



NFOSiGW-DH.541.1.2017/AP
NFOSiGW-21-458003

Warszawa, 2021-12-16

Sz. P.
Roksana Burzak
Pełnomocnik ds. Projektu
Urząd Miejski w Gliwicach
ul. Zwycięstwa 21
44-100 Gliwice

Dotyczy: wystąpienia pokontrolnego NIK – P/20/073, dotyczącego m.in. nieprawidłowości stwierdzonej w postępowaniu pn.: „Odwodnienie południowej KSSE – obszar ul. Bojkowskiej”, realizowanym w ramach projektu POIS.02.01.00-00-0019/16 pn.: „Poprawa stanu bezpieczeństwa przeciwpowodziowego dla Miasta Gliwice poprzez modernizację i rozbudowę systemu gospodarowania wodami opadowymi”.

Szanowna Pani,

w związku z otrzymaniem ww. wystąpienia pokontrolnego NIK z dn. 27 sierpnia 2020 r. uprzejmie informuję, iż Departament Kontroli Zamówień i Nieprawidłowości (AZ) NFOŚiGW, w oparciu o rozdział 12 *Wytycznych w zakresie sposobu korygowania i odzyskiwania nieprawidłowych wydatków oraz zgłaszania nieprawidłowości w ramach programów operacyjnych polityki spójności na lata 2014-2020* i rozdział II, podrozdział 2.1 pkt 4) *Zaleceń w zakresie przeciwdziałania i korygowania nieprawidłowości, w tym nadużyć finansowych w ramach POIiŚ 2014-2020*, dokonał analizy ustalenia nr 2 opisanego w pkt 2.5 kontroli NIK. Analiza została przeprowadzona w celu identyfikacji informacji o nieprawidłowościach oraz potwierdzenia czy stwierdzone naruszenie/uchybieństwo, spełnia kryteria definicji nieprawidłowości, o której mowa w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

Z przeprowadzonej analizy ww. wystąpienia pokontrolnego NIK (pismo znak: LKA.410.005.05.2020), wynika, iż w umowie pn.: „Odwodnienie południowej KSSE – obszar ul. Bojkowskiej” wprowadzono zmianę zakresu rzeczowego realizowanego zadania, obejmującą zmianę sposobu zagospodarowania zbiornika retencyjnego, bez dochowania formy pisemnej. Niniejsza zmiana nie spowodowała zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy. Z dokumentacji sprawy wynika, iż zamawiający wniósł zastrzeżenia do ustaleń kontroli NIK, niemniej NIK wyraziła opinię, iż wyjaśnienia zgłoszone przez zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. W związku z powyższym, ustalenia wskazane w wystąpieniu pokontrolnym NIK są ostateczne i wiążące. Należy przy tym podkreślić, iż w treści ustaleń nie zakwestionowano zgodności dokonanej modyfikacji z przepisami art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.





Weryfikację stanu faktycznego w kontekście ewentualnych konsekwencji finansowych, rozpocząć należy od szczegółowej analizy okoliczności sprawy. Odnosząc się do kwestii niezachowania formy pisemnej przy zmianie umowy należy uznać, że dorozumiana zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, dokonana bez zachowania formy pisemnej, stanowi naruszenie art. 139 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 77 § 1 k.c., z których wynika konieczność zachowania dla zmiany umowy takiej formy, jaką ustawa przewidziała dla jej zawarcia, a zatem formy pisemnej. Analogiczne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2219/17) oraz w uchwale z dnia 4 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO/KD 42/18).

Z treści ustaleń kontroli NIK nie wynika, aby stwierdzone naruszenie miało wpływ na przebieg i rezultat postępowania o udzielenie zamówienia. W opinii NFOŚiGW przedstawiony w przekazanych dokumentach stan faktyczny nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla beneficjenta w zakresie kwalifikacji wydatków, gdyż nie doszło do wystąpienia nieprawidłowości.

