

Informacja pokontrolna nr 20/2022/Z
z dnia 28.07.2022 r.

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

*po weryfikacji zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr 20/2022 z dnia 10.06.2022 r.
przekazanych przez Beneficjenta w dniu 01.07.2022 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 - I”;
 - 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 województwa śląskiego”;
 - 3) **Poddziałanie 1.7.1:** Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w województwie śląskim;
 - 4) **Numer projektu w SL 2014:** POIS.01.07.01-00-0053/19.
4. **Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 9/2020 zawarta w dniu 20.03.2020 r.
5. **Kontrolowany aneks:** Aneks z dnia 22 czerwca 2020r. do umowy nr 026/PZ/IV/2020 z dnia 27 kwietnia 2020r., której przedmiotem była „Termomodernizacja budynku przy ul. Sikorskiego 60 w Gliwicach, wprowadzenie C.O. z sieci ciepłowniczej miejskiej wraz z pracami towarzyszącymi.”
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 2018.1431 t.j. ze zm.);
 - 3) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 t.j.);
 - 4) Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 27 grudnia 2021 r.;
 - 5) 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.;
 - 6) 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. ze zm.), tzw. „taryfikator”;
- 7) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w § 13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
 - 8) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 30 grudnia 2021 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola doraźna ex-post.
8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0053.2019.KP.AZ.20.01 z dnia 06.04.2022 r. Kontrolę wszczęto w dniu 26.04.2022 r. i zakończono w dniu 28.07.2022 r. po rozpatrzeniu zastrzeżeń Beneficjenta.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta
- 1) w dniu 25.04.2022 r. (pismo nr BRM.042.4.2020 z dnia 22.04.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez prokurentów Zarządu Budynków Miejskich I TBS Sp. z o.o.: Panią Joannę Szykolewską i Pana Adama Wolańskiego,
 - 2) w dniu 24.05.2022 r. (pismo nr BRM.042.4.2020 z dnia 23.05.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Budynków Miejskich I TBS Sp. z o.o.: Pana Andrzeja Tomalę.
 - 3) zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej nr 20/2022 z dnia 10.06.2022 r. przekazane przez Beneficjenta w dniu 01.07.2022 r. (pismo z dnia 30.06.2022 r.).

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanej umowy – z istotnymi zastrzeżeniami.

1. Analiza faktyczno-prawna

W dniu 27 kwietnia 2020r. Beneficjent z Piotrem Boguszewskim prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Piotr Boguszewski zawarł umowę, której przedmiotem była termomodernizacja budynku przy ul. Sikorskiego 60 w Gliwicach, wyprowadzenie C.O. z sieci ciepłowniczej miejskiej wraz z pracami towarzyszącymi.

Wykonawca w §3 umowy zobowiązał się do wykonania zamówienia do dnia 30.11.2020r. z zastrzeżeniem zapisów (etapy fakturowania) określonych w załączniku Wymagania dodatkowe inwestora:

- a) I transza (roboty częściowe) do 30.05.2020r.
- b) II transza (100% prac z wyłączeniem czynności związanych z regulacją i uruchomieniem instalacji C.O.) do dnia 30.06.2020r.

W trakcie wykonywania zamówienia w dniu 25 czerwca 2020r. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o zmianę terminu realizacji II transzy zadania na dzień 31.07.2020r.

Strony w dniu 22 czerwca 2020r. zawarły kontrolowany aneks zmieniający §3 lit. a Umowy nr 026/PZP/IV/2020 z dnia 27.04.2020r. w ten sposób, że nowy termin zakończenia II transzy ustalono na dzień 30.07.2020r.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Instytucja Wdrażająca w pierwszej kolejności dokona oceny, czy wprowadzona zmiana jest zmianą nieistotną.

Zgodnie z art. 144 ust. 1e ustawy prawo zamówień publicznych zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną jeżeli zajdzie choć jedna z poniższych przesłanek:

- a) zmienia ogólny charakter umowy,
- b) 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,
- c) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie,
- d) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczenia i zobowiązań wynikających z umowy,
- e) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż te wymieniane w ust. 1 pkt. 4 niniejszego artykułu.

W celu rozstrzygnięcia kwestii „istotności” kontrolowanej zmiany należy przywołać mające znaczenie dla niniejszego rozstrzygnięcia okoliczności faktyczne.

