



Województwo
Śląskie



100-LECIE
POWSTAŃ ŚLĄSKICH
1919-1920-1921



Województwo Śląskie
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

Katowice, 01 lipca 2021
FR-RKPR.44.320.1.2021.PK
FR-RKPR.KW-00586/21
Dotyczy projektu nr 00EH/19

Pan Paweł Zemanek
Wójt Gminy Porąbka
Urząd Gminy Porąbka
ul. Krakowska 3
43-353 Porąbka

Dotyczy kontroli projektu pn. Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka.

Szanowny Panie Wójcie,

w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach od 18.05.2021 r. do 07.06.2021 r. kontroli projektu pn. Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka, współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem

Monika Duda-Szmyd
Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT
EUROPEJSKIEGO FUNDUSZU
ROZWOJU REGIONALNEGO

ul. Ligonia 46,
40-037 Katowice

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

efrr@slaskie.pl
slaskie.pl
powstania.slaskie.pl

Załączniki: 1. Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli ww. projektu.



Fundusze Europejskie
Program Regionalny



Rzeczpospolita
Polska



Śląskie.

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 01 lipca 2021r.
FR-RKPR.44.320.1.2021.PK
Dotyczy projektu nr 00EH/19

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Porąbka.

Tytuł projektu: Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka.

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.04.03.02-24-00EH/19-00.

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

1. Art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz.U.2020.818 tekst jednolity - dalej „ustawa wdrożeniowa”),
2. § 16 Umowy nr UDA-RPSL.04.03.02-24-00EH/19-00 z dnia 28 lutego 2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka.*

Rodzaj kontroli: w trakcie realizacji projektu.

Tryb kontroli: planowa.

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Paulina Kucharska	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Anna Kotasińska	Podinspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: od 18.05.2021 r. do 07.06.2021 r.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: siedziba IZ RPO WSL na lata 2014-2020 – kontrola w trybie pracy zdalnej

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 24.05.2021 r. (konto paulina.kucharska@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień dot. kontrolowanych zamówień.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 26.05.2021 r. przekazujący dokumenty i wyjaśnienia dot. kontrolowanych zamówień.
- pismo Beneficjenta z dnia 17.06.2021 r. przekazujące **zastrzeżenia do informacji pokontrolnej.**

4. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w umowie w sprawie dofinansowania projektu.

Opis skontrolowanych procesów: zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano dwa postępowania o udzielenie zamówień poniżej kwoty 50 000 zł netto.

5.1.1

Nazwa i przedmiot postępowania: Wykonanie tablicy informacyjnej/pamiątkowej projektu

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ŚFP.271.4.2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):
Zlecenie nr ŚFP.271.4.2020 z dnia 25.05.2020 r. dla firmy FRAXMO na kwotę 307,50 zł brutto.

IZ RPO WSL nie wnosi uwag do niniejszego zamówienia.

5.1.2

Nazwa i przedmiot postępowania: Pełnienie funkcji Inżyniera nadzoru - Inspektora nadzoru w projekcie "Ograniczenie niskiej emisji im poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka"

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ZP.271.3.35.2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):
Umowa nr ZP.272.36.2020 z dnia 15.10.2020 r. zawarta z firmą THERMO-INSTAL dr. Inż. Rafał Pitry, EUR ING na kwotę 21.771,00 zł brutto.

5.1.2.a

Zamawiający w dniu 28.09.2020 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia, na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu - inspektora nadzoru, poprzez rozesłanie e-mailem zaproszeń do składania ofert do pięciu potencjalnych wykonawców. W odpowiedzi otrzymał dwie oferty z czego wybrał ofertę najkorzystniejszą cenowo i podpisał z firmą THERMO-INSTAL dr. Inż. Rafał Pitry, EUR ING w dniu 15.10.2020 r. umowę nr ZP.272.36.2020. Zgodnie z przekazaną dokumentacją wykonawca w dniu 10.12.2020 r. zwrócił się drogą e-mailową do Zamawiającego z prośbą o zmianę zapisów w zawartej umowie. Zamawiający przystał na prośbę wykonawcy i w związku z czym w dniu 29.12.2020 r. podpisano Aneks nr 1 zmieniający pierwotną umowę.

Zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik do zapytania ofertowego oraz umową ZP.272.36.2020 z dnia 15.10.2020 r. §1 ust. 2 brzmi: >> *Strony ustalają, że Wykonawca będzie pełnił funkcję Inspektora Nadzoru podczas realizacji przez Urząd Gminy Porąbka projektu „Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka”.* <<

Aneksem nr 1 z dnia 29.12.2020 r. zmieniono powyższy zapis w następujący sposób: >> *Strony ustalają, że Wykonawca będzie pełnił funkcję Inspektora Nadzoru podczas realizacji przez Urząd Gminy Porąbka projektu „Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka” z zastrzeżeniem, że przystępuje on do pełnienia swojej funkcji na etapie zakończonych i zgłoszonych do odbioru prac przez grantobiorcę, dlatego wykonywane przez niego czynności nadzorcze nie odnoszą się do prac wykonanych przed objęciem przez niego funkcji, w szczególności tzw. Prac o charakterze zanikowym. Inżynier kontraktu nie jest zatem Inspektorem nadzoru inwestorskiego, o którym stanowią przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333).* << Aneksem nr 1 usunięto również z umowy zapis §3 ust 18 o brzmieniu: >> *Zamawiający nie wyrazi zgody na dokonanie czynności określonej w ust. 16 dopóki Wykonawca nie przedstawi dowodu zaspokojenia roszczeń wszystkich Podwykonawców, których wynagrodzenie byłoby regulowane ze środków objętych wierzytelnością będącą przedmiotem czynności przedstawionej do akceptacji.* <<

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 26.05.2021 r. wskazał, że : >> *Wykonawca, tj. Thermo-Instal dr. Inż. Rafał Pitry EUR ING, już po podpisaniu umowy zwrócił uwagę na pewien dysonans pomiędzy treścią umowy, w szczególności zakresem obowiązków, z którego nie wynika, że wykonawca będzie*

pełnił obowiązki inspektora nadzoru w zakresie wynikającym z przepisów ustawy Prawo budowlane, podczas gdy taka funkcja figuruje w nazwie przedmiotu zamówienia.

W e-mailu z dnia 10.12. Wykonawca przesłał propozycję Aneksu do umowy, w którym zaproponował zmianę Nazwy „Inżynier kontraktu – Inspektor nadzoru” na „Inżynier kontraktu”. Zamawiający nigdzie w treści umowy nie posługiwał się informacją, że do obowiązków Wykonawcy będzie należało pełnienie funkcji Inspektora nadzoru, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego.

W konsekwencji, po konsultacji z Pracownikiem odpowiedzialnym za zamówienia publiczne w Urzędzie Gminy Porąbka i prawnikiem uzgodniono treść aneksu, w którym podkreślono jedynie, że wykonywane przez Inspektora czynności nadzorcze nie odnoszą się do prac wykonanych przed objęciem przez niego funkcji, w szczególności tzw. prac o charakterze zanikowym. Inżynier kontraktu nie jest zatem Inspektorem nadzoru inwestorskiego, o którym stanowią przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane. Pozostałe zapisy umowy pozostawiono bez zmian. (...)<<.

Należy wskazać, że powyższa zmiana umowy zmienia całkowicie ogólny charakter umowy pierwotnej. Zmiana ta jest na tyle istotna, że wprowadza warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty o innej treści, zatem i innej cenie za wykonanie usługi. Nie można bowiem wykluczyć, że gdyby potencjalni wykonawcy wiedzieli, że przedmiotowe zamówienie nie dotyczy pełnienia funkcji inspektora nadzoru, którego zakres obowiązków nie będzie obejmował czynności nadzorczych nad pracami wykonanymi przed podpisaniem umowy a w szczególności prac o charakterze zanikowym, oraz że nie mają obowiązku rozliczenia się z podwykonawcami, mogli by złożyć bardziej korzystne oferty a część z nich będąc w posiadaniu tej wiedzy po prostu złożyła by ofertę. Jest zatem prawdopodobne, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie wzięli udziału wykonawcy, którzy na etapie składania ofert nie brali pod uwagę udziału w postępowaniu, które Zamawiający ogłosił w swej pierwotnej formie.

