



**Pan
Andrzej Maciak
Prezes Zarządu
ZBM- Towarzystwo Budownictwa
Społecznego Sp. z o.o.
ul. Kolejowa 2a
41-902 Bytom**

**Dotyczy projektu pn. „Rewitalizacja podobszaru 10 w Bytomiu
- okolice ulicy Dworcowej i Rynku”.**

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT
EUROPEJSKIEGO FUNDUSZU
ROZWOJU REGIONALNEGO

ul. Ligonia 46
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 40 130
FAKS +48 32 77 40 196

efrr@slaskie.pl
slaskie.pl

Szanowny Panie Prezesie,

informuję, że w wyniku ponownej analizy sprawy skorygowano treść ostatecznej informacji pokontrolnej (sygn. FR-RKPR.44.155.1.2023.MO, z 24 maja 2023 roku, dalej: OIPK) oraz zmianie uległ wynik kontroli.

Zmieniają się zapisy OIPK dotyczące pkt:

4.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Postępowanie na Inżyniera Kontraktu dla Projektu pn.: "Rewitalizacja podobszaru 10 w Bytomiu - okolice ulicy Dworcowej i Rynku"

Rodzaj zamówienia: usługa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: nie dotyczy
Numer ogłoszenia oraz data publikacji: baza konkurencyjności 2021-5571-65589 z 23.08.2021 r.

Szacunkowa wartość zamówienia: 570 000,00 zł netto co stanowi 133 511,35 euro

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): Umowa nr 8/REW/DW/2021r. z 02.11.2021 r. zawarta z Zakładem Pomiarowo-Badawczym Energetyki ENERGOPOMIAR sp. z o.o. ul. Gen. J. Sowińskiego 3 Gliwice na kwotę 424 350,00 zł brutto

Wykreśla się zapisy pkt 4.1.1.a:

Opis stanu faktycznego

Zamawiający dokonał istotnej zmiany umowy bez wypełnienia przesłanek wskazanych w Wytocznych.

Naruszenie

Sekcja 6.5.2 pkt. 22 20 Wytocznych i w konsekwencji § 6 ust. 6 oraz § 15 ust. 1 UDA.

Uzasadnienie



Na mocy aneksu nr 1 do umowy zwiększono wynagrodzenie wykonawcy o 186 714,00 zł. Zgodnie z umową za świadczone usługi ustalono wynagrodzenie ryczałtowe. W dokumentacji natomiast postępowania przewidziano zmianę umowy jedynie w przypadku:

- a. zmiany okresu realizacji umowy,
- b. zmiany stawki podatku od towarów i usług”

Podpisany aneksem Wykonawca nie został zobowiązany do wykonywania czynności dodatkowych, wykraczających poza ramy zapytania ofertowego i zawartej umowy. Zmianie uległy jedynie ramy czasowe wykonywanego świadczenia. Beneficjent nie przewidział w zapytaniu ofertowym, ani w zawartej umowie, możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy ze względu na wydłużenie terminu realizacji zamówienia. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ustalona wysokość wynagrodzenia jest z góry określana i nie ulega zmianie. Wykonawca, dokonując kalkulacji swojego wynagrodzenia, musi uwzględnić wszystkie czynniki cenotwórcze oraz możliwe ryzyko związane z charakterem przyjętego wynagrodzenia.

Zapis sekcji 6.5.2 pkt 22 20 Wytycznych wskazuje, że: „Nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że:

a) zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w zapytaniu ofertowym oraz określił warunki takiej zmiany, o ile nie prowadzą one do zmiany charakteru umowy (...).”

Opisana zamiana umowy jest zatem niezgodna z Wytycznymi.

Nieprawidłowość

Działanie Beneficjenta doprowadziło do powstania faktycznej szkody finansowej, co stanowi nieprawidłowość zgodnie z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz § 2 Rozporządzenia wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej:

- w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania
- w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i § 3 rozporządzenia obniża się wartość **pomniejszenia korekty finansowej** i stosuje się § 5 rozporządzenia.

Za naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 25 % odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr: 23 pn. „Modyfikacje elementów zamówienia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodne z przepisami dyrektyw: dyrektywy 2014/23/UE, dyrektywy 2014/24/UE, dyrektywy 2014/25/UE oraz właściwych przepisów krajowych”.

Rozporządzenie nie przewiduje dalszej możliwości obniżenia **pomniejszenia korekty finansowej**.

Beneficjent pismem z 11.05.2023 r. wniósł zastrzeżenia do ustaleń zawartych w IPK. Zgodnie z Jego stanowiskiem, cyt. „(...) Beneficjent zawarł stosowne postanowienia nie tylko we wzorze umowy ale także zgodnie z Sekcją 6.5.2. pkt 11 lit. a) ppkt ix wytycznych w zapytaniu ofertowym określił warunki istotnych zmian umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia - w rozdz. XV pkt 1 wyraźnie wskazano, że Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany treści umowy w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, m.in. w związku ze zamianą okresu realizacji. Co więcej w pkt 2 wskazano, w jakich przypadkach mogą nastąpić zmiany umowy, tj. zmiany okresu realizacji i zmiany stawki vat.”

Zdaniem Beneficjenta:

1. Samo przedłużenie terminu realizacji inwestycji powoduje powierzenie dodatkowych czynności, ponieważ zarówno zapytanie ofertowe, jak i umowa obejmowały pełnienie funkcji inżyniera kontraktu do końca 2022 r. Dalsze wykonywanie obowiązków jednoznacznie oznacza powierzenie dodatkowych

czynności, ponieważ kontynuowanie prac po 31.12.2022 r. wykracza poza zakres zapytania ofertowego.

2. Realizacja usług przez innego wykonawcę nie byłaby możliwa z powodów ekonomicznych i technicznych i spowodowałaby istotną niedogodność, ponieważ powierzenie wykonania prac dodatkowych innemu wykonawcy to poniesienie znacznych kosztów i utrudnień, poczynając od konieczności wszczęcia nowego postępowania, poprzez ryzyko braku zapewnienia ciągłości usług.

3. Wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Zgodnie z § 1. ust. 2 aneksu nr 1 z dnia 22.12.2022 r. do umowy Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe brutto w wysokości 611 064,00 złotych co spowodowało zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy o 186 714,00 zł. Zatem wartość zmiany nie przekracza 50 % wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie

4. Konieczność zmiany umowy spowodowana była także okolicznościami, których Zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć. Do takich okoliczności należy wskazać pandemię COVID-19, działania wojenne za wschodnią granicą RP czy też inflację oraz związane z nimi wzrost cen materiałów oraz utrudnienia z dostawą surowców i materiałów budowlanych. Okoliczności te wskazane w Sekcji 6.5.2. pkt 20 lit. c Wytycznych także spowodowały konieczność wprowadzenia niezbędnych zmian do Umowy.

IZ RPO WSL po analizie wniesionych zastrzeżeń podtrzymuje dotychczasowe ustalenia.

Zakres obowiązków Inżyniera Kontraktu oraz wysokość jego wynagrodzenia określa umowa z dnia 2 listopada 2021 r. W § 2 ww. umowy wskazano obowiązki Inżyniera Kontraktu. Wymienione czynności wykonawcy stanowią katalog zamknięty.

Ponadto, zgodnie z zapisami umowy „Wynagrodzenie ryczałtowe (...) obejmuje wszystkie koszty związane z pełnieniem obowiązków Inżyniera Kontraktu w okresie budowy i rozliczenia Inwestycji w zakresie określonym w zaproszeniu, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty” a „Czas trwania umowy ustala się na okres od dnia podpisania umowy do dnia zakończenia realizacji inwestycji przez Wykonawcę oraz jej rozliczenia w Instytucji Zarządzającej”.

W treści umowy oraz Aneksu nr 1 nie zawarto zapisów wskazujących, że obowiązki Inżyniera Kontraktu zostały zmienione, rozszerzone, czy też że wprowadzono nowe usługi lub zwiększono ilość świadczonych usług w zakresie nadzoru lub dodatkowych wniosków o płatność czy harmonogramów sporządzanych w ramach umowy. Więcej, w zapytaniu ofertowym i w umowie nie określono minimalnej ilości świadczonych usług, a jedynie ich zakres wiążąc je bezpośrednio z realizowaną inwestycją.

Samo wydłużenie czasu realizacji nadzorowanych robót, nie uprawnia do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy. Przedmiot świadczenia (obowiązki inżyniera kontraktu) określony w umowie nie uległ zmianie. Strony umowy nie rozszerzyły bowiem zakresu obowiązków Inżyniera Kontraktu w aneksie do umowy z dnia 2 listopada 2021 r., nie wprowadziły również nowych obowiązków jakie miałyby świadczyć. Rolą wynagrodzenia jest zapłata wykonawcy za wypełnienie umownych obowiązków, które w tym przypadku dotyczyły kompleksowego prowadzenia inwestycji i projektu w imieniu Beneficjenta.

Wykonawca jako podmiot profesjonalny i posiadający stosowne doświadczenie, sporządzając ofertę i zawierając umowę powinien wziąć pod uwagę również charakter ustalonego wynagrodzenia i ryzyka związane z realizacją kontraktu. Wszelkie czynniki zewnętrzne mające wpływ na realizację umowy powinny zatem zostać przez Niego uwzględnione w złożonej ofercie.

Możliwość zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, w związku z przedłużaniem się terminów realizacji robót budowlanych i projektu, nie została przewidziana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ani w zaproszeniu do składania ofert ani w umowie. Umowa zawarta z Inżynierem kontraktu została skonstruowana w taki sposób, że zobowiązała wykonawcę do pełnienia obowiązków do czasu zakończenia robót przez wykonawcę robót budowlanych i rozliczenia z Instytucją Zarządzającą. A data zakończenia nadzoru powiązana została z zakończeniem projektu.

Ponadto, postępowanie zostało wszczęte w sierpniu 2021 roku więc zarówno wykonawca jak i zamawiający byli świadomi, że trwająca od ponad roku pandemia może mieć wpływ na projekt i nadzorowane roboty budowlane. Przy czym z dokumentów nie wynika, że COVID, działania wojenne, miały wpływ na realizację tej umowy.

Zmiana wynagrodzenia inżyniera Kontraktu, wprowadzona na mocy aneksu nr 1 z dnia 22 grudnia 2022 r., nie wypełniła zatem przesłanek przewidzianych w sekcji 6.5.2 pkt. 20 Wytycznych. Zmiany do umowy z dnia 2 listopada 2021 r, dokonane przez Beneficjenta, nie obejmowały rozszerzenia zakresu obowiązków wykonawcy. Nadal nadzoruje On roboty budowlane, w tym samym miejscu i zobowiązany jest do rozliczenia projektu składając te same, określone w zapytaniu.. Wobec czego nie doszło zatem do zmiany w zakresie i sposobie wykonania przedmiotu zamówienia. Nie można tu zatem mówić o usługach dodatkowych. Zmianie uległ jedynie przewidywany terminu realizacji zamówienia, a zawarta umowa między stronami, powiązała zakończenie realizacji zamówienia, z konkretnym zdarzeniem – zakończeniem realizacji projektu. Wykonawca zaakceptował postanowienia zawartej umowy, nie składał zastrzeżeń do jej treści. Natomiast jako podmiot, który wykazał się doświadczeniem w prowadzeniu tego typu projektów, powinien wkalkulować ryzyko związane z możliwością przedłużenia terminu świadczenia, w cenę ofertową. Nie wykluczone, że złożone w postępowaniu droższe oferty uwzględniały właśnie ewentualny wpływ czynników zewnętrznych (pandemia, opóźnienia w dostawach) na wydłużenia terminu realizacji nadzorowanej inwestycji.

Konsekwencje finansowe:

Nieprawidłowości związane z zamówieniami		
Nr naruszenia	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
4.1.1	23	25

Dodatkowo zmienia się wynik kontroli:

Treść pierwotna:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami.

Treść zmieniona:

Wynik kontroli: z nieistotnymi zastrzeżeniami.

Pozostała treść OIPK pozostaje bez zmian. Pismo stanowi integralną część ostatecznej informacji pokontrolnej.

Z poważaniem

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym