie równowagi ekonomicznej sytuację, w której Zamawiający przekazuje nieplanowane wcześniej płatności. Nie może być także najmniejszych wątpliwości, iż liberalizacja zapisów w zakresie warunków dokonywanych płatności z punktu widzenia interesów wykonawców mogła rzutować na stopień ich zainteresowania przedmiotowym zamówieniem. Tym samym nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego zaprezentowanym w złożonych Zastrzeżeniach, iż zmiana w zakresie warunków dokonywania płatności nie nosiła znamion zmiany istotnej o której mowa w art. 144 ust. 1e pkt 2 ustawy PZP.

Odnosząc się do ostatniej kwestii podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach a dotyczącej zdaniem Zamawiającego braku ryzyka możliwości sfinansowania nieuzasadnionego wydatku gdyż inwestycja jest realizowana zgodnie z Umową, wszelkie nieprzewidziane trudności jakie zaistniały w jej dokończeniu zostały zażegnane i rozwiązane o wynagrodzenie jakie otrzymał Wykonawca jest należne i zgodne z Umową wskazać należy co następuje.

Zgodnie z zapisami art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz 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. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, s.320, z późn. zm.) nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Podkreślenia, za wyrokiem m.in. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach (wyrok z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. akt III SA/Gl 1176/18) wymaga, że dopłaty unijne opierają się na konkretnych zasadach, są ujęte w jednoznacznych regulacjach oraz są obwarowane sztywnym reżimem prawnym, co także ma bezpośrednie przełożenie na będącą przedmiotem niniejszej analizy kwestię związaną z ewentualnym wystąpieniem w rozpatrywanej sprawie nieprawidłowości indywidualnej.

Wskazać za przywołanym wyrokiem także należy że (cyt.): „nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE.

Natomiast celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami

9. Wł. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak., Prawo Zamówień..., op. cit., s. 1219.

10. P. Granecki, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie 5, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2016, s. 1227.

krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi.”

W zakresie szkody natomiast w przywołanym orzeczeniu wskazano, że: „Szkodą bowiem w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w Pzp.; wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia „potencjalnej” szkody w budżecie Unii Europejskiej. Stwierdzenie wystąpienia szkody „rzeczywistej” nie ma podstawowego znaczenia (por. wyrok NSA z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15).”

Tak więc nieprawidłowość indywidualna ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy natomiast rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazane powyżej zapisy art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nie zawierają definicji szkody. Zawierają natomiast definicję nieprawidłowości, w której możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez obciążenie tegoż Budżetu nieuzasadnionym wydatkiem jest jednym z jej elementów.

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest więc finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem uprawdopodobnienie możliwości jej wystąpienia co w rozpatrywanym przypadku zostało wykazane. Nie ma przy tym znaczenia fakt zrealizowania Kontraktu czy brak ryzyka ewentualnych roszczeń ze strony Wykonawcy czy Podwykonawców.

Powyższe jest kluczowe w kontekście analizy rozpatrywanej sprawy. Należy bowiem zauważyć, że w przypadku większości nieprawidłowości związanych z udzielaniem zamówień realizowanych ze środków publicznych w projektach objętych współfinansowaniem w zakresie polityki spójności ich skutki finansowe są co do zasady rozproszone, pośrednie i trudne do oszacowania a wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej w większości przypadków potencjalnie powoduje zniechęcenie bliżej nieokreślony kręgu wykonawców do ewentualnego złożenia oferty. W takim właśnie przypadku jedynym rozwiązaniem pozwalającym uniknąć konieczności niekwalifikowania wszystkich wydatków związanych z umową obarczoną taką nieprawidłowością jest zastosowanie metody obliczenia, która w sposób procentowy określa stopień szkodliwego wpływu stwierdzonego naruszenia na budżet Unii Europejskiej. W przeciwnym bowiem razie co do zasady taki wydatek powinien być niekwalifikowalny w 100% gdyż nie spełnia on wymogów kwalifikowalności. Mając na uwadze powyższe na poziomie unijnym wprowadzono możliwość stopniowania wartości wydatków, które podlegają procedurze korygowania mając na uwadze charakter i wagę nieprawidłowości.