Należy nadmienić, że taka zmiana umowy, której dokonał Zamawiający, stanowi naruszenie dyspozycji 6.2 pkt 3 lit. g Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 22 sierpnia 2019r. (obowiązujących na dzień wszczęcia badanego postępowania o udzielenie zamówienia), zgodnie z którą wydatki w ramach projektu powinny być ponoszone w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Wyżej opisane działanie beneficjenta stanowi również naruszenie sekcji 7 pkt 3 Przewodnika dla Beneficjentów EFRR RPO WSL 2014-2020 z dnia 18 września 2019r. (obowiązującego na dzień wszczęcia badanego postępowania o udzielenie zamówienia) z której wynika, że beneficjenci udzielając zamówień w ramach projektów dofinansowanych z RPO WSL 2014-2020 winni kierować się zasadami niedyskryminacji oraz równego traktowania wykonawców.

Natomiast, w rezultacie naruszenia wyżej cytowanej dyspozycji beneficjent nie zastosował się również do regulacji wynikających z §15 ust. 1 oraz §6 ust. 6 umowy o dofinansowanie projektu z dnia 28 lutego 2020 roku o numerze UDA-RPSL.04.03.02-24-00EH/19-00, zgodnie z którymi zobowiązał się do realizacji projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, zgodnie z obowiązującymi regulacjami, zasadami i postanowieniami wynikającymi z programu, Szczegółowego Opisu Osi Priorytetowych, obowiązujących procedur, wytycznych oraz właściwych przepisów prawa krajowego oraz prawa unijnego.

IZ RPO WSL na podstawie § 15 ust. 1 oraz § 6 ust. 6 umowy o dofinansowanie, uznaje przedmiotowy wydatek w 100% za koszt niekwalifikowany.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej, stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. 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 oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Do powyższych ustaleń pokontrolnych Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 17 czerwca 2021 roku. W przekazanych IZ zastrzeżeniach wskazano, że:

„(...) Warunki realizacji umowy były od samego początku określone w dokumentacji postępowania (w zaproszeniu do złożenia oferty punkt 3 „Opis przedmiotu zamówienia” oraz w projekcie umowy) i zapis w § 1 punkt 2 umowy, w którym aneksem uściślono moment powstania odpowiedzialności inspektora nadzoru, a który dokładnie opisany był już w kolejnym punkcie, charakter umowy nie zmienił. (...) w Zaproszeniu do udziału w postępowaniu, jak i w projekcie przedmiotowej umowy zadania wykonawcy – Inżyniera kontraktu – inspektora nadzoru zostały ściśle wyliczone i stanowią katalog zamknięty, dlatego doprecyzowanie w punkcie 2 momentu rozpoczęcia pełnienia obowiązków Inspektora nadzoru w żaden sposób warunków udziału w postępowaniu nie zmieniły. (...) Wydaje się, że stwierdzenie w informacji pokontrolnej „oraz że nie mają obowiązku rozliczenia się z podwykonawcami” nie dotyczy przedmiotowego zamówienia/umowy, ponieważ zapisy w tym zakresie nie zostały zmienione. (...) wprowadzona zmiana miała dla stron umowy charakter nieistotny, „kosmetyczny”, absolutnie nie wprowadzała żadnych nowych warunków, które gdyby zostały zastosowane od początku w treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy. Wykonawcy byli zresztą - z uwagi na wartość szacunkową zamówienia – zapraszani przez samego Zamawiającego; wszyscy, zgodnie z warunkami Zamówienia, posiadali uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie i nie mieli wątpliwości co do zakresu usług i stopnia odpowiedzialności, jakiego oczekiwał od nich Zamawiający. (...) Tym samym należy podkreślić, że zmiana w umowie wprowadzona Aneksem nr 1 nie spełnia definicji zmiany istotnej wynikającej z przepisów art. 454 ust. 2 ustawy z 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2019 ze zm.) (...) Zamawiający, nie dysponując własnymi pracownikami mającymi przede wszystkim stosowną wiedzę techniczną, a także uprawnienia do oceny sposobu realizacji przez mieszkańców korzystających z dotacji – obowiązków wynikających z założeń projektu „Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka” zdecydował się na powierzenie tej odpowiedzialnej funkcji osobie (osobom), które stosownymi uprawnieniami oraz wiedzą i doświadczeniem dysponują. Założenia programu i sposób rozliczania dotacji były od początku dla wszystkich jasne: osoba, którą nazwano na potrzeby prowadzonego postępowania „Inżynier kontraktu - Inspektor nadzoru” miała za zadanie odbiór oraz sprawdzenie kompletności zrealizowanej przez mieszkańca inwestycji z warunkami umowy o powierzenie grantu w szczególności z audytem energetycznym. Czynny udział Inżyniera kontraktu-Inspektora nadzoru obejmował ocenę zgodności montowanego przez mieszkańca źródła ciepła z wszystkimi warunkami umowy o dofinansowanie, ocenę prawidłowości montażu instalacji fotowoltaicznych zgodnie z audytem energetycznym oraz ocenę prawidłowości zrealizowanych robót termomodernizacyjnych zgodnie z audytem energetycznym. (...) W odpowiedzi na wątpliwości jednego z wykonawców, który

