

WK.5510.0053.2019.KP.AZ.147.04.

Katowice, 2023 -10- 2 0

→ BPM zgodnie z korekturą

URZĄD MIEJSKI - GLIWICE
Biuro Podawcze

List polecony
Data wpływu 25-10-2023

 Liczba zel. 2
UM.970812.2023

→ P. Dobrynieta → RPE
26.10.23.

Katarzyna Kobierska
Naczelnik Biura Rozwoju
Urząd Miejski w Gliwicach
ul. Jasna 31a
44-100 Gliwice


Szanowna Pani Naczelnik

Dotyczy: kontroli doraźnej procedury zawarcia Aneksu z dnia 30.07.2021 r. do umowy nr 042/PZ/IV/2021 z dnia 14.04.2021 r. realizowanej w ramach Projektu pn.: *Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice – I*, na podstawie umowy o dofinansowanie nr 9/2020 zawartej w dniu 20.03.2020 r. w ramach POIiŚ 2014-2020, Nr POIS.01.07.01-00-0053/19.

W związku z przeprowadzoną w dniach od 14.08.2023 r. do 18.10.2023 r. kontrolą doraźną ex-post procedury zawarcia aneksu do umowy o udzielenie zamówienia publicznego, w załączeniu przekazuję Informację pokontrolną nr 147/2023/Z z dnia 18.10.2023 r. oraz Informację o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Od ustaleń zawartych w załączonej informacji pokontrolnej nie przysługują środki odwoławcze w systemie instytucjonalnym PO IiŚ.

W sprawie rozliczenia pomniejszenia/korekty prosimy o kontakt z koordynatorem projektu z Zespołu Wdrażania i Koordynowania Projektów POIiŚ.

Z pozdrowieniami

WFOSiGW w Katowicach
Zastępca Prezesa Zarządu
Adam Lewandowski

Załączniki:

- 1) Informacja pokontrolna o numerze jak wyżej – 1 egzemplarz.
- 2) Informacja o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – 1 egzemplarz

Otrzymują:

- 1) adresat l egz. (z.p.o)
- 2) a/a l egz.

Informacja pokontrolna nr 147/2023/Z
z dnia 18.10.2023 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 147/2023 z dnia 25.09.2023 r.
przekazanych przez Beneficjenta w dniu 13.10.2023 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 30 lipca 2021 r. do umowy nr 042/PZ/IV/2021 z dnia 14 kwietnia 2021 r., której przedmiotem było „Wykonanie kompleksowej rewitalizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Jagiellońskiej w Gliwicach wraz z wykonaniem pionowej izolacji ścian fundamentowych, przebudowę wewnętrznej instalacji gazowej, dobudowę i uporządkowanie przewodów kominowych dla potrzeb lokali mieszkalnych w budynku, w ramach projektu „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice - I.”
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 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 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 obowiązujące od dnia 7 czerwca 2023 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 29 czerwca 2023 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.147.01 z dnia 01.08.2023 r. Kontrolę wszczęto w dniu 14.08.2023 r. i zakończono w dniu 18.09.2023 r. po rozpatrzeniu wniesionych zastrzeżeń.
9. **Zweryfikowane dokumenty:** Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
- 1) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 11.08.2023 r. (pismo nr BRM.042.4.2020 z sierpnia 2023 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Budynków Miejskich I TBS Sp. z o.o. Pana Andrzeja Tomalę.
 - 2) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 28.08.2023 r. (pismo nr BRM.042.4.2020 z dnia 25.08.2023 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Budynków Miejskich I TBS Sp. z o.o. Pana Andrzeja Tomalę.
 - 3) zastrzeżenia wniesione przez Beneficjenta w dniu 13 października 2023r (pismo nr BRM.042.4.2020 z dnia 12.10.2023 r.).