Reasumując po ponownej kompleksowej analizie dokumentacji tej konkretnej sprawy oraz po wnikliwym rozważeniu wszystkich podniesionych przez Zamawiającego w złożonych Zastrzeżeniach argumentów Zastrzeżenia z dnia 09.12.2021 r. odrzucono w całości.

Tym samym zapisy Informacji pokontrolnej nie zostały zmienione.

4. Informacja o nałożonych korektach finansowych/dokonanych pomniejszeniach wartości wydatków kwalifikowalnych.

W wyniku przeprowadzonej kontroli nałożono korektę finansową/dokonano pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych.

4.1. Zamówienie publiczne: „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II”. Umowa nr ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r.

Na podstawie zapisów art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1460 ze zm.), [zwanej dalej ustawą wdrożeniową] nieprawidłowością indywidualną jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego

wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz 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. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, s.320, z późn. zm.) [zwanego dalej Rozporządzeniem 1303/2013].

Zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Zatem aby można mówić o nieprawidłowości muszą zostać spełnione kumulatywnie trzy przesłanki tj.: po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego oraz po trzecie szkoda w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego ich spełnienia.

W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano więc, czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

W zakresie stwierdzonego naruszenia po gruntownym zbadaniu sprawy należy bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył zapisy art. 7 ust. 1 w związku z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP [pkt 2.1 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezspornie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto działanie Zamawiającego w toku realizacji postępowania o którym mowa w pkt 2.1. Informacji pokontrolnej zostało bezspornie wykazane.

Przechodząc do analizy trzeciej przesłanki w ramach tej konkretnej sprawy w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż pojęcie szkody dla budżetu UE jest istotnym elementem w trakcie rozpatrywania przesłanek wystąpienia nieprawidłowości.

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju stwierdził¹¹: „Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (...). W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnie funduszu”.

Sentencja ta, w związku z przywołaną powyżej definicją nieprawidłowości określoną w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013, pozostaje aktualna również na gruncie rozpatrywanej sprawy, gdyż definicja ta została powtórzona i uzupełniona o „naruszenie przepisu prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego”. Wobec tego, wyroki TSUE dotyczące przepisów rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210z 31.07.2006, s. 25, z późn. zm.) i ich konkluzje znajdują zastosowanie do nowych regulacji, tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

11. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 14 lipca 2016 r. C-406/14 - Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP niezbędna jest ocena ryzyka, na jakie budżet UE w wyniku stwierdzonego uchybienia został narażony. Zgodnie z przywołanym wyrokiem TSUE 2016 C-406/14 należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

Powyższe potwierdza także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r.¹²: zgodnie z którym: „*Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (...)*”.

Również WSA we Wrocławiu, w swoim orzecznictwie zgodny jest co do kwestii, iż faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania danego działania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem potencjalna możliwość jego wystąpienia. W wyroku z dnia 19.02.2015 r.¹³ WSA we Wrocławiu stwierdził: „*Jeśli idzie o szkodę w budżecie ogólnym UE, Sąd podkreśla, że może to być nie tylko szkoda rzeczywista, ale i potencjalna, o którą chodzi w rozpatrywanej sprawie, wbrew sugestiom zawartym w skardze, że w istocie może chodzić tylko o szkodę rzeczywistą, a taka nie wystąpiła.*”

Zgodnie natomiast z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r.¹⁴ „*W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie "nieprawidłowości" – że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem "działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego", nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).*”

Dokonując zatem analizy stwierdzonego stanu faktycznego i prawnego należy, w tym konkretnym przypadku, wziąć pod uwagę kluczowe okoliczności mające wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków naruszenia przepisów ustawy PZP, a tym samym na kwestię nałożenia ewentualnej korekty finansowej.