pytał, która ze stron zapewnia sporządzenie projektów budowlanych oraz innych opracowań projektowych, a także kto odpowiada za powołanie kierownika budowy, Zamawiający odpowiedział, że każdy z mieszkańców biorących udział w projekcie otrzymał Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU), na podstawie którego należało przygotować i przeprowadzić inwestycję. Według PFU każdy z mieszkańców brał na siebie odpowiedzialność za sposób realizacji inwestycji. Inżynier kontraktu – Inspektor nadzoru wybierany przez Zamawiającego miał być osobą, która wydawała opinię końcową; inwestycja jest zgodna albo nie zgodna z założeniami projektu. Status i rola Inżyniera kontraktu w procesie inwestycyjnym był jasny i zrozumiały dla wszystkich wykonawców zaproszonych do złożenia oferty. Dwóch na sześciu z zaproszonych wykonawców zdecydowało o złożeniu oferty.

Już po podpisaniu umowy, wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, (...) zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o doprecyzowanie treści zawartej umowy, która w jego ocenie zawierała zbyt ogólny w brzmieniu zapis dotyczący jego roli i odpowiedzialności w części „Inspektor nadzoru”. §1 ust. 2 umowy nr ZP272.36.2020 z 15.10.2020r. zawierał bowiem zapis w brzmieniu „Strony ustalają, że Wykonawca będzie pełnił funkcję Inspektora Nadzoru podczas realizacji przez Urząd Gminy Porąbka projektu „Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka”. Jak wypowiedział się Wykonawca, on ma świadomość, że obowiązki dotyczą tylko w zakresie opisanym w § 1 pkt. 3 umowy, ale ze względów formalnych, prosił o doprecyzowanie zapisu w § 1 pkt. 2.

Z uwagi na zakres przypisanych Inżynierowi kontraktu- Inspektorowi nadzoru funkcji wynikających z całokształtu dokumentacji nr ZP.271.3.35.2020, który w rzeczywistości precyzyjnie określał zakres obowiązków Wykonawcy – wykonawca złożył wniosek o wpisanie wprost do umowy dokładnie „momentu rozpoczęcia jego odpowiedzialności” w ocenianym przez niego procesie inwestycyjnym danego uczestnika projektu, w chwili gdy występował jako „Inspektor nadzoru”.

Trudno Zamawiającemu w okolicznościach sprawy zgodzić się z opinią Kontrolującego, że decyzja ta miała wpływ na zmianę obowiązków, jakie powierzono osobie pełniącej funkcję Inżyniera kontraktu – Inspektora nadzoru. Nastąpiło tylko i wyłącznie wskazanie wprost momentu powstania odpowiedzialności wykonawcy umowy w roli „Inspektora Nadzoru”, który zresztą wynikał z całokształtu postanowień zawartych w treści Zaproszenia do złożenia oferty wraz z wszystkimi załącznikami, jak i z treści umowy. Była to zmiana „kosmetyczna” nie mająca absolutnie wpływu na zakres powierzanych wykonawcy obowiązków. Zakres ten pozostał niezmienny od momentu zaprezentowania go wszystkim sześciu potencjalnym wykonawcom, których Zamawiający zaprosił do udziału w postępowaniu. Wykonawcy ci, jako profesjonalni uczestnicy procesów budowlanych nie mieli żadnych wątpliwości co do oczekiwań formułowanych pod ich adresem przez Zamawiającego w treści przedstawionej im dokumentacji. Wszelkie niejasności zostały sprecyzowane i przekazane wszystkim do wiadomości na etapie wyboru wykonawcy.

Gdyby nie tragiczne wydarzenie w Kobiernicach i atmosfera strachu panująca wśród mieszkańców w tamtym okresie, wykonawca w ogóle nie zastanawiałby się nad zmianą, o którą wnioskował”.

Z przedmiotową argumentacją Beneficjenta IZ RPO WSL nie może się zgodzić. Po pierwsze, jak już sam Zamawiający wskazał w zastrzeżeniach z dnia 22.06.2021 r., w treści Zaproszenia do złożenia oferty nr ZP.271.3.35.202 oraz w zapisach § 1 ust. 3 projektu umowy, wskazano szczegółowy zakres zadań Inżyniera kontraktu – Inspektora Nadzoru, w następujący sposób: „(...) czynny udział w odbiorze oraz sprawdzenie kompletności i zgodności z warunkami umowy o powierzenie grantu, w szczególności z Audytem energetycznym budynku złożonym przez mieszkańca wraz z deklaracją uczestnictwa w Projekcie wykonanej w ramach projektu „Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka” inwestycji, w tym na podstawie przedstawionych dokumentów oraz oględzin na miejscu:

- 1) ocena zgodności montażu źródła ciepła (planowane 33 szt.) z pozwoleniem na budowę lub zgłoszeniem robót oraz dokumentacją techniczną, jeśli takowe były wymagane (zgodnie

z oświadczeniem mieszkańca), ocena zgodności parametrów (rodzaju i mocy) kotła z wymogami Audytu energetycznego oraz protokołem odbioru, ocena czy zainstalowany kocioł jest jedynym urządzeniem służącym do ogrzewania budynku, a dotychczasowe źródło (źródła) ciepła zostało zlikwidowane,

- 2) potwierdzenie wykonania instalacji fotowoltaicznych zgodnie z Audytem energetycznym oraz protokołem odbioru (planowane 4 szt.),
- 3) potwierdzenie wykonania wszystkich innych wymienionych w audycie robót termomodernizacyjnych, niezbędnych do osiągnięcia wskaźników, zgodnie z Audytem energetycznym, w tym: wymiana stolarki okiennej i/lub drzwiowej i/ lub docieplenie przegród budowlanych (planowane łącznie 23 szt.)
- 4) ocena zasadności wysokości ponoszonych kosztów w stosunku do wykonanego zakresu rzeczowego,
- 5) udział w naradach koordynacyjnych, problemowych i innych spotkaniach, które będą prowadzone w razie potrzeby, w terminach uzgodnionych z Zamawiającym."

Zamawiający wskazał również, że zadania wykonawcy, czyli Inżyniera kontraktu – inspektora nadzoru zostały w Zaprośzeniu i projekcie Umowy ściśle wyliczone, szczegółowo opisane i stanowią katalog zamknięty.

Jednocześnie oprócz „wyliczenia” przez Zamawiającego obowiązków wykonawcy w zaproszeniu do składania ofert, we wzorze umowy §1 ust. 2 znalazł się zapis, że >>Strony ustalają, że wykonawca będzie pełnił funkcję Inspektora nadzoru podczas realizacji przez Urząd Gminy Porąbka projektu „Ograniczenie niskiej emisji i poprawa jakości powietrza na terenie Gminy Porąbka”<<. Dodatkowo w §2 ust. 4 „Wykonawca oświadcza, iż zlecone obowiązki będzie wykonywał z należytą starannością w sposób uwzględniający zasady wiedzy technicznej, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz w przepisach aktów wykonawczych do wskazanej ustawy, a także zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy”.

Zatem rozpatrując zakres obowiązków wykonawcy w przedmiotowym zadaniu należy zwrócić uwagę na zapisy rozdz. 3 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (dalej: Prawo budowlane), do którego odsyła nas sama umowa, a które w art. 25 określają prawa i obowiązki poszczególnych uczestników procesu budowlanego, w tym inspektora nadzoru:

- „1) reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;
- 2) sprawdzanie jakości wykonywanych robót budowlanych i stosowania przy wykonywaniu tych robót wyrobów zgodnie z art. 10 dopuszczalność stosowania wyrobów przy robotach budowlanych;
- 3) sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania;
- 4) potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy.”

Analizując zapisy umowy i zapytania ofertowego w odniesieniu do prawa budowlanego należy uznać, że ocena zgodności montażu źródła ciepła z pozwoleniem na budowę lub zgłoszeniem robót i dokumentacją techniczną jest niemożliwa do wykonania bez sprawdzenia robót ulegających zakryciu, czy też zanikających.

Nie sposób nie zauważyć, bowiem że zakres obowiązków inżyniera kontraktu – inspektora nadzoru w przedmiotowym postępowaniu zawiera się w katalogu obowiązków Inspektora nadzoru zgodnie z art. 25 Prawa budowlanego.

Jednocześnie, biorąc pod uwagę fakt, że w §2 ust. 1 wzoru umowy zawarto zapis: „Umowa zostaje zawarta na okres od dnia podpisania umowy (...)”. Oczywiście jest, że każdy potencjalny

wykonawca wyceniając koszt przedmiotowej usługi winien uwzględnić prace związane również z pełnieniem funkcji inspektora nadzoru przed zakończeniem i zgłoszeniem do odbioru prac, gdyż nie wszyscy grantobiorcy zakończyli prace związane z inwestycją na dzień podpisania przez wykonawcę z Zamawiającym umowy nr ZP.272.36.2020 z dnia 15.10.2020 r.

Odnosząc się do usunięcia Aneksu nr 1 z dnia 19.12.2020 r. z umowy nr ZP.272.36.2020 z dnia 15.10.2020 r. zapisu §3 ust 18 o brzmieniu: >>Zamawiający nie wyrazi zgody na dokonanie czynności określonej w ust. 16 dopóki Wykonawca nie przedstawi dowodu zaspokojenia roszczeń wszystkich Podwykonawców, których wynagrodzenie byłoby regulowane ze środków objętych wierzytelnością będącą przedmiotem czynności przedstawionej do akceptacji<<. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że zapis ten nie dotyczy umowy zawartej z wykonawcą. Brak deklaracji, ze strony firmy THERMO-INSTAL dr. Inż. Rafał Pitry, EUR ING, wykonania przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców na etapie złożenia oferty czy nawet zawarcia umowy nie wyklucza bowiem możliwości zlecenia części przedmiotu umowy podwykonawcy na dalszym etapie realizacji zadania.

Nie mniej jednak biorąc pod uwagę, iż potencjalni wykonawcy otrzymali zaproszenie do składania ofert wraz ze wzorem umowy zawierającym powyższy zapis powinni przyjąć, iż mają obowiązek rozliczenia się z podwykonawcami, zanim dokonają czynności określonych w §3 ust. 16 umowy tj. zastawienie lub przeniesienia korzyści majątkowych wynikających z umowy. Zatem, potencjalni wykonawcy składając ofertę musieli również oszacować i wycenić ryzyko związane z zabezpieczeniem pewnej kwoty i koniecznością zapłaty wynagrodzenia podwykonawcą przed dokonaniem czynności, o których mowa w ust. 16.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że zmiany w umowie, wprowadzone Aneksu nr 1, nie spełniają definicji zmiany istotnej wynikającej z przepisów art. 454 ust. 2 ustawy z 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2019 ze zm.) (dalej Pzp). Należy wskazać, że każdą zmianę wprowadzoną przez Beneficjenta, która stawia Wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, należy uznać za istotną. Kwestię istotności zmian umowy w przypadku zamówień, których wartość nie przekracza 50 tys. zł netto, można interpretować tożsamo jak w przypadku zamówień udzielonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp). Dlatego chociaż przedmiotowe postępowanie nie było przeprowadzone na podstawie Pzp, dla zobrazowania sytuacji warto powołać się na przykłady interpretowania przepisów dotyczących kwestii istotności zmian przez orzecznictwo w zakresie zamówień udzielonych na podstawie tejże ustawy.

Zgodnie z treścią orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: TSUE) z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) i inni (sygn. akt C-454/06), za istotne zmiany umowy można uznać m.in. takie, które „(...) wprowadzają warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Z kolei w wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 Succhi di Frutta TSUE wskazał, że jeśli modyfikacja umowy jest taka, że gdyby była znana wykonawcom w postępowaniu przetargowym poprzedzającym udzielenie danego zamówienia, to mogliby oni złożyć istotnie odmienne oferty, nie wolno jej dokonać.

Dokonując oceny, czy dana zmiana ma charakter istotny, należy również mieć na uwadze jej wpływ na warunki konkurencji w postępowaniu. Istotną zmianą postanowień umowy jest, więc zmiana, która albo powoduje rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o takie

zamówienie, albo taka zmiana, której wprowadzenie powoduje naruszenie równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy. Mając na uwadze powyższą wykładnię nie można wykluczyć, iż gdyby informacja, że wykonawca przystępuje do pełnienia swojej funkcji dopiero na etapie zakończonych i zgłoszonych do odbioru prac przez grantobiorcę oraz że nie mają obowiązku rozliczenia się z podwykonawcami, była zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu krąg potencjalnych wykonawców mógłby być większy, co z kolei mogłoby przełożyć się na liczbę złożonych ofert oraz ich cenę. Nie można również wykluczyć, że oferty takie okazałyby się korzystniejsze od oferty ostatecznie wybranej.

Należy wskazać, że wprowadzone zmiany umowy zmieniają całkowicie ogólny charakter umowy pierwotnej. Zmiany te są na tyle istotne, że wprowadzają warunki, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty o innej treści, zatem i innej cenie za wykonanie usługi. Nie można bowiem wykluczyć, że gdyby potencjalni wykonawcy wiedzieli, że przedmiotowe zamówienie nie dotyczy pełnienia funkcji inspektora nadzoru, którego zakres obowiązków nie będzie obejmował czynności nadzorczych nad pracami wykonanymi przed podpisaniem umowy a w szczególności prac o charakterze zanikowym, oraz że nie mają obowiązku rozliczenia się z podwykonawcami, mogli by złożyć bardziej korzystne oferty a część z nich będąc w posiadaniu tej wiedzy po prostu złożyła by ofertę. Jest zatem prawdopodobne, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie wzięli udziału wykonawcy, którzy na etapie składania ofert nie brali pod uwagę udziału w postępowaniu, które Zamawiający ogłosił w swej pierwotnej formie.

Powyższe potwierdza fakt, że wykonawca poprosił Zamawiającego o doprecyzowanie treści zawartej umowy już po jej podpisaniu, a nie na etapie prowadzonego postępowania na wybór wykonawcy przedmiotowej usługi, kiedy to Zamawiający mógł jeszcze dokonać zmian w zaproszeniu do składania ofert, o których wiedzieliby wszyscy potencjalni oferenci. Wykonawca zwrócił się w dniu 10.12.2020 r. z prośbą do Zamawiającego o doprecyzowanie treści zawartej umowy, która w jego ocenie zawierała **zbyt ogólny w brzmieniu zapis dotyczący jego roli i odpowiedzialności w części „Inspektor nadzoru”**. Z kolei sam Zamawiający w piśmie z dnia 22.06.2021 r. wskazał, że „Gdyby nie tragiczne wydarzenie w Kobiernicach i atmosfera strachu panująca wśród mieszkańców w tamtym okresie, wykonawca w ogóle nie zastanawiałby się nad zmianą o którą wnioskował. Ponieważ jednak był kilkakrotnie dopytywany, podczas wypełniania swoich obowiązków na terenie gminy o treść łączącej go z Gminą umowy – poprosił o przedmiotowe doprecyzowanie momentu rozpoczęcia jego roli w kontrolowanej inwestycji (...)”. Zatem można wnioskować, że zmiany w umowie wprowadzone Aneksem nr 1 z dnia 19.12.2020 r. dotyczą przede wszystkim zakresu odpowiedzialności wykonawcy w zakresie wykonanej usługi, co za tym idzie są na tyle istotne, że sam wykonawca prosił o ich wprowadzenie.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż zmiany wprowadzone przez Zamawiającego spełniły wszystkie przesłanki by uznać je za istotne.

Instytucja Zarządzająca RPO WSL, po analizie złożonych zastrzeżeń podtrzymuje swoje stanowisko względem kwalifikacji i rodzaju uchybienia.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
---------------	--	-------------------------

5.1.2.a	Nie dotyczy	100%
---------	-------------	------

6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami.

Konsekwencje finansowe:
- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % pomniejszenia
5.1	5.1.2.a	100%

Sposób usunięcia nieprawidłowości:

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność (jeżeli w kontrolowanym wniosku o płatność przedstawiono dany wydatek) Instytucja Zarządzająca dokona pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku, kiedy beneficjent będzie składał kolejne wnioski o płatność oraz w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, we wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą ze stwierdzonych nieprawidłowości.

W przypadku stwierdzenia, że beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ pomniejszy wydatki kwalifikowane o kwotę wydatków nieprawidłowych. W sytuacji, gdy beneficjent zawrze we wniosku o płatność wydatek, który wcześniej, w wyniku kontroli, został uznany za nieprawidłowy, instytucja weryfikująca wniosek oceni, czy nie zachodzą przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Celowe przedstawienie do rozliczenia wydatków niekwalifikowalnych może stanowić próbę popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2019, poz. 1950, z późn. zm.) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2021 r., poz. 408 z późn. zm.).

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność Instytucja Zarządzająca nakłada korektę finansową oraz rozpocznie procedurę odzyskiwania kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 305).

Pisemne wyrażenie zgody odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej jest równoznaczne z akceptacją i przyjęciem do wiadomości sposobu usunięcia nieprawidłowości.

Pouczenie:

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej zgodnie z art. 24 ust. 10 oraz 25 ust. 2 ustawy wdrożeniowej. Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli).

Zastrzeżenia wniesione po upływie 14 dni od daty otrzymania informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.

Niewyrażenie stanowiska odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w ww. terminie jest równoznaczne z jej akceptacją.

W przypadku złożenia przez Beneficjenta zastrzeżeń do informacji pokontrolnej sporządzana zostaje ostateczna informacja pokontrolna, która zawiera stanowisko IZ RPO WSL, wobec której nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń zgodnie z art. 25 ust. 11 ustawy wdrożeniowej.

Podpisy członków zespołu kontrolującego

Paulina Kucharska

Anna Kotasińska

Zaakceptował:

Piotr Ryza

Kierownik Referatu Kontroli Projektów

Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Zatwierdził:

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