Umowa między Wykonawcą a Zamawiającym została zawarta w dniu 27 kwietnia 2020r. W niniejszej umowie ostateczny termin wykonania zamówienia został określony na dzień 30 listopada 2020r. (§3 Umowy). W niniejszym paragrafie zostały również określone dwa terminy pośrednie:

- 30 maja 2020r.,
- 30 czerwca 2020r¹.

Jak wynika z Harmonogramu robót ustalonego wspólnie między Stronami umowy, do dnia 30 maja miały być ukończone roboty związane z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej, izolacją ścian fundamentowych, dociepleniem stropu nad piwnicą, remontami pomieszczeń, remontami piwnic, drenażem, wentylacją, remontem wymiennikowni i wykonaniem części instalacji elektrycznej.

Do końca czerwca z kolei miały być wykonane roboty budowlane związane z termomodernizacją ścian, dociepleniem poddasza, remontem klatki schodowej, schodami zewnętrznymi i utwardzeniem nawierzchni, wiatą na odpady, instalacją C.O. i C.W.U. oraz zakończeniem pozostałej części instalacji energetycznej.

Do końca listopada z kolei miały być wykonane roboty związane z regulacją i uruchomieniem instalacji C.O.

Kolejną istotną okolicznością jest wysokość wynagrodzenia wykonawcy i sposób jego zapłaty. Wykonawcy za wykonanie całego przedmiotu zamówienia przysługiwało wynagrodzenie w wysokości 532.530,79 zł brutto (§7 Umowy). Zgodnie z załącznikiem do umowy pn. „Wymagania dodatkowe inwestora” w trakcie realizacji zamówienia Strony przewidziały możliwość wypłaty wynagrodzenia w trzech częściach – pokrywających się z terminami realizacji zamówienia.

Pierwsza część wynagrodzenia miała być wypłacona w maju 2020r., druga część w czerwcu 2020r. do wysokości 95% wynagrodzenia. Trzecia część po uruchomieniu instalacji C.O. w listopadzie 2020r.

¹ Taki sam sposób uregulowania terminu realizacji zamówienia został zawarty w SIWZ,

Ostatnią kwestią, która może mieć znaczenie dla dokonania rozstrzygnięcia jest wysokość kar umownych za niedotrzymanie przez Wykonawcę terminów określonych w umowie. Jak wynika z (§11 ust. 2 lit. a Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót) za zwłokę w oddaniu określonych w umowie robót Zamawiający miał prawo naliczyć karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia za każdy dzień ponad umowny termin zakończenia robót.

Ponadto zgodnie z §10 ust. 8 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót Zamawiający miał prawo naliczenia kary umownej w wysokości 0,1% wynagrodzenia za nieterminowe złożenie faktury za każdy dzień zwłoki. Fakturę Wykonawca winien był wystawić w terminie 7 dni od daty odbioru robót (§4 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót), a rozliczenie miało się dokonywać w trzech etapach zgodnych z terminami pośrednimi i ostatecznym terminem zakończenia robót.

Mając na uwadze poczynione ustalenia Instytucja Wdrażająca doszła do przekonania, iż niniejszej zmiany nie można uznać za nieistotną.

Po pierwsze, właściwie całe zamówienie winno być wykonane w terminie do dnia 30 czerwca 2020 r. Mając na uwadze dzień zawarcia umowy Wykonawca miał 65 dni na wykonanie zamówienia. Wydłużenie tego terminu o kolejne 30 dni w ocenie Instytucji wdrażającej skutkować mogło tym, iż gdyby nowy termin zakończenia realizacji umowy był znany na etapie prowadzenia postępowania, to mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

Dodatkowo z Harmonogramu robót wynika, iż roboty remontowe mieszkań oraz roboty związane z wykonaniem wentylacji miały zostać ukończone do dnia 30 maja 2020r., a więc termin na wykonanie prac związanych z dobudową przewodu kominowego był jeszcze krótszy.

Po drugie wprowadzona zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy, gdyż w jej wyniku Wykonawca uniknął co najmniej płacenia kar umownych za nieterminowe wykonanie zamówienia, które w ocenie Instytucji Wdrażającej były znaczne i świadczą o dużym znaczeniu nie tylko terminu końcowego, ale również terminów pośrednich.

