

**Informacja pokontrolna nr 90/2022/2023/Z**  
**z dnia 31.01.2023 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 rozpatrzeniu zastrzeżeń Beneficjenta wniesionych do ustaleń zawartych w Informacji pokontrolnej nr 90/2022 z dnia 29 grudnia 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 040/PZ/IV/2020 z dnia 27 kwietnia 2020r., której przedmiotem była „Termomodernizacja budynku przy ul. Sikorskiego 70 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 25 sierpnia 2022 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.90.01 z dnia 25.10.2022 r. Kontrolę wszczęto w dniu 23.11.2022 r. i zakończono w dniu 31.01.2023 r. po rozpatrzeniu zastrzeżeń Beneficjenta.
9. **Zweryfikowane dokumenty:** Kontrolę przeprowadzono w oparciu o kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta:
  - 1) w dniu 22.11.2022 r. (pismo nr BRM.042.4.2020 z dnia 18.11.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Budynków Miejskich I TBS Sp. z o.o. Pana Andrzeja Tomalę.
  - 2) w dniu 21.12.2022 r. (pismo nr BRM.042.4.2020 z dnia 21.12.2022 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu Budynków Miejskich I TBS Sp. z o.o.: Pana Andrzeja Tomalę.
  - 3) Zastrzeżenia Beneficjenta wniesione w dniu 17 stycznia 2023 r. – pismo nr BRM.042.4.2020 .

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 Romanem Wieczorkiem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Rowibau Ogólnobudowlane Roman Wieczorek zawarł umowę, której przedmiotem była termomodernizacja budynku przy ul. Sikorskiego 70 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, iż:

- 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 15 czerwca 2020r. Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o zmianę terminu realizacji II transzy zadania na dzień 30.07.2020r.

Strony w dniu 22 czerwca 2020r. zawarły kontrolowany aneks zmieniający §3 lit. a Umowy nr 040/PZ/IV/2020 z dnia 27.04.2020r. w ten sposób, że nowy termin zakończenia II transzy ustalono na dzień 30.07.2020 r.

## **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 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia bez dochowania przesłanek wskazanych w ww. przepisie**

Jako podstawy prawne 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 były:

- a) Roboty budowlane prowadzone przez PEC Gliwice Sp. z o.o. w celu przyłączenia budynku do sieci ciepłowniczej,
- b) Nieobecność lokatorów uniemożliwiająca terminowe wykonanie prac wewnętrznych.

A.

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.<sup>1</sup>

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) Przede wszystkim 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 nie są jednoznaczne. Świadczy o tym m.in. fakt, że w ich zakres można wpisać wszystkie podstawy zamiany umowy opisane przez Zamawiającego w ustępach 1, 2, 3, 4, 5 i 6 niniejszego paragrafu.
- b) Z kolei **§9 ust. 1 pkt. 1.8 Szczegółowych Warunków Umownych prowadzenia i odbioru robót** odnosi się do możliwości wprowadzenia zmian terminów, ale tylko tych określonych w samym harmonogramie, a nie do możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy.
- c) Niejako na marginesie należy dodatkowo zauważyć, iż w §9 ust. 2 Umowy nie znalazł się żaden zapis pozwalający na precyzyjnie i jednoznacznie oraz automatyczne ustalenie jaką treść uzyska zmieniany zapis umowny w następstwie wprowadzenia danej zmiany z powodów wskazanych w tymże ustępie.

**Podsumowując, powyższe okoliczności nie pozwalają na przyjęcie, że wprowadzona zmiana została dokonana zgodnie z przesłanką wymienioną w art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.**

## B.

Instytucja Wdrażająca mając jeszcze na uwadze okoliczność związaną z przyłączeniem termomodernizowanego budynku do sieci ciepłowniczej będącej własnością PEC Gliwice Sp. z o.o., okoliczność tą przeanalizowała pod kątem zaistnienia podstawy zmiany umowy określonej w art. 144 ust. 1 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z nią zmiana umowy z wykonawcą jest zgodna z ustawą prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy:

- a) Konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

<sup>1</sup> Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, komentarz do art. 144, LEX

- b) Wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Z ustaleń poczynionych przez Instytucję Wdrażającą w oparciu o dokumenty nadesłane przez Beneficjenta wynika, iż Beneficjent:

- a) w dniu 16 marca 2020r. zawarł z PEC Gliwice Sp. z o.o. umowę nr M-964 o przyłączenie do sieci ciepłowniczej budynku przy ul. Sikorskiego 70,
- b) w §7 ust. 1 pkt. lit. c umowy nr M-964 zobowiązał się do udostępnienia nieruchomości w celu wykonania prac budowlano technologicznych związanych z wykonaniem przyłącza od dnia 1 lipca 2020 r.,
- c) faktycznie udostępnił teren w celu wykonania przyłącza na podstawie protokołu sporządzonego w dniu 21 sierpnia 2020 r., w którym to protokole termin rozpoczęcia robót został wyznaczony na dzień 1 września 2020 r.

Powyższe okoliczności, w ocenie Instytucji Wdrażającej, nie pozwalają na jakiegokolwiek powiązanie robót termomodernizacyjnych z robotami związanymi z przyłączeniem budynku do sieci ciepłowniczej z tej prostej przyczyny, że roboty termomodernizacyjne miały zostać zakończone do dnia 30 czerwca 2020 r., a roboty związane z budową przyłącza ciepłowniczego rozpoczęły się dopiero dwa miesiące po tym terminie.

W piśmie nr ZGM.98004.2022 z dnia 20.12.2022 r. w pkt. 1 Beneficjent informuje wprawdzie:

- iż, pozyskał wstępną deklarację z PEC Gliwice Sp. z o.o. o konieczności wcześniejszego rozpoczęcia prac ziemnych na terenie nieruchomości,
- z tego względu Wykonawca wstrzymał prace zewnętrzne związane z wykonaniem docieplenia ściany budynku, tj. rozstawienia rusztowania,
- a przerwa z tego powodu trwała ok. jednego miesiąca.

**Jednakże o ocenie Instytucji Wdrażającej informacja ta:**

- **jest bardzo ogólna,**
- **niepoparta żadnymi dokumentami,**
- **sprzeczna z wyżej opisanymi ustaleniami Instytucji Wdrażającej opartymi na dokumentach przesłanych przez Beneficjenta,**

**i nie może ona stanowić podstawy do przyjęcia, że przesłanka z art. 144 ust. 1 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych została wypełniona.**

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 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 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 wynikało z czynności podjętej przez Beneficjenta.

Zgodnie z utrwalonym w orzecnictwie 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.*<sup>2</sup>

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

<sup>2</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15

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.*<sup>3</sup>

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.*<sup>4</sup> 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. 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 i wydatki poniesione z budżetu UE mogły by być mniejsze.

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 wnioski 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,**

<sup>3</sup> Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 31 stycznia 2018 r., sygn.akt IV SA/GI 898/17

<sup>4</sup> Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017r. o sygnaturze II GSK 342/16

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.”

**W dniu 17 stycznia 2023 r. do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia twierdząc, iż Instytucja Wdrażająca niesłusznie uznała, iż:**

- **zmiana terminu miała większe znaczenie niż nieznaczne względem całego okresu jaki był przewidziany na realizację umowy,**
- **nie zaistniały przesłanki określone w umowie nr 040/PZ/IV/2020 uprawniające Zamawiającego do zmiany terminu realizacji umowy, tym samym, że wprowadzona zmiana naruszyła art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych,**
- **stwierdzone naruszenie doprowadziło do powstania nieprawidłowości i w konsekwencji konieczności dokonania korekty finansowej wydatków kwalifikowanych w wysokości 25%.**  
**Niniejsze błędne ustalenia wynikły z:**
- **przyjęcia przez Instytucję Wdrażającą odgórnego założenia, że doszło do naruszenia prawa wspólnotowego i prawa zamówień publicznych,**
- **niepodjęcia przez Instytucję Wdrażającą wystarczających działań mających na celu dokładne wyjaśnienie stanu faktycznego.**

#### **A.**

##### Przesłanki zmiany umowy

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Beneficjenta w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż fakt wystąpienia przesłanek uprawniających Beneficjenta do zmiany umowy ma drugorzędne znaczenie. Jak już to wyżej wyjaśniła Instytucja Wdrażająca zapisy umowne uprawniające do zmiany umowy zostały skonstruowane w sposób wadliwy w świetle wymagań stawianych przez art. 144 ust. 1 pkt. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

#### **B.**

##### Okres realizacji zamówienia

Z kolei w celu rozstrzygnięcia kwestii „istotności” wydłużenia okresu realizacji umowy 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 2020r<sup>5</sup>.

O ile terminowi na ukończeniu części prac wyznaczonemu na dzień 30 maja 2020 r. można przypisać cechę nieznaczności<sup>6</sup>, to terminowi wyznaczonemu na dzień 30 czerwca

---

<sup>5</sup> Taki sam sposób uregulowania terminu realizacji zamówienia został zawarty w SIWZ.



2020 r., działając zgodnie z doświadczeniem życiowym, takiej cechy przypisać już nie sposób. Wszystkie roboty budowlane pierwotne miały być wykonane właśnie w terminie do dnia 30 czerwca 2020 r., a nie jak twierdzi Beneficjent do 30 listopada 2020 r. Tak więc Wykonawca winien był pierwotnie wykonać zamówienia w okresie 65 dni. Wydłużenie okresu realizacji umowy o kolejne 30 dni w ocenie Instytucji Wdrażającej skutkowało tym, iż gdyby dłuższy okres realizacji umowy był znany na etapie prowadzenia postępowania, to mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści.

Poza terminem 30 czerwca 2020r. wykonana miała być jedna usługa związana z regulacją i uruchomieniem instalacji C.O.

Również do 30 czerwca 2020 r. Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia faktury opiewającej na 95% wartości jego wynagrodzenia. Zapłata pozostałych 5% miała nastąpić po uruchomieniu instalacji C.O. w listopadzie 2020r.

Mając na uwadze poczynione ustalenia Instytucja Wdrażająca tak znaczne wydłużenie okresu realizacji umowy nie może uznać za nieznaczące.

### C.

#### Ustalenie stanu faktycznego

Co do przesłanki nieprzewidywalności okoliczności utrudnionego dostępu do mieszkań, to w niniejszym zakresie Instytucja Wdrażająca wypowiedziała się w Informacji pokontrolnej nr 20/2022/Z z dnia 28.07.2022 r. wydanej po przeprowadzeniu kontroli procedury zawarcia aneksu z dnia 22.06.2020 r. do umowy 026/PZ/IV/2020 z dnia 27.04.2020 r i podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie, tym bardziej, że Beneficjent nie przedstawił żadnych argumentów, które mogłyby skłonić Instytucję Wdrażającą do rozważenia zmiany tegoż stanowiska.

Beneficjent w zastrzeżeniach zarzucił także Instytucji Wdrażającej, iż dokonała odgórnego założenia, iż wydłużenie okresu realizacji zamówienia doprowadziło do naruszenia prawa zamówień publicznych i prawa wspólnotowego. Podstawą zarzutu jest fakt, iż z przedstawionych przez niego okoliczności Instytucja Wdrażająca wysnuła inne wnioski niż oczekiwał by tego Beneficjent.

Instytucja Wdrażająca nie zgadza się z przedstawionym zarzutem. Przeczą temu realia przeprowadzonej kontroli. Instytucja Wdrażająca stworzyła możliwość przedstawienia Beneficjentowi uzasadnienia (przedstawienie dokumentów i wyjaśnień) wydłużenia okresu realizacji umowy<sup>7</sup>. W uzasadnieniu informacji pokontrolnej Instytucja Wdrażająca przedstawiła „proces myślowy”, który doprowadził ją do przyjęcia przedstawionych ustaleń. Proces ten został dokonany w oparciu o okoliczności przedstawione przez Beneficjenta. Beneficjent w zastrzeżeniach nawet nie próbował podważyć przedstawionego toku podejmowania ustaleń. Nie padł również zarzut, aby Instytucja Wdrażająca w wydanej przez siebie Informacji pokontrolnej nie rozważyła jakiegokolwiek z przedstawionych przez Beneficjenta okoliczności. Jedyne z czym się Beneficjent nie zgadza to właśnie przyjęte ustalenia. W toku kontroli Instytucja Wdrażająca podjęła również czynności sprawdzające w kierunku ustalenia, czy opisane przez Beneficjenta okoliczności nie wyczerpują przesłanek uzasadniających wydłużenie okresu realizacji zamówienia wskazanych w art. 144 ust. 1 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, czego Beneficjent w swoim uzasadnieniu zmiany umowy w ogóle nie poruszył.

<sup>6</sup> W ocenie Instytucji Wdrażającej wewnętrzne ustalenia między Wykonawcą a Zamawiającym co do sposobu realizacji zamówienia mają jedynie charakter techniczny.

<sup>7</sup> Pismo z dnia 25.10.2022 r. oraz pismo z dnia 13.12.2022 r. z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia i nadesłanie dodatkowych dokumentów.

We wniesionych zastrzeżeniach Beneficjent wniósł co prawda o „przesłuchanie” dwóch Panów: Romana Wieczorka (Wykonawca) i Zbigniewa Wala (Inspektora nadzoru), ale okoliczności, których zaistnienie mieli by oni potwierdzić nie były kwestią sporu między Beneficjentem, a Instytucją Wdrażającą. Instytucja Wdrażająca nie kwestionowała faktu, iż Wykonawca miał utrudniony dostęp do mieszkań. Instytucja Wdrażająca uważa, że okoliczność ta nie może stanowić podstawy zamiany okresu realizacji umowy w oparciu wskazany przez Beneficjenta zapis umowy.

Co do drugiej okoliczności, tj. oczekiwanego montażu przyłącza instalacji ciepłowniczej, to Beneficjent w zasadzie zmierza do tego, aby Instytucja Wdrażająca podważyła umowne<sup>8</sup> ustalenia między PEC Gliwice Sp. z o.o. a Zarządem Budynków Miejskich I Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., m.in. co do terminu budowy przyłącza<sup>9</sup> powzięte przez osoby uprawnione do reprezentowania obu spółek<sup>10</sup>, w oparciu o „wstępną deklarację”<sup>11</sup> uzyskaną przez Panów Romana Wieczorka i Zbigniewa Wala z bliżej nieokreślonego źródła związanego z PEC Gliwice Sp. z o.o.<sup>12</sup>

W ocenie Instytucji Wdrażającej zabieg taki jest niedopuszczalny również z tego powodu, iż zgodnie z §13 Umowy o dofinansowanie kontrola prowadzona jest w oparciu o dokumenty.

Powyższe okoliczności przeczą tezie, że Instytucja Wdrażająca nie uwzględniając okoliczności przedstawionych przez Beneficjenta przeprowadziła postępowanie kontrolne w celu potwierdzenia przyjętego przez siebie założenia.

W związku z powyższym nie zaistniały żadne okoliczności, które uzasadniałyby zmianę stanowiska Instytucji Wdrażającej co do stwierdzonej nieprawidłowości i wysokości stawki korekty/pomniejszenia.

## 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**

<sup>8</sup> Umowa nr M-964 z dnia 16.03.2020 r.

<sup>9</sup> §7 umowy nr M-964

<sup>10</sup> I realizowane w praktyce. Patrz: „Protokół przekazania terenu i rozpoczęcia robót” z dnia 21.08.2020 r.

<sup>11</sup> Pismo nr ZGM.98004.2022 z dnia 20.12.2022 r. Wprawdzie w piśmie Wykonawcy z dnia 15.06.2020 r.

podane jest, iż wstrzymanie prac termomodernizacyjnych nastąpiło: „Z powodu wykopów prowadzonych przez PEC, .....”, ale oświadczeniu temu przeczą dwa inne fakty. Pierwszy z nich to adnotacja w „Protokole przekazania terenu i rozpoczęcia robót” z dnia 21.08.2020 r., iż realizacja robót związanych z budową przyłącza ciepłowniczego rozpoczyna się 1 września 2020 r. Drugi to informacja zawarta w piśmie nr ZGM.98004.2022 z dnia 20.12.2022 r., iż: „W związku z nierozpoczęciem prac przez PEC Gliwice wznowiono realizację robót.....”

<sup>12</sup> Jak należy domniemywać

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

Nie dotyczy.

**III. STAWKA PROCENTOWA KOREKTY/POMNIEJSZENIA**

W związku z wynikiem kontroli procedury zawarcia wyżej opisanego Aneksu Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach ustala stawkę procentową korekty/pomniejszenia w wysokości **25% na wydatki** kwalifikowalne wynikające z umowy nr 040/PZ/IV/2020 z dnia 27.04.2020 r

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach odstąpił od określenia stawki korekty/pomniejszenia na wartość wydatków kwalifikowalnych poniesionych na podstawie kontrolowanego Aneksu, z uwagi na fakt, iż zmieniono jedynie termin realizacji zamówienia.

**IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ**

**Od ustaleń zawartych w niniejszej informacji pokontrolnej 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	31.01.2023	Andrzej Ziaja

**Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:**

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	31.01.2023	

**Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:**

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	2023 -02- 0 2	

Niniejsza Informacja pokontrolna została zatwierdzona uchwałą Zarządu Wojewódzkiego Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach nr .....165...../2023 z dnia 02.02.....2023 r.






## 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 23.11.2022 r. i zakończono dnia 31.01.2023 r.
Nazwy skontrolowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego	Kontrolowany aneks: Aneks z dnia 22 czerwca 2020r. do umowy nr 040/PZ/IV/2020 z dnia 27 kwietnia 2020r., której przedmiotem była „Termomodernizacja budynku przy ul. Sikorskiego 70 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.

2023 -02- 03

Data: .....

Podpis kierownika jednostki kontrolującej albo osoby upoważnionej

M. FOSIGM w Katowicach  
Zastępca i Przewodniczący Zarządu  
  
Miejski Zarząd Infrastruktury i Środowiska