Jak już wskazano powyżej w treści Informacji pokontrolnej z literalnej wykładni art. 144 ustawy PZP wynika generalna zasada jaką jest zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, badaniu podlega wpływ takiej zmiany na warunki konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Umowa w zamówieniach publicznych, co do zasady nie może być zmieniana. Jest ona bowiem efektem określonych procedur, w wyniku których wybrano najkorzystniejszą ofertę. Dopuszczenie dowolnych zmian w umowie o zamówienie publiczne niweczyłoby zupełnie cel ustawy i sens prowadzenia tych procedur. Oznaczałoby całkowity rozdział między postępowaniem i ustalonymi w nim warunkami, a zobowiązaniem stron wynikającym z treści umowy. Zarówno wybór wykonawcy jak i zakres jego zadań oraz zakres obowiązków zamawiającego nie byłby w żaden sposób wiążący, gdyby w umowie o zamówienie publiczne można było dokonywać dowolnych zmian.

12. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

13. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19.02.2015 r., sygn. akt III SA/Wr 853/14.

14. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt. II GSK 1722/15.

W analizowanym przypadku Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości określił zasady dotyczące sposobu rozliczania zawartej Umowy. Zgodnie z jej zapisami rozliczenie robót budowlanych winno nastąpić jednorazową fakturą końcową po ich zakończeniu.

W analizowanym przypadku Zamawiający określił w § 9 wzoru umowy jasny i bezsprzeczny sposób rozliczania prac. Jak wskazano powyżej w treści Informacji pokontrolnej Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian w zakresie sposobu rozliczania w przypadku wprowadzenia zmian w zakresie terminu realizacji umowy wprowadzając lakoniczne zastrzeżenie, iż zmiana taka będzie możliwa o ile będzie dla Niego korzystna. Tym samym potencjalni wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia poza bezsprzecznym zapisem dotyczącym rozliczenia robót budowlanych jednorazowo po odbiorze końcowym nie otrzymali konkretnych informacji co do ewentualnej możliwości zmiany sposobu rozliczenia za wyjątkiem stwierdzenia, iż Zamawiający może rozważyć taką zmianę w przypadku zmiany terminu realizacji umowy o ile uzna że będzie to dla Niego korzystne. Tym samym ewentualna zmiana umowy w zakresie zasad rozliczania w przypadku wydłużenia terminu realizacji umowy została de facto uzależniona oceny od bliżej nieokreślonych okoliczności ocennych dokonanych przez jedną ze stron umowy. Żaden z potencjalnych wykonawców na podstawie wskazanych powyżej zapisów nie znał zatem okoliczności na podstawie których poza koniecznością wystąpienia zmiany terminu realizacji umowy zmiana taka byłaby możliwa. Nie można zatem bezsprzecznie wykluczyć negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem.

Ze szkodą potencjalną mamy do czynienia wówczas, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością wykluczyć wystąpienia negatywnych skutków tych naruszeń na przebieg i wynik postępowania. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie ustawy mogło skutkować wyrządzeniem szkody, zwiększonym niezasadnym wydatkiem ze strony budżetu UE, czy też wydatkiem poniesionym z naruszeniem zasad, to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości.

Co do zasady bowiem odstąpić od sankcji można wyłącznie w przypadku, gdy naruszenie przepisów o zamówieniach miało charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na wysokość rzeczywistej czy potencjalnej szkody. Stwierdzone w warunkach tej konkretnej sprawy naruszenie bez wątpienia nie nosi znamion naruszenia formalnego. Doprowadziło natomiast do naruszenia w przeprowadzonym postępowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień określonych zapisami ustawy PZP.

Naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W warunkach tej konkretnej sprawy poprzez działanie Zamawiającego związane z zawarciem wskazanego powyżej Aneksu zmieniającego zasady rozliczania robót budowlanych, bezsprzecznie doszło do ryzyka związanego z możliwością sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. Celem zaś korekt jest przywrócenie sytuacji, gdy wszystkie wydatki deklarowane do finansowania unijnego są prawidłowe oraz zgodne z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami prawa krajowego oraz unijnymi.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż dla wystąpienia ryzyka zaistnienia potencjalnej szkody wystarczy tylko samo uprawdopodobnienie, że wydatek został poniesiony z naruszeniem prawa. Powyższe potwierdza pogląd wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 Irlandia przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I/8027, orzekł, że (cyt.): „(...) nawet takie nieprawidłowości, które nie mają szczególnego wpływu finansowego i nie prowadzą do żadnych nienależnych wypłat lub nadpłat ze strony Wspólnoty, mogą poważnie szkodzić interesom finansowym UE i z tego względu uzasadniają zastosowanie korekt finansowych”. *„Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad przepisów u.p.z.p. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE”*. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 2015 r., sygn. akt. II GSK 1653/14).