Dla możliwości stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej konieczne jest wystąpienie **łącznie** trzech przesłanek, zawartych w definicji wskazanej w rozdziale 2.1 Zaleceń w zakresie przeciwdziałania i korygowania nieprawidłowości w tym nadużyć finansowych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2020 z dnia 29 listopada 2017 r., tj.:

- a) naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- b) działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy polityki spójności oraz
- c) realna albo potencjalna szkoda dla budżetu UE poprzez obciążenie budżetu UE nieuzasadnionym wydatkiem.

Analiza w zakresie spełnienia powyższych przesłanek nieprawidłowości (pkt. a-c) została dokonana przez NFOŚiGW w oparciu o otrzymane informacje i dokumenty. Należy podkreślić, iż w sytuacji hipotetycznej wynik postępowania nie uległby zmianie (nastąpiłby wybór tej samej oferty). Ponadto, dokonana zmiana:

- nie spowodowała naruszenia równowagi ekonomicznej na korzyść wykonawcy, które prowadziłyby do zachwiania pozycji konkurencyjnej takiego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu;
- nie wpłynęła na krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, ani nie decydowała o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu innych wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia;
- odnosiła się do wykonawcy realizującego zamówienie w takim samym stopniu, w jakim odnosiłaby się do każdego innego wykonawcy, który złożył ofertę wprowadzonym postępowaniu i miałby realną szansę na wybór swojej oferty jako najkorzystniejszej;
- wprowadzona byłaby niezależnie od tego, kto byłby wykonawcą danego zamówienia;
- nie spowodowała, że złożone zostałyby inne, konkurencyjne cenowo oferty;
- nie miała wpływu na wartość umowy oraz wysokość dofinansowania inwestycji przez NFOŚiGW;
- nie stała w sprzeczności z wydanymi na realizację umowy decyzjami administracyjnymi (dot. pozwolenia na budowę i oddziaływania na środowisko);
- nie wpłynęła negatywnie na oddziaływanie przedsięwzięcia na środowiska. Wręcz przeciwnie - przyczyniła się do zwiększenia bioróżnorodności biologicznej i terenów zielonych w mieście.

Tym samym, w analizowanym przypadku nie miała miejsce szkoda (ani rzeczywista, ani potencjalna), czyli negatywne skutki finansowe określonego naruszenia, zwłaszcza w sytuacji nieobciążenia budżetu UE





nieuzasadnionym wydatkiem. Podsumowując, w niniejszym przypadku nie wystąpiła przesłanka opisana w pkt. c), co uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia i uchybienia jako nieprawidłowości indywidualnej i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z uznaniem jakichkolwiek wydatków za nieprawidłowe.

Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności, a w szczególności to, iż:

- w zakresie przedmiotowego naruszenia – NIK nie stwierdził istotnego naruszenia ustawy Pzp;
- niniejsze naruszenie ma charakter formalny, za które *Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień*, nie przewiduje korekty finansowej/pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w tego typu sytuacjach;
- kwestionowana forma wprowadzenia zmiany nie stanowiła naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania;
- zakres możliwych zmian, okoliczności powodujące możliwość ich wprowadzenia a także sposób ustalenia nowej wysokości wynagrodzenia wykonawcy były znane wszystkim potencjalnym wykonawcom już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia,

podsumować można, iż analiza wystąpienia pokontrolnego NIK, w opinii NFOŚiGW (w zakresie stwierdzonego naruszenia), nie skutkuje koniecznością podjęcia działań, o których mowa w art. 24 ust. 9 lub 11 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020.

Wynik powyższej analizy nie uchyła innych ustaleń poczynionych w toku odrębnych kontroli/weryfikacji właściwych organów w systemie POIiŚ.

Z poważaniem

NFOŚiGW
Departament Kontroli Zamówień
i Nieprawidłowości
Dyrektor
Piotr Małach

Do wiadomości:

Pani Anna Czyżewska, Dyrektor Departamentu Adaptacji do Zmian Klimatu, NFOŚiGW.