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

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

1. Analiza faktyczno-prawna

W dniu 14 kwietnia 2021r. Beneficjent z Przedsiębiorstwem Przemysłowo-Handlowo-Usługowym POG-TECH Sp. z o.o. (Wykonawca) zawarł umowę, której przedmiotem było wykonanie kompleksowej rewitalizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Jagiellońskiej 29 w Gliwicach wraz z wykonaniem pionowej izolacji ścian fundamentowych, przebudowy wewnętrznej instalacji gazowej, dobudowy i uporządkowania przewodów kominowych dla potrzeb lokali mieszkalnych w budynku, w ramach projektu „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice – I”.

Zgodnie z § 2 umowy Wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w czterech etapach - zgodnie z Harmonogramem realizacji robót.

Zgodnie zaś § 4 umowy termin realizacji zamówienia wyznaczono na dzień 30 lipca 2021 r.

W trakcie wykonywania zamówienia, pismami z dnia 5 lipca 2021 r., Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o:

- ✓ zmianę terminu realizacji zamówienia na dzień 15 października 2021 r.,
- ✓ wyrażenie zgody na jeden, dodatkowy etap fakturowania.

Strony w dniu 30 lipca 2021 r. zawarły kontrolowany aneks zmieniając:

- ✓ §2 Umowy w ten sposób, że zmieniono harmonogram realizacji robót i w związku z tym rozliczenie za przedmiot umowy miało odbyć się w pięciu etapach,
- ✓ §4 Umowy w ten sposób, że nowy termin zakończenia realizacji umowy ustalono na dzień 17 września 2021 r.

Jako podstawę prawną wprowadzonej zmiany Beneficjent wskazał:

- a) §13 ust. 1 pkt. 1.8 Umowy, w którym to paragrafie umowy Strony przewidziały możliwość jej zmiany 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) §13 ust. 2 pkt. 2.1.9 Umowy, w którym to paragrafie umowy 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) §13 ust. 2 pkt. 2.1.10 Umowy, w którym to paragrafie umowy Strony przewidziały możliwość zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku: „przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy.”

Podstawami faktycznymi wprowadzonej zmiany były:

- ✓ Przedłużające się procedury administracyjne związane z uzyskaniem pozwolenia na zajęcie pasa drogowego,
- ✓ Utrudnienia w dostępie do lokali nr 3, 4 i 3A,
- ✓ Konieczność opróżnienia, dezynsekcji i dezynfekcji klatki schodowej i lokalu 3A,
- ✓ Konieczność wykonania dodatkowych prac związanych z rozebraniem słupa przy elewacji frontowej oraz dwóch przegród ceglanych w wykopach,
- ✓ Przerwy w pracach wywołane przez fale upałów, które uniemożliwiały wykonanie prac zgodnie z zalecaniami producentów systemów ocieplenia.

ZMIANA HARMONOGRAMU REALIZACJI ROBÓT I ETAPÓW WYPŁATY WYNAGRODZENIA.

Zmianę „Harmonogramu realizacji robót”¹, o którym mowa w §2 ust. 1 umowy nr 042/PZ/IV/2021 Instytucja Wdrażająca uznaje za zmianę nieistotną.

W świetle art. 454 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych za zmianę istotną postanowień umownych można uznać zmianę, która: zmienia charakter umowy w sposób istotny, w szczególności jeżeli:

¹ Jednocześnie zmianę harmonogramu wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy

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

Analizowana zmiana nie wywołuje żadnego z powyżej opisanych skutków. W „Wymaganiach inwestorskich” stanowiących załącznik do dokumentacji przetargowej, w punkcie 19, zaznaczono, iż Wykonawca wynagrodzenie za wykonane roboty otrzyma w czterech etapach. Bezpośrednio z niniejszym wymogiem wiąże się § 2 umowy 042/PZ/IV/2021, który przewiduje, iż Wykonawca sporządzi Harmonogram realizacji robót i w oparciu o tenże dokument Wykonawca otrzymywać będzie poszczególne części wynagrodzenia. Harmonogram przygotowywał Wykonawca i był zobowiązany do jego przedstawienia Zamawiającemu w terminie 5 dni od daty podpisania umowy.

Wykonawca taki dokument przygotował i przedstawił. Przewidywał on wypłatę wynagrodzenia zgodnie z „Wymaganiami inwestorskimi”, a więc w czterech częściach w wysokościach w nim określonych.

W związku ze zmianą harmonogramu - wypłaty wynagrodzenia miały nastąpić w pięciu częściach, co skutkowało zmniejszeniem wysokości poszczególnych części wypłacanego wynagrodzenia przy jednoczesnym wydłużeniu okresu wypłacania wynagrodzenia w porównaniu do pierwotnego harmonogramu.

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. 455 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie**

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalna jest zmiana umowy 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 wprowadzenia 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.*

W komentarzu do ustawy zamieszczonym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych² autorzy wskazali, iż

- 1) „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. (...) ... zbyt ogólnikowe opisanie zmian może w konsekwencji uniemożliwić zmianę.”
- 2) „Określając zakres dopuszczalnej zmiany, zamawiający powinien wskazać, które z elementów umowy podlegają modyfikacji (np.: termin realizacji). Ponadto zamawiający powinien oznaczyć granice tej zmiany, w szczególności przez określenie okoliczności, które wpływają na jej kształt lub wskazanie określonego rezultatu, który ma być zrealizowany przez dokonanie zmiany (...). ... należy sformułować przesłanki lub okoliczności, które muszą zaistnieć by tę zmianę spowodować

W świetle przede wszystkim art. 455 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych oraz przywołanego komentarza, postanowienia umowne odnoszące się do zmiany terminu realizacji zamówienia (**m.in.: §13 ust. 2 pkt. 2.1.9 oraz §13 ust. 2 pkt. 2.1.10 Umowy**) w niewielkim stopniu czynią zadość sformułowanym tam wymaganiom.

Zamawiający określając zakres zmiany wskazał jedynie na możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia. Postanowienia umowne nie zawierają jednak jakichkolwiek informacji o granicach możliwych zmian.

Ponadto, wprawdzie postanowienia umowne zawierają przesłanki (okoliczności) których zaistnienie może spowodować zmianę umowy, ale np. pojęcie użyte w §13 ust. 2 pkt. 2.1.10 „przyczyny nie leżące po stronie Wykonawcy”, w ocenie Instytucji Wdrażającej, nie jest ani pojęciem precyzyjnym ani jednoznacznym. Po pierwsze pojęcie to nie pozwala wykonawcom ograniczyć i zminimalizować wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian dopuszczonych na jego podstawie oraz do określenia przesłanek ich wprowadzenia. Po drugie, skutkiem zastosowania tak ogólnego postanowienia umownego może być naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Świadczy o tym fakt, że wskazane przez Wykonawcę okoliczności uzasadniające zmianę terminu realizacji umowy, mimo iż dotyczą bardzo różnorodnych kwestii (kwestie dotyczące: przebiegu postępowania administracyjnego, dostępu do lokali, robót dodatkowych, technologii wykonania robót) w zasadzie mogą stanowić podstawę do zmiany umowy w oparciu o przywołane pojęcie. A możliwość tak szerokiej interpretacji postanowienia umownego jest wyłączona przez art. 454 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Okoliczności na które wskazuje Beneficjent nie są również okolicznościami nieprzewidywalnymi, gdyż większość z nich Beneficjent przewidział w podstawach zmiany umowy, tyle że opisane przez Wykonawcę okoliczności nie wystąpiły w takim stopniu jak określił to zamawiający³.

Pierwszą okolicznością faktyczną z powodu której wydłużono czas realizacji zamówienia było przedłużenie się (jak domyśla się Instytucja Wdrażająca) procedury administracyjnej związanej z uzyskaniem pozwolenia na zajęcie pasa drogowego.

² https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49852/Komentarz-Prawo-zamowien-publicznych.pdf

³ Z uwagi na nieprzewidywalność w sformułowaniu postanowień umownych poniższe rozważania są mniej doniosłe.

Instytucja Wdrażająca nie zgadza się ze stanowiskiem Beneficjenta, iż procedura ta się wydłużyła. Wykonawca zwrócił się z wnioskiem o pozwolenie w dniu 11 maja 2021 r., a decyzja została wydana w dniu 11 czerwca 2021 r., a więc w terminie przewidzianym w art. 35 ust. 3 kodeksu postępowania administracyjnego. Z adnotacji znajdującej się na decyzji wynika, że do Wykonawcy decyzja wpłynęła 23 czerwca 2021 r., ale ta okoliczność nie może świadczyć o przedłużeniu się tejże procedury.

Nie można też rozpatrywać tej przyczyny w kategoriach przyczyn „nieprzewidywalnych”, gdyż w §13 ust. 2 pkt. 2.1.3.1 Umowy zamawiający taką okoliczność przewidział jako podstawę do zmiany terminu realizacji umowy i dodał, że przekroczone powinny zostać terminy określone przez prawo.

Drugą okolicznością faktyczną była przerwa w pracach na elewacji wywołana przez zbyt wysokie temperatury uniemożliwiające wykonanie prac zgodnie z zaleceniami producentów systemu ocieplenia.

Z wypisów z Dziennika budowy wynika, iż takie przerwy wystąpiły dwa razy, w dniu 21 czerwca 2021 r. i 29 lipca 2021 r., Zamawiający w §13 ust. 2 pkt. 2.1.6 umowy wyraźnie zaznaczył, iż okoliczność taka może mieć wpływ na termin wykonania zamówienia jeżeli takie warunki pogodowe będą trwały co najmniej dwa tygodnie⁴.

Trzecią okolicznością faktyczną były utrudnienia w dostępie do wskazanych przez Wykonawcę lokali. W ocenie Instytucji Wdrażającej okoliczności tej nie sposób uznać za zdarzenie, które dla Wykonawcy czy Beneficjenta mogło by być zdarzeniem niemożliwym do przewidzenia przy zachowaniu staranności jakiej można by oczekiwać od Stron umowy. Należy mieć na uwadze, iż zarówno zamawiający jak i Wykonawca zajmują się profesjonalnie czy to zarządzaniem nieruchomością, czy to modernizacją wielorodzinnych budynków mieszkalnych i takie okoliczności związane z utrudnieniami w dostępie do poszczególnych lokali nie powinny być dla nich zaskoczeniem.

Jak przypuszcza Instytucja Wdrażająca w celu uniknięcia takiej sytuacji Zamawiający w pkt. II.7 SWZ zobowiązał Wykonawcę do skutecznego powiadomienia mieszkańców o prowadzonych robotach i utrudnieniach z nimi związanymi, a siebie w § 11 ust. 2 umowy, do przekazania placu budowy.

Za nieprzewidywalne nie można uznać również okoliczności związanych z koniecznością wykonania dodatkowych robót związanych z demontażem słupa i przegród ceglanych. Zamawiający w §13 ust. 2 pkt. 2.1.5.2 Umowy przewidział również taką możliwość. Na podstawie niniejszego postanowienia umownego zmiana terminu realizacji zamówienia była możliwa z powodu wystąpienia warunków geologicznych lub terenowych, które mogły mieć wpływ na termin realizacji zamówienia. Warunki te w szczególności mogły wynikać m.in. z niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych obiektów budowlanych lub ich elementów lub podziemnych urządzeń, instalacji, fragmentów budowli, obiektów infrastrukturalnych lub ich części.

Niniejsze okoliczności przesądzają więc o braku możliwości zmiany umowy na podstawie wskazanych postanowień umownych w zgodzie z art. 455 ust. 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. ustanawiającego wspólne

⁴ Z powodów jak wyżej, ta okoliczność również nie może zostać uznana za nieprzewidywalną.

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 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 orzeczniczą 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/GI 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 przepisu ustawy 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.

Nie może budzić wątpliwości, iż Beneficjent jest podmiotem gospodarczym w świetle przytoczonego powyżej przepisu, a jednocześnie nie jest organem państwa wykonującym swoje uprawnienia władzy publicznej, lecz osobą prawną biorącą udział we wdrażaniu pomocy EFSI na podstawie umowy o dofinansowanie projektu.

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

Ostatnią przesłanką uprawniającą Instytucję Wdrażającą do twierdzenia, że doszło do nieprawidłowości jest poniesienie szkody przez budżet Unii.

W orzecznictwie utrwalone zostało 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* (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15).

Podobną tezę zaprezentował Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach: *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.*⁵

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.

Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził bowiem, 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.*⁶

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, która mogłaby świadczyć o tym, iż stwierdzone naruszenie nie mogło wywołać negatywnych skutków budżetowych. W wyniku zmiany umowy pierwotny termin realizacji wynoszący 3,5 miesiąca został wydłużony o 1,5 miesiąca. Wykonawca niniejszy dodatkowy czas uzyskał w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie. Okres w jakim wykonawca jest zobowiązany do wykonania zamówienia jest niezwykle istotnym czynnikiem wpływającym na możliwość udziału w postępowaniu oraz wysokość zaoferowanej ceny - szczególnie w przypadku robót budowlanych. Stąd nie sposób wykluczyć, że gdyby już w trakcie prowadzenia postępowania inni wykonawcy wiedzieli o wydłużonym (lub możliwości wydłużenia) okresie realizacji zamówienia, to wpłynęłyby oferty od innych wykonawców, a ci którzy takie oferty złożyli nadali by im inną treść i wydatki poniesione z budżetu UE mogły by być mniejsze.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż wydatek wynikający z umowy zmienionej z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jest wydatkiem nieuzasadnionym, tj. wydatkiem powodującym szkodę w budżecie UE.

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.

⁵ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn.akt IV SA/GI 898/17

⁶ Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017r. o sygnaturze II GSK 342/16

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) **25% wartości pierwotnego zamówienia,**
- b) **25% nowych prac budowlanych wynikających z modyfikacji,**

na podstawie pozycji 23 „Modyfikacje elementów zamówienia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodnie z przepisami dyrektywy 2014/23/UE, dyrektywy 2014/24/UE oraz właściwych przepisów krajowych”, kolumna 5 pkt. 2: „Wprowadzono istotną modyfikację elementów zamówienia (m.in. ceny, charakteru robót budowlanych, czasu realizacji warunków płatności, stosowanych materiałów), jeżeli modyfikacja ta powoduje, że realizowane zamówienia różni się zasadniczo charakterem od pierwotnie udzielonego zamówienia. W każdym przypadku modyfikacja zostanie uznana za istotną, jeżeli zostanie spełniony co najmniej jeden z warunków określonych w art. 72 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE albo art. 454 ust. 2 Pzp ”

W dniu 13 października 2023 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń Instytucji Wdrażającej.

Najdalej idącym zarzutem Beneficjenta w stosunku do powyższych ustaleń Instytucji Wdrażającej jest to, że nie rozpatrzyła ona zgodności wprowadzonej zmiany z art. 455 ust. 1 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych. Zdaniem Beneficjenta zmiana umowy spowodowana była okolicznościami, których Zamawiający, działając z należyłą starannością, nie mógł przewidzieć, a zmiana ta nie modyfikowała ogólnego charakteru umowy i nie spowodowała wzrostu wartości pierwotnej umowy.

Instytucja Wdrażająca nie zgadza się z zasadniczym członem twierdzenia Beneficjenta, iż wystąpiły okoliczności, których Zamawiający nie przewidział. Jak już to wyżej zostało wykazane, w odpowiednich klauzulach umownych Zamawiający przewidział zarówno możliwość przedłużenia się procedury administracyjnej, czy wystąpienia niekorzystnych dla realizacji zamówienia warunków pogodowych, czy też wystąpienia warunków terenowych, które mogły mieć wpływ na wykonanie zamówienia (niezainwentaryzowane budowle konieczne do usunięcia). W stosunku do okoliczności polegającej na utrudnieniach w dostępie do niektórych mieszkań nie można stwierdzić, iż była ona nieprzewidywalna przy zachowaniu wymaganej od Zamawiającego jak i Wykonawcy staranności, z powodów wcześniej wskazanych.

Beneficjent również w trakcie prowadzenia kontroli nigdy nie wskazał, iż art. 455 ust. 1 pkt. 4 stanowił podstawę zmiany terminu realizacji zamówienia.

Poniżej Instytucja Wdrażająca odniesie się do pozostałych zarzutów Beneficjenta.

W pierwszej kolejności Beneficjent zarzucił Instytucji Wdrażającej, iż dokonała nieprawidłowej oceny klauzul umownych pozwalających na zmianę terminu umowy jako nieprecyzyjnych i niejednoznacznych.

W opinii Beneficjenta są one jasne i zrozumiałe dla wszystkich rozsądnie działających oferentów. Beneficjent uważa również, iż w przypadku wystąpienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć mimo zachowania należytej staranności lub wystąpienia przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, nie jest możliwym precyzyjne wskazanie o jaki okres (ile dni) zostanie wydłużony czas realizacji zamówienia. W opinii Beneficjenta we wskazanych klauzulach umownych posługuje się on wyrażeniami zawartymi w ustawie prawo zamówień publicznych i kodeksie cywilnym (wskazuje tutaj na konkretne przepisy z obu przywołanych aktów prawnych) i jego zdaniem nielogicznym jest, aby te same wyrażenia użyte przez ustawodawcę były precyzyjne i jednoznaczne, a użyte przez niego tracą te cechy.

Instytucja Wdrażająca nie podziela przedstawionego poglądu Beneficjenta.

Po pierwsze, Beneficjent stoi na stanowisku, że skoro jakaś klauzula jest jasna, to automatycznie jest ona precyzyjna i jednoznaczna. Instytucja Wdrażająca zgadza się z Beneficjentem, iż wskazane przez niego klauzule umożliwiające zmianę terminu realizacji zamówienia są jasne – tzn. całkowicie zrozumiałe.⁷ Nie sposób jednak przyjąć, iż określają one dokładnie (precyzyjnie)⁸, w sposób nie budzący wątpliwości (jednoznaczny)⁹, przesłanki zmiany i warunki zmiany terminu realizacji zamówienia. Według Urzędu Zamówień Publicznych postanowienia *o zmianie umowy są jasne, precyzyjne i jednoznaczne wtedy, gdy „wszyscy rozsądnie poinformowani oferenci – zachowując zwykłą staranność – są w stanie dokładnie zrozumieć ich znaczenie oraz interpretują je w ten sam sposób”*¹⁰. Jak wskazano powyżej, postanowienia umowne umożliwiające zmianę umowy winny ograniczać i minimalizować wątpliwości co do zakresu zmian, czy też przesłanek ich wprowadzenia. W związku z powyższym, użyte przez ustawodawcę w art. 455 ust. 1 pkt. 1 wyrazy „jasny”, „jednoznaczny”, „precyzyjny” należy interpretować w tym kontekście. Skutkuje to tym, że postanowienia umowne dopuszczające zmianę umowy powinny posiadać wszystkie cechy wyrażone w przywołanych wyrazach, a nie tylko wybrane, jak może to wynikać z zastrzeżeń Beneficjenta.

Po drugie, to że ustawodawca w aktach prawnych posługuje się tożsamymi wyrażeniami, co Zamawiający w treści umowy nie oznacza, że wyrażenia te użyte w treści umowy stają się jednoznaczne i precyzyjne. Kompletnie umyka bowiem Beneficjentowi kontekst w jakim ustawodawca użył tychże wyrażeń. Żaden ze wskazanych przez Beneficjenta przepisów zawartych w ustawie prawo zamówień publicznych, choć reguluje kwestię zawarcia umowy o udzielenie zamówienia, to nie odnosi się do kwestii zmiany tejże umowy, nie wspominając już o wskazanych przepisach kodeksu cywilnego.

Po trzecie, nie było intencją Instytucji Wdrażającej, aby Zamawiający we dokumentach postępowania wskazywał **konkretną ilość dni** o jaki zostanie przedłużony okres realizacji umowy w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniającej zmianę terminu realizacji zamówienia. W tym względzie Instytucja Wdrażająca podziela stanowisko Beneficjenta, iż jest to niemożliwe. Intencją Instytucji Wdrażającej było to, aby umowa zawierała **zasady w jaki sposób zostanie obliczony nowy okres realizacji zamówienia**. Przedstawiona do kontroli umowa takich zasad nie zawiera, na co już wcześniej wskazała Instytucja Wdrażająca.

⁷ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/jasny.html>

⁸ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/precyzyjny.html>

⁹ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/jednoznaczny.html>

¹⁰ Urząd Zamówień Publicznych, *Klauzule przeglądowe. Wzorce i dobre praktyki*, Warszawa, 2020 r., https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0022/43654/Klauzule-przegladowe-A.pdf.

Kolejny zarzut Beneficjenta dotyczy przedłużenia się procedury administracyjnej. Beneficjent twierdzi, iż zgodnie z art. 35 kodeksu postępowania administracyjnego (dalej k.p.a.) interpretowanym łącznie z art. 12 k.p.a, sprawa powinna zostać załatwiona niezwłocznie, co w rozumieniu Beneficjenta oznacza okres kilku dni.

Instytucja Wdrażająca nie zgadza się z przedstawioną interpretacją wskazanych przepisów z powodów wskazanych wcześniej. Dodać można jedynie, iż zgodnie ze słownikiem języka polskiego słowo „niezwłoczny” oznacza „taki, który powinien nastąpić w jak najkrótszym czasie”¹¹.

Beneficjent zarzuca również Instytucji Wdrażającej, iż błędnie zinterpretowała zapisy w dzienniku budowy dotyczące wstrzymania prac z uwagi na zbyt wysokie temperatury. Zdaniem Beneficjenta nie można go interpretować w ten sposób, iż prace zostały wstrzymane jedynie w tym dniu do którego odnosi się odpowiedni zapis.

Instytucja Wdrażająca podtrzymuje swoje stanowisko, iż z zapisu tego nic innego nie wynika, a w zastrzeżeniach Beneficjent nie przedstawił żadnych argumentów pozwalających na odmienną interpretację zapisów dziennika.

Podobnie rzecz ma się z zarzutem, iż w przesłankę zmiany terminu realizacji umowy z „przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy” wpisuje się okoliczność polegająca na braku dostępu do wskazanych wyżej mieszkań. Instytucja Wdrażająca nie kwestionuje faktu „wpisywania się” niniejszej okoliczności we wskazaną przesłankę, ale fakt, że przesłanka ta nie jest jednoznaczna i precyzyjna. Dlatego podtrzymuje swoje stanowisko również w tej kwestii.

Z niniejszych powodów Instytucja Wdrażająca podtrzymuje swoje stanowisko i uznaje zastrzeżenia Beneficjenta za niezasadne.

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**

¹¹ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/niezw%C5%82ocznie.html>

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 042/PZ/IV/2021 z dnia 14.04.2021 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 uchyła 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	18.10.2023	Andrzej Ziaja

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	18.10.2023	

Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	2023 -10- 18	

Informacja pokontrolna została zatwierdzona Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach Nr 1670 /2023 z dnia 20.10.2023 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 14.08.2023 r. i zakończono dnia 18.10.2023 r.
Nazwy skontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego	Kontrolowany aneks: Aneks z dnia 30 lipca 2021 r. do umowy nr 042/PZ/IV/2021 z dnia 14 kwietnia 2021 r., której przedmiotem było „Wykonanie kompleksowej rewitalizacji budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Jagiellońskiej w Gliwicach wraz z wykonaniem pionowej izolacji ścian fundamentowych, przebudowę wewnętrznej instalacji gazowej, dobudowę i uporządkowanie przewodów kominowych dla potrzeb lokali mieszkalnych w budynku, w ramach projektu „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice - I.”
Ustalenia z przeprowadzonej kontroli	Z istotnymi zastrzeżeniami. Naruszenie art. 455 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie

2023 -10- 2 0

Data: Podpis kierownika jednostki kontrolującej albo osoby upoważnionej:

WFOŚiGW w Katowicach
Zdziesiątych i Trzeciego Zjazdu
Krzysztof Dumy
Adam Ławarowski