Tym samym zostały wypełnione dwie przesłanki z art. 144 ust. 1e ustawy prawo zamówień publicznych nie pozwalające uznać wprowadzonej zmiany za nieistotną.

2. Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Pzp

Ustalenia I

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

- **Naruszenie art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie**

Jako podstawę prawną wprowadzonej zmiany Beneficjent wskazał:

- a) §9 ust. 1 pkt. 1.8 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót, w którym to przepisie Strony przewidziały możliwość zmiany umowy w przypadku: „Wystąpienia konieczności wprowadzenia zmian w harmonogramie realizacji przedmiotu Umowy poprzez: przesunięcie w czasie, w tym związane ze zmianą finansowania, zmianę zakresów rzeczowych zakończonych i wyodrębnione technicznie

elementy robót, uszczegółowienie spowodowane obiektywnymi czynnikami, niezależnymi od Wykonawcy, uniemożliwiającymi realizację przedmiotu Umowy zgodnie z pierwotną wersją przedmiotowego Harmonogramu.”

- b) §9 ust. 2 pkt. 2.1.9 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót, w którym to przepisie Strony przewidziały możliwość zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku: „wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności;”
- c) §9 ust. 2 pkt. 2.1.10 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót, w którym to przepisie Strony przewidziały możliwość zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku: „przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy.”

Z kolei podstawą faktyczną wprowadzonej zmiany było nieudostępnienie mieszkania nr 2 przez jego lokatora w celu dobudowy przewodu kominowego.

Art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż *zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że (...): 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.*

Doktryna komentująca niniejszy zapis ustawy wskazuje, iż uprawnienie do dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 jest możliwe, gdy:

- 1) przyszłe zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) postanowienia w sprawie zmian umowy określają charakter zmian. Przez charakter zmian, należy rozumieć opisanie przedmiotu danego postanowienia umownego, który może ulec modyfikacji.
- 3) postanowienia w sprawie zmian umowy określają zakres zmian. Przez zakres zmiany rozumieć należy określenie, w jaki sposób zmieni się umowa w następstwie zmiany. Konstrukcja prawna zmiany umowy dokonywanej na podstawie klauzuli wprowadzonej przez zamawiającego wyklucza ustalanie zakresu zmiany w drodze negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Zakres zmiany winien być zdeterminowany postanowieniami samej umowy (lub ogłoszenia o zamówieniu), czyli określać precyzyjnie i jednoznacznie, jaką treść uzyska umowa w następstwie wprowadzenia danej zmiany.²

Ponadto należy stwierdzić, iż zakres wprowadzania zmian jest limitowany postanowieniami art. 144 ust. 1b, który stanowi, że zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy.

Mając na uwadze wyżej przedstawioną analizę art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp oraz zapisy umowy między Zamawiającym a Wykonawcą należy stwierdzić, iż:

- a) Zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian w harmonogramie realizacji przedmiotu umowy i zmianie terminu realizacji umowy (**§9 ust. 1 pkt. 1.8 oraz §9 ust. 2 pkt. 2.1.9 i 2.1.10 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót**),
- b) W umowie Nr 26/PZ/IV/2020 wskazane zostało postanowienie umowne, które może ulec zmianie (zmiana harmonogramu robót, zmiana terminu realizacji zamówienia),

² Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, komentarz do art. 144, LEX

- c) W niniejszej umowie **brak jest** natomiast zapisów pozwalających na precyzyjnie i jednoznacznie oraz automatyczne ustalenie jaką treść uzyska umowa w następstwie wprowadzenia danej zmiany.

Dodatkowo należy wskazać, iż przepis ustawowy wymaga, aby zapisy umowne regulujące niniejszą materię były sformułowane w *postaci jednoznacznych postanowień*, a przywołane przez Beneficjenta zapisy umowne dotyczące zmiany terminu realizacji zamówienia - §9 ust. 2 pkt. 2.1.9 i 2.1.10 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót - w ocenie Instytucji Wdrażającej takimi nie są.

Podsumowując, okoliczność wskazana w pkt. lit. c nie pozwala na przyjęcie, że wprowadzona zmiana została dokonana zgodnie z przesłanką wymienioną w art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

W ocenie Instytucji Wdrażającej wyżej opisane 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. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylające 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 zatem wystąpienie następujących okoliczności:

- 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.

Przepis art. 184 ustawy o finansach publicznych stanowi, iż wydatki związane z realizacją projektów finansowanych z funduszy unijnych są dokonywane zgodnie z procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą sądów administracyjnych *pod pojęciem procedur, o których mowa w art. 184 ust. 1 u.f.p., należy rozumieć nie tylko procedury określone w powszechnie obowiązującym prawie publicznym (europejskim i krajowym). Procedury te mogą wynikać nie tylko z aktu prawa powszechnie obowiązującego, ale także z łączącej strony umowy o dofinansowanie, w której zostaje określony uzgodniony sposób działania beneficjenta* (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 30 listopada 2017 r., sygn. akt IV SA/Gl 458/17).

W umowie o dofinansowanie Beneficjent zobowiązał się do ponoszenia wydatków m.in. zgodnie przepisami zawartymi w ustawie prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, naruszenie przez Beneficjenta wyszczególnionego powyżej zapisu Wytycznych stanowi naruszenie umowy o dofinansowanie, a tym samym naruszenie art. 184 ustawy o finansach publicznych.

Zgodnie z zawartą w art. 2 pkt 37 ww. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) definicją „*podmiot gospodarczy*” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej.

W ramach realizacji Projektu objętego dofinansowaniem ze środków Unii Europejskiej, Beneficjent jest podmiotem gospodarczym w świetle przytoczonego powyżej przepisu.

Bezsprzecznym jest, iż stwierdzone powyżej naruszenie wynikło z czynności podjętej przez Beneficjenta.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem *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.*³

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż wydatek wynikający z zmienianej umowy, która to zmiana została wprowadzona z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, jest wydatkiem nieuzasadnionym, tj. wydatkiem powodującym szkodę w budżecie UE.

Dla stwierdzenia nieprawidłowości nie ma znaczenia czy w wyniku naruszenia przepisów powstała szkoda realna czy też szkoda potencjalna, której rozmiarów i skutków nie da się ocenić.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach stwierdził, iż: *Naruszeniu procedury nie musi towarzyszyć powstanie rzeczywistej szkody. Oznacza to, że szkoda nie musi być konkretną stratą finansową, a do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie powstania szkody.*⁴

W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego został wyrażony pogląd, iż *nie chodzi o spowodowanie szkody rzeczywistej, wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Szkoda 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.*⁵ Analogicznie, w wyroku TSUE z 14 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt C-406/14, Trybunał stwierdził, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu.

Instytucja Wdrażająca nie znajduje okoliczności, które wykluczałyby wpływ stwierdzonego naruszenia na budżet UE. Jak wykazano powyżej, w wyniku zmiany umowy Wykonawca uzyskał dużo więcej czasu na realizację zamówienia w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie, a okres w jakim wykonawca jest zobowiązany do wykonania zamówienia ma niezwykle istotne znaczenie - szczególnie w przypadku robót budowlanych.

³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15

⁴ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn.akt IV SA/GI 898/17

⁵ Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017r. o sygnaturze II GSK 342/16

Stąd nie sposób wykluczyć, że gdyby już w trakcie prowadzenia postępowania inni wykonawcy wiedzieli o wydłużonym okresie realizacji zamówienia, to wpłynęłyby oferty od innych wykonawców, a ci którzy takie oferty złożyli nadali by im inną treść.

W świetle powyższego, zaistniały stan faktyczny wynikający ze stwierdzonego naruszenia 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 wniosek o płatność do dokonania korekty/pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowanych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Wartość pomniejszenia ustala się z na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień.

Jak wynika z § 5 przedmiotowego Rozporządzenia w przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonego naruszenia powodującego nieprawidłowość są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania (a z takimi przypadkami mamy w przedmiotowej kontroli do czynienia) poziom pomniejszenia należy ustalić w oparciu o stawkę procentową wskazaną w Załączniku do tegoż rozporządzenia.

Zgodnie z wyżej przywołanym Załącznikiem do Rozporządzenia za stwierdzoną nieprawidłowość **stawka pomniejszenia wynosi:**

- a) **100% wartości dodatkowej** zamówienia wynikającej ze zmiany umowy,
- b) **25% ostatecznej wartości ostatecznego zakresu świadczenia,**

na podstawie pozycji 28 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji”, kolumna 4 pkt. 1: „Naruszenie art. 144 ust. 1 Pzp polegające na dokonaniu zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania ustawowych przesłanek, z zastrzeżeniem naruszenia wskazanego w kategorii nieprawidłowości indywidualnych określonej w lp. 29 oraz lp. 30.”

Ustalenia II

Naruszenia o charakterze formalnym prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Pzp niewywołujące skutków finansowych w postaci obniżenia kwoty wydatków kwalifikowalnych:

- **Nie stwierdzono**

Ustalenia III

Inne uwagi:

- **Nie dotyczy**

W dniu 01.07.2022 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia do powyższych ustaleń Instytucji Wdrażającej.

Beneficjent nie zgadza się z oceną wprowadzonej zmiany dokonaną przez Instytucję Wdrażającą. W jego ocenie na podstawie przedstawionego powyżej stanu faktycznego nie można mówić, iż doszło do naruszeń ustawy prawo zamówień publicznych, które doprowadziły do powstania szkody czy to realnej czy też potencjalnej.

W związku z powyższym Beneficjent wniósł o zniesienie nałożonej korekty.

W ocenie Beneficjenta w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako termin zakończenia realizacji robót wskazano dzień 30 listopada 2020 r. i ten termin uważa za istotny, a nie „etapy fakturowania”. Kontrolowany Aneks zmienił właśnie termin jednego z etapów fakturowania, co z punktu widzenia realizacji zamówienia publicznego nie ma istotnego znaczenia.

Z kolei przyjmując, że była to zmiana istotna, to możliwość zmiany harmonogramu była przewidziana w umowie, a oczekiwanie Instytucji Wdrażającej, aby w umowie znalazły się zapisy pozwalające na automatyczne ustalanie treści jaką uzyska umowa po zmianach nie wynika z żadnego przepisu prawa.

Beneficjent powyższe twierdzenia oparł na poniżej przedstawionych podstawach, które związane są z uzasadnieniem przede wszystkim nieistotności zamiany albo gdyby ewentualnie przyjąć, że zmiana jednak jest istotna, to na uzasadnieniu twierdzenia, iż zmiana to została przewidziana w Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia.

Podstawą przemawiającą za tym, iż zmiana jest nieistotna jest zabieg polegający na rozdzieleniu bytów trzech dokumentów: umowy, harmonogramu realizacji robót i wymagań dodatkowych inwestora. Przy takim podejściu nie sposób nie zgodzić się z Beneficjentem, że zmiana terminu fakturowania jest zmianą nieistotną. Jednakże w ocenie Instytucji Wdrażającej taki zabieg jest nieuprawniony, gdyż wszystkie te dokumenty składają się na oświadczenia woli Stron umowy statuujące przedmiotowy węzeł obligacyjny i regulujący sposób realizacji zamówienia. O ważności wszystkich terminów wskazanych w tych dokumentach świadczy m.in. sam fakt ich ustanowienia, zabezpieczenie ich realizacji karami umownymi oraz inne przyczyny wskazane w informacji z dnia 10.06.2022r.

W tej grupie podstaw Beneficjent wskazuje również na to, że Wykonawca nie uzyskał żadnej korzyści ekonomicznej, na którą wskazuje Instytucja Wdrażająca w informacji z dnia 10.06.2022r.

Beneficjent uważa, że umowa została ukształtowana w ten sposób, że aby Beneficjent mógł naliczyć kary umowne musiałby udowodnić winę Wykonawcy w zaistnieniu okoliczności uzasadniającej naliczenie tychże kar (wszędzie gdzie mowa o karach umownych Wykonawca odpowiada za zwłokę).

Nie do końca jest jasnym dla Instytucji Wdrażającej co Beneficjent miał na myśli pod pojęciem „udowodnić”, ale w związku z faktem, iż jest to termin z prawa procesowego jak również mając na uwadze kontekst użycia niniejszego wyrazu, Instytucja Wdrażająca przyjmuje, iż zdaniem Beneficjenta, aby mógł on naliczyć karę umowną musiałby winę Wykonawcy udowodnić przed sądem.

Odnosząc się do niniejszego argumentu Instytucja Wdrażająca w pierwszej kolejności odniesie się do brzmienia umowy. W §ust. 6 Strony wyraźnie zaznaczyły, że Beneficjent może potrącić kary umowne z wynagrodzenia Wykonawcy.

Stąd Instytucja Wdrażająca wywodzi wniosek, iż każdy wykonawca musiał się liczyć z faktem, że przyjdzie mu zapłacić karę umowną w każdym wypadku niewywiązywania się ze swoich obowiązków, których realizacja zabezpieczona była karami umownymi - niezależnie od obecnych twierdzeń Beneficjenta.

Poza tym przy dużych wątpliwościach co do twierdzenia Beneficjenta zawartego w zastrzeżeniach i uznaniu go za słuszne, aby uznać wprowadzoną zmianę za nieistotną koniecznym by było również wykazanie, iż niezaistniała druga z przesłanek wskazująca na istotność zmiany, tj. iż 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.

A tego Beneficjent już nie wykazał – o czym wyżej.

Pozostałe podstawy dotyczą już sytuacji, w której zmianę uznać należałoby za istotną.

Pierwszą podstawą z tej grupy jest twierdzenie, że zmiana ta została przewidziana w umowie, a oczekiwanie Instytucji Wdrażającej aby umowa zawierała jednoznaczne klauzule, które automatycznie nadawać będą brzmienie zmienianych postanowień umownych nie wynika z żadnego przepisu prawa.

Instytucja Wdrażająca nie zgadza się z tym twierdzeniem. Przeczy temu brzmienie art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przedmiotowym przepisem klauzule umowne winny w jednoznaczny sposób określać: zakres zmiany, charakter zmiany, warunki wprowadzenia zmian. Jak wykazała to w informacji z dnia 10.06.2022r. Instytucja Wdrażająca (posiłkując się opinią doktryny) Beneficjent w SIWZ nie wskazał zakresu zmiany.

Drugą jest to twierdzenie, iż ani Wykonawca, ani Beneficjent nie mieli wpływu na okoliczność, że jeden z lokatorów nie udostępnił mieszkania dla celów związanych z wykonaniem zamówienia. Beneficjent zrównuje tą okoliczność z wystąpieniem „siły wyższej”, gdyż okoliczność ta była nieprzewidywalna.

Aby odnieść się do niniejszego twierdzenia Instytucja Wdrażająca najpierw przeprowadzi analizę pojęcia „siła wyższa”.

W doktrynie prawa cywilnego istnieją dwie teorie kwalifikujące siłę wyższą:

- subiektywna – uznającą za siłę wyższą zjawiska, którym nie można zapobiec nawet przy dołożeniu należytej staranności;
- obiektywna – za kryterium wyróżniające uznaje kwalifikację samego zdarzenia, a nie stopień staranności działającego człowieka.

Polskie sądy przyjęły za słuszną teorię obiektywną np.: Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 1952 r. o sygnaturze C 962/51, Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2007 r. o sygnaturze III CZP 100/07.

Również w doktrynie przeważa ten pogląd: „Pojęcie siły wyższej należy interpretować w sposób obiektywny i obejmować jego zakresem znaczeniowym tylko takie zdarzenia, które mają charakter nadzwyczajny i zewnętrzny w odniesieniu do podmiotu uprawnionego, których skutki nie dadzą się przewidzieć lub przynajmniej nie można im zapobiec.”⁶

W przywołanej już wyżej Uchwale Sądu Najwyższego o sygnaturze III CZP 100/07 tak sąd rozwija znaczenie pojęcia „siły wyższej”: „... do zdarzeń objętych kategorią siły wyższej zalicza się zdarzenia zewnętrzne w stosunku do przedsiębiorstwa, którego działalność jest rozpatrywana jako przyczyna szkody. Ponadto zwykle dodaje się, że działanie siły wyższej musi być nieuchronne, nadzwyczajne, niemożliwe do przewidzenia (.....).

⁶ Duże Komentarze Becka, M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, Tom I komentarz Art. 1-449, Wydawnictwo C.H.Beck, wyd. 1 Warszawa 2016, str. 751

W piśmiennictwie trafnie jednak zauważono, że większość wymienionych cech siły wyższej pozostaje względem siebie w relacji przyczynowo-skutkowej. Nieuchronność jest konsekwencją nadzwyczajności zjawiska. Może też wynikać z niemożności jego przewidzenia, jakkolwiek współczesna nauka i technika pozwalają przewidzieć większość nadzwyczajnych, nieuchronnych zjawisk przyrodniczych, można więc co najwyżej mówić tylko o niemożności ich przewidzenia w danym układzie stosunków. Nadzwyczajność określonego zjawiska, jego nieuchronność i niemożność przewidzenia w danym układzie stosunków oznaczają więc w istocie to samo.

W świetle aprobowanej na gruncie prawa polskiego obiektywnej koncepcji siły wyższej, wymienione cechy musi wykazywać samo to zjawisko, które jest oceniane jako działanie siły wyższej. Samo w sobie musi być więc ono nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli innymi słowy "przemienne". Należy je uznać za takie, jeżeli ze względu na tkwiącą w nim moc oddziaływania nie było przed nim, a ściślej - przed jego skutkami, żadnej obrony.

Zdarzenia wykazujące tę właściwość tradycyjnie ujmuje się w trzy grupy: klęski żywiołowe (*vis naturalis*), akty władzy (*vis imperii*) i działania zbrojne (*vis armata*)."

Z zapisu §9 ust. 2 pkt. 2.1.7 umowy nie wynika, aby strony pojęcie „siły wyższej” chciały w jakikolwiek zmodyfikować w stosunku do tego wyżej przedstawionego: „działania siły wyższej (np. klęski żywiołowe, strajki generalne lub lokalne) mającej bezpośredni wpływ na terminowość wykonania Przedmiotu umowy.”

Nie sposób uznać, iż nieudostępnienie mieszkania przez lokatora w oczekiwanym przez Wykonawcę i Beneficjenta terminie było zdarzeniem niemożliwym do przewidzenia w „przedsięwzięciach” zajmujących się profesjonalnie czy to zarządzaniem nieruchomością, czy też modernizacją budynków mieszkalnych wielorodzinnych.

Z powyższego względu Instytucja Wdrażająca nie zgadza się z twierdzeniem, że w analizowanym przypadku mamy do czynienia z działaniem „siły wyższej” albo uzasadnionym może być twierdzenie Beneficjenta (przy założeniu oczekiwanego profesjonalizmu zarówno od Wykonawcy jak i Beneficjenta) o nieprzewidywalności okoliczności wywołującej konieczność zmiany umowy.

Mając na uwadze wszystkie powyższe rozważania, Instytucja Wdrażająca uznała, iż zastrzeżenia Beneficjenta nie zasługują na uwzględnienie.

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 wyżej opisanego Aneksu Wojewódzki Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach informuje, iż:

- a) ustalił korektę finansową/wskaźnik pomniejszający wartość kwalifikowaną zamówienia udzielonego na podstawie umowy nr 026/PZ/IV/2020 z dnia 27.04.2020 r. w wysokości **25 %**,
- b) odstąpił od określenia stawki korekty finansowej/wskaźnika pomniejszającego wartość kwalifikowaną wydatków poniesionych na podstawie kontrolowanego Aneksu – zmieniono jedynie termin realizacji 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
Sporządził:	Andrzej Ziaja	28.07.2022	Andrzej Ziaja

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	28.07.2022	

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	2022 -07- 28	

Informacja pokontrolna została zatwierdzona Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach
Nr 1153 /2022 z dnia 29.07.2022 r.



Fundusze Europejskie
Infrastruktura i Środowisko



Rzeczpospolita
Polska

Unia Europejska
Fundusz Spójności



Informacja o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Nazwa podmiotu kontrolowanego	Gliwice – Miasto na prawach powiatu, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice.
Nr/Tytuł projektu	Projekt: „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice - I”. Numer projektu w SL 2014: POIS.01.07.01-00-0053/19.
Rodzaj kontroli	Kontrola doraźna ex-post.
Termin kontroli	Kontrolę wszczęto w dniu 26.04.2022 r. i zakończono dnia 28.07.2022 r.
Nazwy skontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego	Kontrolowany aneks z dnia 22 czerwca 2020r. do umowy nr 026/PZ/IV/2020 z dnia 27 kwietnia 2020r., której przedmiotem była „Termomodernizacja budynku przy ul. Sikorskiego 60 w Gliwicach, wprowadzenie C.O. z sieci ciepłowniczej miejskiej wraz z pracami towarzyszącymi.”
Ustalenia z przeprowadzonej kontroli	Z istotnymi zastrzeżeniami. Naruszenie art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie

2022-07-29

Data:

Podpis kierownika jednostki kontrolującej albo osoby upoważnionej:

WFOŚiGW w Katowicach
Zastępca Przewodniczącego

Podpis:

