



URZĄD MARSZAŁKOWSKI WOJEWÓDZTWA DOLNOŚLĄSKIEGO

Departament Funduszy Europejskich

Wydział Obsługi Wdrażania EFRR

ul. Mazowiecka 17, 50-412 Wrocław, tel. 71/ 776 90 41, e-mail: sekretariatdef@dolnyslask.pl

Załącznik do Ostatecznej Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ.00-0037/23-002

DEFR-O-III.44.185.2024

Wrocław, dnia 04 lutego 2025r.

Pisemne stanowisko wobec zgłoszonych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ.00-0037/23-002-INF

W związku z wniesieniem w dniu 24.01.2025 r. Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ.00-0037/23-002-INF (pismo, Znak sprawy: IE. 042.9.2024.KH z dnia 24.01.2025 r.) [dalej Zastrzeżenia], poniżej dokonano szczegółowej analizy podniesionej przez Zamawiającego argumentacji w zakresie dotyczącym stwierdzonego w trakcie kontroli naruszenia Naruszenie § 16 ust. 1 Umowy o dofinansowanie w związku z naruszeniem art. 455 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak zamieszczenia ogłoszenia o zmianie umowy w BZP (Zamawiający przyjął błędną podstawę prawną zawarcia Aneksu nr 1).

Po analizie treści Zastrzeżeń w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności faktycznych mogących posłużyć do zakwestionowania ustaleń stwierdzonego stanu faktycznego w rozpatrywanej sprawie. Ten pozostaje bowiem bezsporny.

Aneks nr 1/2024 z dnia 25.11.2024 r. do Umowy nr RP.032.253.2024/ZP z dnia 10.05.2024 r. zwiększający wartość umowy o wartości 109 945,48 zł, (tj. ok 1,01% wartości pierwotnej umowy) obejmował roboty budowlane wynikające z Protokołu konieczności z dnia 15.11.2024 r., które nie były ujęte w dokumentacji projektowej i były konieczne do wykonania zamówienia podstawowego. Podczas wykonywania robót ziemnych odkryto 4 szt. istniejących rur drenarskich przechodzących pod projektowanym budynkiem, które nie były zinwentaryzowane na mapie do celów projektowych. W wyniku konieczności wykonania fundamentów budynków w miejscu przebiegających drenażów stwierdzono, że wykonany zostanie drenaż opaskowy, do którego zostaną wpięte istniejące rury drenarskie, a całość będzie odwadniana przez zbiornik retencyjny do kanalizacji deszczowej. Komisja potwierdziła konieczność wykonania ww. robót nie ujętych w dokumentacji projektowej podkreślając, iż (cyt.): „(...) Zamawiający nie mógł przewidzieć konieczności wykonania tych prac na etapie postępowania o udzielenie zamówienia...”. Uwzględniając stan faktyczny i prawny w trakcie weryfikacji dokonano oceny zakresu wprowadzonych zapisami Aneksu nr 1 zmian w stosunku do zapisów zawartej pierwotnie Umowy w kontekście odpowiednich uregulowań ustawy PZP.

Dokonując ponownej oceny stanu faktycznego i prawnego w następstwie złożonych Zastrzeżeń nie sposób jednak uwzględnić w tej ocenie przywołanej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji (cyt.): (...) *Ogłoszenie o zmianie umowy jest wprowadzane przez pracowników referatu zamówień publicznych na podstawie treści dokumentu wprowadzającego zmianę do umowy (aneksu) otrzymanego od komórki merytorycznej sprawującej nadzór nad realizacją umowy i w przypadku zmian dokonanych na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3 lub pkt 4 ustawy Pzp. Aneksem nr 1 z dnia 25 listopada 2024 r. wprowadzona została zmiana do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ponieważ wskazano inną podstawę prawną zmiany umowy od tych, o których mowa w art. 455 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający (referat zamówień publicznych) nie był zobligowany do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie umowy.*”

Należy bowiem podkreślić, iż sam fakt literalnego wskazania w podpisanym dokumencie (Aneksie nr 1) podstawy prawnej jego zawarcia nie przesądza ani o poprawności działań

**DOLNY
ŚLĄSK**

URZĄD MARSZAŁKOWSKI WOJEWÓDZTWA DOLNOŚLĄSKIEGO
Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14
50-411 Wrocław

www.umwd.dolnyslask.pl
umwd@dolnyslask.pl
www.bip.dolnyslask.pl



Fundusze Europejskie
dla Dolnego Śląska



Rzeczpospolita
Polska

Dofinansowane przez
Unię Europejską



**DOLNY
ŚLĄSK**



Zamawiającego w tym zakresie ani nie potwierdza okoliczności faktycznych będących podstawą zawarcia Aneksu nr 1. Wręcz przeciwnie, to okoliczności faktyczne konkretnego przypadku decydują o zaistnieniu (lub nie) konkretnych przesłanek prawnych na podstawie których możliwe jest aneksowanie już zawartej umowy. Przesłanki te zostały szczegółowo uregulowane w zapisach art. 455 ustawy PZP.

I tak na podstawie zapisów z art. 455 ust 1 pkt 1 ustawy PZP dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

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

Jak podkreśla doktryna (cyt.): „Warunkiem zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest określenie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te, zasadniczo już na etapie, na którym potencjalni wykonawcy decydują o udziale w postępowaniu, ale także w toku realizacji zamówienia, ograniczą lub eliminują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym. Zakres takich zmian może być szeroki, ustawodawca stworzył uczestnikom rynku zamówień publicznych szansę na ukształtowanie umowy z zachowaniem takiego poziomu elastyczności, jaki jest niezbędny do efektywnego zrealizowania zaplanowanej inwestycji. Podstawowe ramy wyznacza jednak treść przepisu – spełnienie określonych w nim wymagań jest warunkiem koniecznym do sformułowania skutecznych klauzul przeglądowych.

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

Przepis art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP dotyczy natomiast zmiany umowy o roboty budowlane, na dostawy lub usługi, jeżeli zmiana umowy dotyczy realizacji, przez dotychczasowego wykonawcę, dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego, zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków. Przepis ten dotyczy więc wystąpienia nieprzewidywalnych dostaw, usług lub robót budowlanych. Chodzi tu o sytuację, gdy zamawiający nie był w stanie przewidzieć, że określone dostawy, usługi lub roboty budowlane wystąpią. Tak należy interpretować sformułowanie „których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym”. Przepis art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP nie dotyczy zatem dostaw, usług lub robót budowlanych, które można było przewidzieć. Nie sposób bowiem, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, nie uwzględnić w zamówieniu podstawowym zakresu który do jego prawidłowego wykonania jest niezbędny.

Jak wynika z dokumentacji, w tym z Protokołu konieczności z dnia 15.11.2024 r., dodatkowe roboty budowlane nie były ujęte w dokumentacji projektowej, były konieczne do wykonania zamówienia podstawowego. Komisja potwierdziła konieczność wykonania tych robót podkreślając, iż (cyt.): „(...) Zamawiający nie mógł przewidzieć konieczności wykonania tych prac na etapie postępowania o udzielenie zamówienia...”. Zamawiający w zapisach § 3 ust. 4 – 6 wzoru umowy stanowiącym załącznik do SWZ określił wyłącznie metodykę i zasady dotyczące zmiany wynagrodzenia w przypadku ewentualnego wystąpienia robót dodatkowych nieobjętych umową których nie można było wcześniej przewidzieć, a których wykonanie byłoby niezbędne dla zrealizowania przedmiotu umowy.

Zapisy te, w okolicznościach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy, nie mogą jednak stanowić samoistnej formalnoprawnej przesłanki w zakresie dokonanej zmiany zawartej Umowy. Gdyby bowiem przyjąć, jak chce Zamawiający, iż na etapie przygotowywania zamówienia rodzaj robót, zakres robót i warunki tych robót, zgodnie z dyspozycją art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, były możliwe do przewidzenia to biorąc pod uwagę, że jak podkreślił sam Zamawiający były one niezbędne do prawidłowego wykonania podstawowego zakresu zamówienia należałoby podważyć poprawność opisu przedmiotu zamówienia na etapie jego przygotowania.

Zamawiający, w oparciu o okoliczności stanu faktycznego sprawy oraz obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy PZP powinien rozważyć jaka przesłanka posłużyła do zmiany zawartej Umowy.

Na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych stwierdzić należy, iż w rozpatrywanym przypadku zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. Zgodnie

1. <https://www.gov.pl/web/uzp/dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art-455-ust-1-pkt-1-i-4-oraz-art-455-ust-2-ustawy-pzp>



natomiast z zapisami art. 455 ust 3 pkt 2 ustawy PZP w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4, zamawiający po dokonaniu zmiany umowy zamieszcza ogłoszenie o zmianie umowy w BZP lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Reasumując, po dokonaniu szczegółowej analizy przedłożonej przez Zamawiającego argumentacji, po uwzględnieniu wszystkich wskazanych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych, **złożone Zastrzeżenia odrzucono w całości. Tym samym zapisy Informacji pokontrolnej w tym zakresie nie uległy zmianie.**

W Ostatecznej Informacji Pokontrolnej dokonano korekty w zakresie daty zawarcia Aneksu nr 1.

Małgorzata Kuruc

Zastępca Dyrektora

Departamentu Funduszy Europejskich

/podpisano elektronicznie/

(z upoważnienia ZWD na podstawie
Uchwały nr 7401/VI/23 z dnia 11 września 2023 r.)