Reasumując, należy stwierdzić, że ww. działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do szkody potencjalnej w budżecie UE. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku wystąpiły wskazane trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie Zamawiającego i po trzecie możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić iż wykryte naruszenie spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

Stwierdzenie nieprawidłowości indywidualnej powoduje zgodnie z zapisami art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję, którą w przypadku regionalnego programu operacyjnego jest zarząd województwa (art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej), odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 ww. artykułu. Zgodnie z tymi zapisami, w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej przed zatwierdzeniem wniosku o płatność, instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo (art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej). Natomiast w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność właściwa instytucja nakłada korektę finansową (art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej).

Zgodnie z zapisami art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej wartość korekty finansowej, o której mowa w ust. 5, albo wartość wydatków poniesionych nieprawidłowo, stanowiąca pomniejszenie, o którym mowa w ust. 9 pkt 1, mogą zostać obniżone, jeżeli Komisja Europejska określi możliwość obniżania tych wartości.

W tym celu Minister Rozwoju wydał Rozporządzenie z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (Dz. U. z 2018, poz. 971) - zwane dalej *Rozporządzeniem*.

Zgodnie z zapisami § 2 ust. 1 ww. Rozporządzenia, wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach tego zamówienia.

Zgodnie natomiast z zapisami § 2 ust. 2 ww. Rozporządzenia, wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jeżeli jednak anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona (§3 ust. 1 Rozporządzenia).

W przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty, wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona, odpowiednio zgodnie ze wzorem określonym w § 5 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 ww. Rozporządzenia z uwzględnieniem odpowiedniej stawki procentowej stosowanej przy obniżeniu wartości pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości.

Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości pomniejszeń, przypisane do odpowiednich kategorii nieprawidłowości indywidualnych określono w Załączniku do Rozporządzenia. Zatem obniżenie wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej następuje w mniejszym rozmiarze, niż miałyby to miejsce w przypadku stosowania ogólnych zasad kwalifikowalności wydatków – za wydatek w całości niekwalifikowany należałoby uznać całą kwotę wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach przeprowadzonego zamówienia w którym stwierdzono nieprawidłowość indywidualną.

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach ww. zamówienia, jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

W związku z powyższym, spełniona została przesłanka do obniżenia wartości korekty finansowej/pomniejszenia związanego ze stwierdzoną w przedmiotowym zamówieniu nieprawidłowością indywidualną przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej wynikającej z zapisów Rozporządzenia.

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowość indywidualna, związana ze zmianą postanowień umowy z naruszeniem zapisów art. 144 ustawy PZP została wskazana wprost w Załączniku do Rozporządzenia w ramach kategorii nieprawidłowości indywidualnej pn.: „**Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji**” (pkt 28) i przewiduje stawkę procentową w wysokości 100 % wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększone o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia, bez możliwości jej obniżenia. W analizowanym przypadku nie doszło do zmiany zakresu świadczenia

umownego, zmianie uległy natomiast zasady płatności, dlatego też przyjmuje się stawkę procentową w wysokości 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia.

W związku z powyższym, obniżenie wartości korekty finansowej związanej z realizacją ww. zamówienia winno nastąpić przy zastosowaniu 25 % stawki.

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana powyżej w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna skutkuje:

- nałożeniem korekty finansowej na rozliczone wydatki kwalifikowalne związane z realizacją zamówienia pn. „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II” wynikające zawartej z firmą Rotomat Sp. z o.o. ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław **przy zastosowaniu 25% stawki korekty z uwzględnieniem stopy współfinansowania UE dla projektu.**

- pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn. „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II” o **25% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r. (ze zmianami), zawartej z firmą Rotomat Sp. z o.o. ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław. Wartość zawartej umowy 2 121 012,00 zł PLN (brutto).**

5. Wynik kontroli.

Z istotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna skutkuje

- nałożeniem korekty finansowej na rozliczone wydatki kwalifikowalne związane z realizacją zamówienia pn. „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II” wynikające zawartej z firmą Rotomat Sp. z o.o. ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław przy zastosowaniu 25% stawki korekty z uwzględnieniem stopy współfinansowania UE dla projektu.

- pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn. „Budowa systemu „Parkuj i Jedź” we Wrocławiu Etap II” o 25% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr ZP/PN/05080/01/2020 z dnia 13.03.2020 r., zawartej z firmą Rotomat Sp. z o.o. ul. Stabłowicka 134, 54-062 Wrocław. Wartość zawartej umowy z uwzględnieniem zawartych aneksów wynosi 2 121 012,00 zł PLN (brutto).

Przygotowując wniosek o płatność i wprowadzając do SL2014 kwotę wydatków kwalifikowalnych, odpowiadającą fakturze (lub innemu dokumentowi księgowemu o równoważnej wartości dowodowej), wykazanej w Zestawieniu dokumentów i dotyczącej stwierdzonej w przedmiotowej Informacji pokontrolnej nieprawidłowości, Beneficjent zobowiązany jest do pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej po zatwierdzeniu wniosku Beneficjenta o płatność w którym rozliczono fakturę (lub inny dokument księgowy o równoważnej wartości dowodowej) dotyczącą stwierdzonej w przedmiotowej Informacji pokontrolnej nieprawidłowości indywidualnej i dokonano wypłaty środków zachodzi konieczność nałożenia korekty finansowej na taki wydatek oraz podjęcie procedury odzyskiwania środków wskazanej w art. 207 ustawy z dnia 27.08.2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 305 ze zm.).

7. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch egzemplarzach, po jednym dla kontrolującego i kontrolowanego. Dane osobowe zawarte w niniejszej Informacji pokontrolnej są chronione na podstawie ustawy z dnia 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1781) oraz ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913).

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	
1.	Deklaracje bezstronności	2 egzemplarze
2.	Listy sprawdzające	1 komplet
3.	Dokumentacja postępowania	Dokumentacja w Centralnym systemie teleinformatycznym SL 2014 + EZD

Zespół Kontrolujący:

Wojciech Szturo
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 7 lutego 2022 r.

Sebastian Bojar
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 7 lutego 2022r.

Małgorzata Kuruc
Z-ca Dyrektora Departamentu Funduszy Europejskich
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
/podpisano elektronicznie/

(z upoważnienia ZWD na podstawie Uchwały nr 718/VI/20
z dnia 29 stycznia 2020 r.)

Wrocław, dnia 08 lutego 2022

Pouczenie:

1. Podmiotowi kontrolowanemu, zgodnie z zapisami art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 przysługuje prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do *informacji pokontrolnej*.
2. Zastrzeżenia wnosi się do Wydziału Obsługi Wdrażania EFRR w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego.
3. W przypadku przekroczenia ww. ustawowego terminu zastrzeżenia pozostawia się bez rozpatrzenia a informacja pokontrolna uznana zostaje za ostateczną po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie.
4. Jednostka kontrolująca, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zastrzeżeń, dokonuje ich rozpatrzenia i przekazuje ostateczną *informację pokontrolną* zawierającą skorygowane ustalenia kontroli lub pisemne stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem odmowy skorygowania ustaleń.
5. Podjęcie dodatkowych czynności kontrolnych w celu ustalenia zasadności złożonych zastrzeżeń, żądanie przedstawienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień na piśmie każdorazowo przerywa bieg terminu na rozpatrzenie zastrzeżeń.
6. Do ostatecznej *informacji pokontrolnej* oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.
7. Ostateczna *informacja pokontrolna* stanowi podstawę realizacji ustaleń pokontrolnych w niej zawartych.
8. Licząc terminy należy stosować zasady określone w tytule V ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (art. 110-116). I tak: termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie nastąpiło. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany za ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego.