

Informacja pokontrolna nr 37/2022/Z
z dnia 23.08.2022 r.

w sprawie procedury zawarcia aneksu do umowy o zamówienie publiczne dla zadania objętego Projektem, do którego stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych

po weryfikacji zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr 37/2022 z dnia 27.07.2022 r. przekazanych przez Beneficjenta w dniu 12.08.2022 r.

I. PODSTAWOWE INFORMACJE:

1. **Jednostka kontrolująca:** Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach.
2. **Nazwa i adres Beneficjenta:** Gliwice – Miasto na prawach powiatu, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice.
3. **Projekt:**
 - 1) **Nazwa:** „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice – II”;
 - 2) **Oś priorytetowa:** POIS.01.00.00 – Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020;
Działanie 1.7: „Kompleksowa likwidacja niskiej emisji na terenie konurbacji śląsko-dąbrowskiej”;
 - 3) **Poddziałanie 1.7.1:** Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w województwie śląskim;
 - 4) **Numer projektu w SL 2014:** POIS.01.07.01-00-0043/19.
4. **Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 8/2020 zawarta w dniu 20.03.2020 r.
5. **Aneks objęty kontrolą:** Aneks nr 01/19/TT z dnia 08.10.2019 r. do umowy nr 105/19/TT z dnia 12.06.2019 r. zawarty pomiędzy Zarządem Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. działającym w imieniu Miasta Gliwice na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Nr 2019/7697/C/PM z dnia 04.04.2019 r., reprezentowanym przez mgr inż. Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu, a Zakładem Usługowo- Handlowym Mariusz Franik reprezentowanym przez Mariusza Franika – właściciela.
6. **Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli:**
 - 1) Umowa nr 2/MG-WFOŚiGW Katowice/2014 w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” na lata 2014-2020 z dnia 18 grudnia 2014 r. zawarta pomiędzy Ministrem Energii a Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach, z późniejszymi zmianami;
 - 2) Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818 t.j.);
 - 3) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 t.j.);
 - 4) Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 lipca 2017 r.;
 - 5) Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 27 grudnia 2021 r.;

- 6) Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń z dnia 3 lipca 2020 r.;
 - 7) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971 t.j.), tzw. „taryfikator”;
 - 8) Decyzja C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiająca wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych;
 - 9) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w § 13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
 - 10) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 6 maja 2022 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola doraźna ex-post.
8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0043.2019.KP.MM.37.01 z dnia 04.07.2022 r. Kontrolę wszczęto w dniu 20.07.2022 r. i zakończono w dniu 23.08.2022 r.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
- 1) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 20.07.2022 r. (pismo nr BRM.042.5.2020 z dnia 18.07.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach,
 - 2) zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej nr 37/2022 z dnia 27.07.2022 r. przekazane przez Beneficjenta w dniu 12.08.2022 r. (pismo nr UM.861187.2022 z dnia 12.08.2022 r.).

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanego aneksu – z istotnymi zastrzeżeniami.

1. Analiza stanu prawnego i faktycznego

W dniu 12.06.2019 r. Beneficjent zawarł Umowę nr 105/19/TT na realizację robót budowlanych pn. „Wykonanie izolacji przeciwwilgociowej ścian fundamentowych, przebudowa mieszkań nr 1 i 2 w celu wydzielenia pomieszczeń łazienek wraz z wymianą i przebudową instalacji wod.-kan., uporządkowanie i dobudowa przewodów kominowych, przebudowa i rozbudowa wewnętrznej instalacji gazowej oraz wykonanie instalacji etażowego centralnego ogrzewania dla lokalu mieszkalnego nr 2, wymiana pokrycia dachowego wraz z dociepleniem połaci dachowej oraz termomodernizacją budynku przy ul. Wita Stwosza 52 w Gliwicach”.

Zgodnie z § 2 pkt 2 Umowy termin realizacji zamówienia został wyznaczony na dzień 21.10.2019 r.

W dniu 07.10.2019 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu końcowego wykonania robót do dnia 30.11.2019 r. Wykonawca wskazał, iż:

W związku z problemami dostępu do mieszkań na w/w adresach, celem wykonania c.o. gazowe oraz pomieszczeń łazienek, proszę o wydłużenie terminu realizacji prac do 30 listopada 2019 r.

Do wniosku wykonawcy nie zostały załączone żadne dokumenty potwierdzające fakt wystąpienia wymienionej powyżej okoliczności oraz czas jej trwania.

W dniu 08.10.2019 r. podpisany został Aneks nr 01/19/TT, na mocy którego termin realizacji zamówienia został zmieniony zgodnie z wnioskiem wykonawcy.

W piśmie z dnia 18.07.2022 r. Beneficjent jako podstawę prawną zmiany umowy wskazał art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, nie wyjaśniając, która z przesłanek wyszczególnionych w tym przepisie, zdaniem Beneficjenta, zachodziła w kontrolowanym stanie faktycznym. Jednocześnie w wykazie dokumentów opisujących możliwość zmian umowy Beneficjent wpisał:

- a) *Ogłoszenie o zamówieniu nr 541162-N-2019 z dnia 25.04.2019 r. – Sekcja IV.5) (pkt 3a) – zał. nr 2.*
- b) *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia – Część 10 – pkt. 10.6.2, ppkt 3a – zał. nr 3.*
- c) *Wzór umowy – istotne postanowienia umowne - § 16 ppkt. 2.3.a) – zał. nr 4.*

W piśmie z dnia 14.07.2022 r., skierowanym do Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Gliwicach, Zarząd Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. wyjaśnił, iż uzasadnienie prawne dla zmiany umowy stanowi §16 ppkt 2.3.a) Umowy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Instytucja Wdrażająca stwierdziła:

2. Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych

Ustalenia I

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

- **Naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez dokonanie zmiany umowy w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie

Kwestia dopuszczalności zmiany umowy o udzielenia zamówienia publicznego została uregulowana w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wyszczególnionych w punktach 1-6.

Przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż dopuszczalne są zmiany umowy, jeżeli zostały one 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.

Zakres wprowadzania zmian jest limitowany postanowieniami art. 144 ust. 1b, który stanowi, że zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w § 16 wzoru umowy - Istotnych postanowieniach umownych, stanowiącym załącznik nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zapis ten w niezmienionym kształcie znalazł się w § 16 Umowy nr 105/19/TT.

Beneficjent, uzasadniając zmianę umowy powołał się na § 16 ust. 2 pkt 2.3.a) wzoru umowy – Istotnych postanowień umownych - § 16 ppkt 2.3.a) Umowy, w następującym brzmieniu:

2. Przewiduje się również następujące możliwości dokonania istotnej zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w przypadku wystąpienia co najmniej jednej z okoliczności wymienionych poniżej, z uwzględnieniem podanych warunków ich wprowadzania:

2.3. Zmiana terminu realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku:

a) Konieczności przesunięcia terminu przekazania terenu budowy lub wystąpienia przeszkody o charakterze „siły wyższej”, która uniemożliwia realizację robót w pierwotnym terminie. Pojęcie „siła wyższa” oznacza wydarzenie zewnętrzne, nieprzewidywalne, nieoczekiwane i poza kontrolą stron niniejszej umowy, występujące po podpisaniu umowy, przy czym Wykonawca lub Pełnomocnik Zamawiającego/Zarządca mogą powołać się na zaistnienie siły wyższej tylko wtedy, gdy poinformują drugą stronę pisemnie w ciągu 3 dni od jej zaistnienia.

W toku kontroli Beneficjent w żaden sposób nie uzasadnił stwierdzenia, iż okoliczności opisane przez wykonawcę we wniosku z dnia 07.10.2019 r. mieszczą się w przesłance zmiany terminu określonej w § 16 ppkt 2.3.a) Umowy. Instytucja Wdrażająca również nie znajduje uzasadnienia dla tego stanowiska.

W ocenie Instytucji Wdrażającej opisane powyżej okoliczności faktyczne nie uprawniały stron do zmiany terminu realizacji umowy na podstawie § 16 ppkt 2.3.a) Umowy.

W związku z powyższym, po analizie zapisów zawartych w badanych dokumentach, uznaje się, iż zawarcie w dniu 08.10.2019 r. Aneksu nr 01/19/TT do umowy nr 105/19/TT z dnia 12.06.2019 r. było niezgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stwierdzone naruszenie pozwala na zidentyfikowanie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r. 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 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013r. ze zmianami).

Zgodnie z definicją zawartą w przedmiotowym przepisie, 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.

Dla stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie następujących przesłanek:

- 1) naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- 2) ww. naruszenie wynika z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI,
- 3) naruszenie ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Jak wykazano powyżej Zamawiający dokonał zmiany umowy z naruszeniem dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Bezspornym jest również, iż stwierdzone naruszenie wynikało z czynności podjętych przez Beneficjenta.

Przechodząc natomiast do kwestii szkody przytoczyć należy utrwalone w orzecznictwie stanowisko, iż *szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego. (...) 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 Unii Europejskiej.*¹

Powyższe prowadzi do wniosku, iż skutkiem działania Beneficjenta było finansowanie nieuzasadnionego wydatku, tj. wydatku poniesionego przez budżet UE z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, do stosowania których Beneficjent się zobowiązał w umowie o dofinansowanie.

W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego został wyrażony pogląd, iż *nie chodzi o spowodowanie szkody rzeczywistej, wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Szkada taka nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie, a brak jest okoliczności, które wykluczyłyby wpływ uchybienia na budżet odnośnego funduszu.*²

Instytucja Wdrażająca nie znajduje okoliczności, która mogłaby świadczyć o tym, iż stwierdzone naruszenie nie wywołało negatywnych skutków budżetowych. Termin realizacji zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów, branych pod uwagę przez wykonawców na etapie podejmowania decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu. Niewątpliwie ma on również wpływ na treść składanych ofert. Na mocy kontrolowanego aneksu pierwotny termin realizacji zamówienia, wynoszący 131 dni, został przedłużony o 39 dni (co stanowi 29,77% terminu przewidzianego w umowie). Wyznaczenie dłuższego terminu wykonania przedmiotu zamówienia (lub inny sposób opisanie możliwości jego zmiany) na etapie ogłoszenia postępowania co najmniej mogło skutkować złożeniem ofert także przez innych wykonawców, jak również co najmniej mogło wpłynąć na inną treść złożonych ofert.

¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15

² Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017r. o sygnaturze II GSK 342/16

W świetle powyższego, zaistniały stan faktyczny w pełni wyczerpuje definicję nieprawidłowości.

Na mocy art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 lub 11 niniejszego artykułu.

Art. 24 ust. 9 wyżej przywołanej ustawy zobowiązuje instytucję zatwierdzającą wnioski o płatność do dokonania korekty/pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowanych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W dniu 14 maja 2019 r. Komisja Europejska wydała Decyzję C(2019) 3452 ustanawiającą wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych, która znajduje zastosowanie do kontroli wszczętych po dniu jej przyjęcia.

W pozycji 24 Załącznika do niniejszej Decyzji opisana została postać stwierdzonego naruszenia, polegająca na wprowadzeniu istotnej modyfikacji elementów zamówienia (m.in. ceny, charakteru robót budowlanych, czasu realizacji, warunków płatności, stosowanych materiałów), jeżeli modyfikacja ta powoduje, że realizowane zamówienie różni się zasadniczo charakterem od pierwotnie udzielonego zamówienia (kolumna 4 pkt 2), za które stawka korekty/pomniejszenia wynosi 25% wartości pierwotnego zamówienia oraz nowych prac budowlanych/dostaw/usług (jeżeli takie istnieją) wynikających z modyfikacji.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż przedmiotowa kontrola została wszczęta po dniu opublikowania niniejszej Decyzji, Instytucja Wdrażająca doszła do przekonania, iż możliwe jest zastosowanie do stwierdzonego naruszenia stawki korekty/pomniejszenia w wysokości określonej w Załączniku do Decyzji.

W dniu 12.08.2022 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia wobec powyższych ustaleń, wnosząc o odstąpienie od nałożenia korekty.

W złożonych zastrzeżeniach Zamawiający wyjaśnił, iż podstawą przedłużenia terminu realizacji umowy były trudności związane z brakiem dostępu do dwóch mieszkań – nr 1 i nr 2 - znajdujących się w budynku przy ul. Wita Stwosza 52 w Gliwicach. Ciągła nieobecność najemcy w lokalu mieszkalnym nr 1 ze względu na stały pobyt za granicą, a także notoryczne uniemożliwianie dostępu do lokalu mieszkalnego nr 2 mieszczą się, w ocenie Beneficjenta, w pojęciu „siły wyższej” – czyli zdarzenia zewnętrznego, nieprzewidywalnego, nieoczekiwanego i poza kontrolą stron umowy.

Beneficjent stwierdził, iż zgodnie z ustawą z dnia 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie i o zmianie kodeksu cywilnego, jedyną sytuacją, w której lokal musi być udostępniony niezwłocznie jest wystąpienie awarii wywołującej lub bezpośrednio zagrażającej powstaniem szkody. W pozostałych przypadkach lokator zobowiązany jest udostępnić lokal po wcześniejszym ustaleniu terminu.

W dalszej części zastrzeżeń Beneficjent przytoczył informacje uzyskane od inspektora nadzoru budowlanego prowadzącego nadzór nad realizacją zadania:

- *mieszkanie nr 1: Najemca przebywa na stałe we Francji (lokal jest niezamieszkały), kiedy po wielu próbach udało się z nim skontaktować, ustalono, że remont mieszkania może odbywać*

się tylko w jego obecności (zadeklarował swój przyjazd na czas remontu) jednak w bliżej nieokreślonym terminie, nie wcześniej niż 1 miesiąc od przeprowadzonej z nim rozmowy telefonicznej.

Po udostępnieniu mieszkania nr 1 przez lokatora, niemożliwe było wykonanie części robót (pionów instalacji wod.-kan.) bez dostępu do mieszkania nr 2.

- mieszkanie nr 2 – lokatorzy notorycznie nie udostępniali mieszkania ze względu na odbywające się ciągle libacje alkoholowe.

Zdaniem Zamawiającego opisane powyżej przeszkody stanowiły „siłę wyższą”, ponieważ zarówno wykonawca robót, jak i Zamawiający nie mieli wpływu na zaistnienie tych okoliczności oraz nie były one możliwe do przewidzenia.

Na potwierdzenie opisanych powyżej okoliczności, Beneficjent załączył do zastrzeżeń pismo Wykonawcy z dnia 06.11.2019 r. informujące ZBM II TBS Sp. z o.o. o braku dostępu do mieszkania nr 2 oraz pismo ZBM II TBS z dnia 07.11.2019 r. do lokatorów mieszkania nr 2, zawierające wezwanie do udostępnienia lokalu.

Odnosząc się do złożonych zastrzeżeń należy podkreślić, iż Instytucja Wdrażająca nie kwestionuje faktu, iż w toku realizacji umowy wystąpiły problemy z dostępem do lokali mieszkalnych. Niemniej jednak kluczową kwestią dla oceny legalności zawarcia kontrolowanego aneksu jest ustalenie czy okoliczności te można uznać za „siłę wyższą”.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego za siłę wyższą uważa się jedynie zdarzenia zewnętrzne w stosunku do uprawnionego, a zarazem nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli o "przemocnej" mocy oddziaływania, przed którego skutkami nie było żadnej obrony (tak: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2007 r., III CZP 100/07, OSNC 2008, Nr 12, poz. 139 i przywołane tam orzecznictwo; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 września 2011 r., IV CSK 77/11, niepubl.; z dnia 8 marca 2012 r., V CSK 165/11, nie publ.).

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Lublinie: *za siłę wyższą jest uznawane wyłącznie zdarzenie charakteryzujące się trzema następującymi cechami: zewnętrżnością, niemożliwością jego przewidzenia oraz niemożliwością zapobieżenia jego skutkom. Zdarzenie jest zewnętrzne wówczas, gdy następuje poza strukturą przedsiębiorstwa. Niemożliwość przewidzenia, że dane zdarzenie nastąpi, należy pojmować jako jego nadzwyczajność i nagłość. Niemożliwość zapobieżenia skutkom zdarzenia jest tłumaczona jako jego przemożność, a więc niezdolność do odparcia nadchodzącego niebezpieczeństwa. Za przejawy siły wyższej uznaje się katastrofalne zjawiska wywołane działaniem sił natury, np. powodzie, huragany, trzęsienia ziemi, pożary lasów. Jako siłę wyższą traktuje się także akty władzy publicznej oraz zjawiska społeczne lub polityczne o skali katastrofalnej.*³

Analogiczną definicję „siły wyższej” zawiera § 16 ppkt 2.3.a) Umowy, zgodnie z którym „siła wyższa” oznacza wydarzenie zewnętrzne, nieprzewidywalne, nieoczekiwane i poza kontrolą stron niniejszej umowy, występujące po podpisaniu umowy.

W ocenie Instytucji Wdrażającej nieudostępnienie mieszkań przez lokatorów w wyznaczonym przez Wykonawcę i Beneficjenta terminie nie jest zdarzeniem nieoczekiwanym i niemożliwym do przewidzenia w „przedsiębiorstwach” zajmujących się profesjonalnie zarządzaniem nieruchomościami, czy też modernizacją wielorodzinnych budynków mieszkalnych. Nie ulega wątpliwości, że prace związane z przebudową mieszkań nr 1 i 2 były wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia. Już na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, strony umowy miały wiedzę o konieczności dostępu

³ Wyrok SA w Lublinie z 19.11.2019 r., III APa 15/19, LEX nr 2750252.

do tych lokali mieszkalnych. Mając na względzie doświadczenie Zamawiającego i Wykonawcy należy przyjąć, że ustalony termin realizacji umowy, uwzględniał czasowe nieobecności lokatorów oraz inne sytuacje związane z utrudnionym dostępem do lokali. Obowiązkiem wykonawcy było natomiast zaplanowanie prac w lokalach w terminach akceptowanych przez lokatorów. W tym kontekście nie sposób również przyjąć, iż nie można było zapobiec skutkom okoliczności, na które powołuje się Beneficjent.

W związku z powyższym, Instytucja Wdrażająca stoi na stanowisku, iż podstawy faktyczne zawarcia kontrolowanego aneksu nie mogą zostać uznane za zdarzenia stanowiące „siłę wyższą”.

Ponadto, jak wynika z § 16 ppkt 2.3.a) Umowy *Wykonawca lub Pełnomocnik Zamawiającego/Zarządca mogą powołać się na zaistnienie siły wyższej tylko wtedy, gdy poinformują drugą stronę pisemnie w ciągu 3 dni od jej zaistnienia.*

Wykonawca poinformował Zamawiającego o braku dostępu do lokali mieszkalnych pismem z dnia 07.10.2019 r. W toku kontroli Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż zachowany został termin określony w przywołanym zapisie Umowy.

W świetle przedstawionych okoliczności Instytucja Wdrażająca w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji pokontrolnej nr 37/2022 z dnia 27.07.2022 r.

Ustalenia II

Naruszenia o charakterze formalnym prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych nie wywołujące skutków finansowych w postaci obniżenia kwoty wydatków kwalifikowalnych:

➤ **Nie stwierdzono**

Ustalenia III

Inne uwagi:

➤ **Nie stwierdzono**

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

Nie dotyczy

III. INFORMACJA O POMNIEJSZENIU WYDATKÓW KWALIFIKOWALNYCH

W związku z wynikiem kontroli procedury zawarcia Aneksu nr 01/19/TT z dnia 08.10.2019 r. do umowy nr 105/19/TT z dnia 12.06.2019 r. Wojewódzki Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach informuje, iż ustalił korektę finansową/wskaźnik pomniejszający w wysokości **25% wartości pierwotnego zamówienia.**


IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ

Od ustaleń zawartych w niniejszej opinii Beneficjentowi nie przysługują środki odwoławcze w systemie instytucjonalnym POIiŚ.

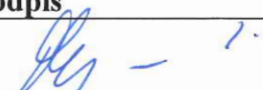
V. POZOSTAŁE INFORMACJE

1. Wynik powyższej kontroli nie uchyla innych ustaleń poczynionych w toku innych kontroli właściwych organów w systemie POIiŚ.
2. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach i Beneficjenta.


Data i podpis Kontrolującego:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Sporządziła:	Marlena Mizgała	23.08.2022r.	

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	23.08.2022r.	

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	23.08.22	

Informacja pokontrolna została zatwierdzona Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach
Nr 1310 /2022 z dnia 25.08.2022 r.

