

**UCHWAŁA NR XXXI/193/2021
RADY GMINY MALCZYCE
z dnia 29 czerwca 2021 r.**

w sprawie absolutorium dla Wójta Gminy Malczyce za 2020 rok

Na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 713) oraz art. 271 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 305 z późn. zm.) uchwała się, co następuje:

§ 1. Po zapoznaniu się ze:

- 1) Sprawozdaniem rocznym z wykonania budżetu Gminy za 2020 rok,
- 2) Sprawozdaniem finansowym Gminy Malczyce za 2020 rok,
- 3) Opinią Regionalnej Izby Obrachunkowej,
- 4) Informacją o stanie mienia Gminy Malczyce za 2020 rok,
- 5) Stanowiskiem (opinią) Komisji Rewizyjnej, Rada Gminy Malczyce nie udziela Wójtowi Gminy Malczyce absolutorium z wykonania budżetu Gminy za 2020 rok.

§ 2. Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

PRZEWODNICZĄCA
Rady Gminy Malczyce

Monika Kizydzka

UZASADNIENIE do nieudzielenia absolutorium dla Wójta Gminy Malczyce za rok 2020

W związku z zakończeniem czynności audytowych w Gminie Malczyce, stwierdzono szereg nieprawidłowości skutkujących niemożnością udzielenia absolutorium za 2020 rok. Poniżej przedstawiono część nieprawidłowości, która bezpośrednio wpływa na wykonanie budżetu za 2020 rok.

- Wieloletnia prognoza finansowa Gminy Malczyce na lata 2020-2025 przyjęta uchwałą Nr XIV/100/2019 Rady Gminy Malczyce z dnia 17 grudnia 2019 r. w sprawie przyjęcia wieloletniej prognozy finansowej Gminy Malczyce budziła poważne wątpliwości, co do jej realistyczności, a tym samym zgodności z regulacją art. 226 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, w myśl której wieloletnia prognoza finansowa powinna być realistyczna. W załączniku nr 1 do uchwały Nr XIV/100/2019 Rady Gminy Malczyce z dnia 17 grudnia 2019 r. założono wzrost dochodów bieżących w stosunku do planowanych dochodów na rok poprzedni odpowiednio – w 2021 roku o 2.530.310,00 zł, a więc o 10,13 %, a w 2022 roku aż o 3.300.000,00 zł, a więc o 12 %. Wzrost planowanych dochodów bieżących w latach 2021 i 2022 spowodował automatycznie podwyższenie wyniku operacyjnego w wymienionych latach, który w 2021 roku ukształtował się na poziomie 1.500.000,00 zł, a w 2022 roku na poziomie 4.300.000,00 zł. Tak wysoki planowany dodatni wynik operacyjny w wymienionym okresie budził duże wątpliwości w szczególności przy uwzględnieniu zaplanowanego w uchwale ujemnego wyniku operacyjnego dla roku 2020 w wysokości 858.569,24 zł.

- w załączniku nr 1 do uchwały nr XXII/147/2020 Rady Gminy Malczyce z dnia 29 września 2020 r. w sprawie zmiany wieloletniej prognozy finansowej Gminy Malczyce wykazano w kolumnie 2.2.1 wydatki na inwestycje i zakupy inwestycyjne w wysokości wyższej o 3.188.102,23 zł od wydatków majątkowych wykazanych w kolumnie 2.2, pomimo że wydatki na inwestycje i zakupy inwestycyjne nigdy nie mogą być wyższe od wydatków majątkowych, co wynika wprost z przepisu art. 236 ust. 4 ustawy o finansach publicznych.

- w sprawozdaniu Rb-27S z wykonania planu dochodów budżetowych Gminy Malczyce za okres od początku roku do dnia 31 grudnia 2020 roku oraz w sprawozdaniu Rb-PDP z wykonania dochodów podatkowych Gminy Malczyce za okres od początku roku do dnia 31 grudnia 2020 roku wykazano skutki decyzji wydanych przez organ podatkowy na podstawie ustawy – Ordynacja podatkowa, obliczone za okres sprawozdawczy w zakresie rozłożenia na raty, odroczenia terminu płatności, zwolnienia z obowiązku pobrania, ograniczenia poboru w wysokości 3.141,64 zł, pomimo że jak wynika z decyzji wydanych przez Wójta Gminy Malczyce w 2020 roku na podstawie art. 67a ustawy Ordynacja podatkowa skutki udzielonych przez Wójta ulg w podatkach wyniosły w 2020 roku 3.237,00 zł. *Powyższe było niezgodne z przepisem § 3 ust. 1 pkt 11 lit. b załącznika nr 36 do rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 9 stycznia 2018 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (tekst jednolity Dz. U. z 2020 roku, poz. 1564 ze zm.), który stanowi, że w kolumnie "Skutki decyzji wydanych przez organ podatkowy na podstawie ustawy - Ordynacja podatkowa, obliczone za okres sprawozdawczy" w zakresie: rozłożenia na raty, odroczenia terminu płatności podatku, zwalniania z obowiązku pobrania bądź ograniczenia poboru - wykazuje się kwoty dotyczące skutków decyzji organów podatkowych za okres sprawozdawczy. Skutki wykazane w tej kolumnie powinny wynikać z wydanych decyzji organu podatkowego, zarówno w zakresie bieżących, jak i zaległych należności. W przypadku podjęcia przez organ podatkowy decyzji o odroczeniu terminu płatności lub rozłożeniu na raty zapłaty podatku bądź zaległości podatkowej, skutki finansowe wynikające z tych decyzji powinny być wykazywane za kolejne okresy sprawozdawcze w roku, w którym została wydana decyzja.*

- Urząd Gminy zakupił na podstawie faktury VAT nr 360/06/2020 z dnia 9 czerwca 2020 roku (dowód księgowy nr U200135/1) ze środków na wydatki majątkowe i ujął w paragrafie 6060 „Wydatki na zakupy inwestycyjne jednostek budżetowych” kosiarkę o wartości 10.000 zł, *co było niezgodne z informacją dodatkową do sprawozdania finansowego Urzędu Gminy Malczyce za 2020 rok, punktem II.11 załącznika nr 3 do zarządzenia nr 2/2017 Wójta Gminy Malczyce z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie zasad (polityki) oraz przepisami art. 16d ust. 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jednolity Dz. U. z 2020 roku, poz. 1406 ze zm.), art. 236 ust. 2-4 ustawy o finansach publicznych, postanowieniami rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie rachunkowości oraz planów kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek budżetowych mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej oraz regulacjami rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych*, z których wynika, że podatnicy mogą nie dokonywać odpisów amortyzacyjnych od składników majątku, o których mowa w art. 16a i 16b, których wartość początkowa określona zgodnie z art. 16g nie przekracza 10 000 zł; wydatki poniesione na ich nabycie stanowią wówczas koszty uzyskania przychodów w miesiącu oddania ich do używania, w związku z czym poniesiony w Urzędzie Gminy koszt i wydatek bieżący należało sfinansować ze środków na wydatki bieżące, zaklasyfikować do paragrafu 4210 „Zakup materiałów i wyposażenia” oraz zaewidencjonować na koncie 401 „Zużycie materiałów i energii”.

- Przeprowadzone czynności audytowe wykazały, że Wójt Gminy Malczyce otrzymał z budżetu Gminy na podstawie wniosków z dnia 24 września 2019 roku i **10 lutego 2020 roku** dofinansowanie do studiów podyplomowych w łącznej wysokości 6.000,00 zł (2 x po 3.000,00 zł). Z objętej audytem dokumentacji wynika, że Wójt przyznał sobie dofinansowanie sam, bowiem na wniosku z dnia 24 września 2019 roku widnieje tylko adnotacja Skarbnika Gminy, że płatność w kwocie 3.000,00 zł dotyczy zwrotu części wydatków na doskonalenie zawodowe, zaś **na wniosku z dnia 10 lutego 2020 roku w ogóle nie ma żadnej adnotacji, która potwierdzałaby przyznanie Wójtowi dofinansowania**. Złożone przez Wójta wnioski nie zostały ponadto skontrolowane pod względem merytorycznym przez osobę, która potwierdziłaby legalność wydatku, zaś wniosek z dnia 24 września 2019 roku nie został nawet przez nikogo zatwierdzony do wypłaty. Z uwagi na fakt, iż w Urzędzie Gminy Malczyce czynności z zakresu prawa pracy (z wyjątkiem nawiązania i rozwiązania stosunku pracy oraz ustalenia wynagrodzenia) wobec Wójta Gminy wykonywał Sekretarz Gminy, udzielenie przez Wójta samemu sobie dofinansowania do studiów podyplomowych w kwocie 6.000,00 zł stanowiło naruszenie przepisu art. 103³ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (tekst jednolity Dz. U. z 2020 roku, poz. 1320 ze zm.), który stanowi, że pracodawca może przyznać pracownikowi podnoszącemu kwalifikacje zawodowe dodatkowe świadczenia, w szczególności pokryć opłaty za kształcenie, przejazd, podręczniki i zakwaterowanie, przepisów art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 roku, poz. 1282 ze zm.), które stanowią, że pracodawcą wójta jest urząd gminy. Czynności z zakresu prawa pracy wobec wójta (burmistrza, prezydenta miasta), związane z nawiązaniem i rozwiązaniem stosunku pracy, wykonuje przewodniczący rady gminy, a pozostałe czynności - wyznaczona przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) osoba zastępująca lub sekretarz gminy, z tym że wynagrodzenie wójta ustala rada gminy, w drodze uchwały oraz przepisu art. 44 ust. 2 ustawy

o finansach publicznych, który stanowi że jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków.

- Procedury kontroli zarządczej i audytu wewnętrznego.

Oceną legalności i zgodności ze stanem faktycznym obowiązujących w Urzędzie Gminy Malczyce procedur kontroli zarządczej i audytu wewnętrznego objęto: Regulamin organizacyjny Urzędu Gminy Malczyce, zarządzenie nr 4/2018 Wójta Gminy Malczyce z dnia 18 stycznia 2018 roku w sprawie wprowadzenia regulaminu udzielania przez Gminę Malczyce zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro, zarządzenie nr 32/2009 Wójta Gminy Malczyce z dnia 30 czerwca 2009 r. w sprawie wprowadzenia w Urzędzie Gminy Malczyce Regulaminu Wynagradzania Pracowników Urzędu Gminy Malczyce, zarządzenie nr 14/2019 Wójta Gminy Malczyce z dnia 31 grudnia 2019 r. w sprawie zmiany załącznika nr 1 do Regulaminu Wynagradzania Pracowników Urzędu Gminy Malczyce, zarządzenie nr 28/2021 Wójta Gminy Malczyce z dnia 1 marca 2021 r. w sprawie wprowadzenia Regulaminu wynagradzania pracowników Urzędu Gminy Malczyce, zarządzenie nr 2/2017 Wójta Gminy Malczyce z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie zasad (polityki) rachunkowości, Instrukcję w sprawie gospodarki majątkiem trwałym Gminy, inwentaryzacji majątku i zasad odpowiedzialności za powierzone mienie wprowadzoną do stosowania zarządzeniem nr 54/05 Wójta Gminy z dnia 29 września 2005 r. w sprawie wprowadzenia w życie przyjętych ustaleń i przyjętych zasad rachunkowości w jednostce Urząd Gminy Malczyce, zarządzenie nr 6/2001 Wójta Gminy w Malczycach z dnia 18 grudnia 2001 r. w sprawie instrukcji regulujących gospodarkę finansową Gminy, zarządzenie nr 62/2016 Wójta Gminy Malczyce z dnia 17 października 2016 r. w sprawie zasad użytkowania samochodów prywatnych do celów służbowych. W wyniku analizy wymienionych procedur stwierdzono, że:

- punkt I.4 zakładowego planu kont stanowiącego załącznik nr 3 do zarządzenia nr 2/2017 Wójta Gminy Malczyce z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie zasad (polityki) rachunkowości nie jest dostosowany do obowiązującego stanu prawnego. Przepis stanowi bowiem, że sprawozdanie finansowe jednostki obejmuje: bilans z wykonania budżetu, bilans jednostki budżetowej, bilans skonsolidowany jst, rachunek zysków i strat oraz zestawienie zmian w funduszu jednostki. Tymczasem przepis § 23 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 września 2017 r. w sprawie *rachunkowości* oraz planów kont dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, jednostek *budżetowych*, samorządowych *zakładów budżetowych*, państwowych funduszy celowych oraz państwowych jednostek *budżetowych* mających siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, że na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych jednostki sporządzają sprawozdanie finansowe składające się z: bilansu, rachunku zysków i strat (wariant porównawczy), zestawienia zmian w funduszu oraz informacji dodatkowej.

- punkt III.1 zakładowego planu kont stanowiącego załącznik nr 3 do zarządzenia nr 2/2017 Wójta Gminy Malczyce z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie zasad (polityki) rachunkowości określa zasady klasyfikacji wydatków strukturalnych, pomimo że obowiązek stosowania klasyfikacji wydatków strukturalnych został zniesiony przez art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1475).

- punkt III.3 zakładowego planu kont stanowiącego załącznik nr 3 do zarządzenia nr 2/2017 Wójta Gminy Malczyce z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie zasad (polityki) rachunkowości stanowi, że komórka egzekucyjna podejmuje czynności egzekucyjne zmierzające do zastosowania środków egzekucyjnych (upomnienia, tytuły wykonawcze) zgodnie z rozporządzeniem MF z dnia 20 maja 2014 r. w sprawie trybu postępowania wierzycieli należności pieniężnych przy podejmowaniu czynności zmierzających do zastosowania

środków egzekucyjnych, pomimo że wymieniony akt prawny nie obowiązywał już od 1 stycznia 2016 roku. Aktualnie tryb postępowania wierzycieli należności pieniężnych publicznoprawnych określa rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 18 listopada 2020 r. w sprawie postępowania wierzycieli należności pieniężnych (Dz. U. poz. 2083).

- w Urzędzie obowiązują niespójne regulacje w zakresie dolnej granicy środka trwałego, poniżej której składniki majątkowe nie są ujmowane w ewidencji wartościowej. W § 1 ust. 6 Instrukcji w sprawie gospodarki majątkiem trwałym gminy, inwentaryzacji majątku i zasad odpowiedzialności za powierzone mienie określono, że ewidencją ilościowo-wartościową należy objąć pozostałe środki trwałe (wyposażenie), których dolną granicę ustala się w wysokości 700 zł i okres użytkowania jest dłuższy niż rok. W punkcie II.11 zakładowego planu kont stanowiącego załącznik nr 3 do zarządzenia nr 2/2017 Wójta Gminy Malczyce z dnia 5 stycznia 2017 r. w sprawie zasad (polityki) rachunkowości postanowiono natomiast, że pozostałe środki trwałe o wartości wyższej od 2.000 zł ewidencjonuje się w księdze inwentarzowej na koncie 013 – Pozostałe środki trwałe w użytkowaniu. Pozostałe środki trwałe, jak drobne przedmioty, których wartość nie przekracza 2.000 zł oraz których nie można ponumerować ze względów technicznych nie podlegają ewidencji wartościowej. Prowadzona jest dla nich ewidencja ilościowa.

- w § 1 ust. 6 Instrukcji w sprawie gospodarki majątkiem trwałym gminy, inwentaryzacji majątku i zasad odpowiedzialności za powierzone mienie określono, że raz w ciągu czterech lat przeprowadza się inwentaryzację wartości niematerialnych i prawnych. Przyjęty zapis jest sprzeczny z przepisem art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jednolity Dz. U. z 2021 roku, poz. 217 ze zm.), z którego wynika, że inwentaryzację wartości niematerialnych i prawnych przeprowadza się na ostatni dzień każdego roku obrotowego drogą porównania danych ksiąg rachunkowych z odpowiednimi dokumentami i weryfikacji wartości tych składników.

- w jednostce nie wprowadzono do stosowania procedury kontroli zarządczej określającej terminy, w których upoważnieni pracownicy zobowiązani są do podjęcia działań windykacyjnych wobec dłużników zalegających z zapłatą należności publicznoprawnych. Wyznaczenie takich terminów jest natomiast kluczowe dla wywiązywania się przez kierownika jednostki z obowiązku wynikającego z przepisu art. 42 ust. 5 o finansach publicznych terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania. Przepis art. 15 § 1 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jednolity Dz. U. z 2020 roku, poz. 1427 ze zm.) stanowi, że *egzekucja administracyjna* może być wszczęta, jeżeli wierzyciel, po upływie terminu do wykonania przez zobowiązanego obowiązku, przesłał mu pisemne upomnienie, zawierające wezwanie do wykonania obowiązku z zagrożeniem skierowania sprawy na drogę postępowania egzekucyjnego oraz inne dane niezbędne do prawidłowego wykonania obowiązku przez zobowiązanego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Postępowanie egzekucyjne może być wszczęte dopiero po upływie 7 dni od dnia doręczenia tego upomnienia. Z powołanych przepisów wynika, że przepisy prawa obowiązującego nie określają terminu, w którym należy przesłać zobowiązanemu upomnienie, a następnie wystawić tytuł wykonawczy. Są to natomiast działania kluczowe dla podjęcia działań egzekucyjnych i dochodzenia należności jednostki. Zatem skuteczność dochodzenia należności od dłużników nie wywiązujących się z obowiązku zapłaty uzależniona jest w dużej mierze od działań podjętych przez wyznaczonych pracowników w zakresie wysłania upomnienia oraz sporządzenia i przesłania do Urzędu Skarbowego tytułu wykonawczego. Nie ustalenie w Urzędzie Gminy Malczyce terminu na sporządzenie i przesłanie upomnień i tytułów wykonawczych ogranicza natomiast w sposób istotny

skuteczność sprawowania przez Wójta Gminy nadzoru nad systematycznością i terminowością podejmowanych działań windykacyjnych oraz skuteczność wyciągania konsekwencji służbowych wobec pracowników, którzy czynności w zakresie działań windykacyjnych nie prowadzą, lub podejmują je opieszale (w przypadku ustalenia, że pracownik nie przesłał do zobowiązanego upomnienia przez okres np. dwóch lat od upływu terminu płatności, pracownik może słusznie stwierdzić, że przepisy prawa, w tym przepisy wewnętrzne obowiązujące w jednostce nie wyznaczają takiego terminu).

- przepisy regulaminu udzielania przez Gminę Malczyce zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro są nie dostosowane do regulacji nowej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Dokumentacja z inwentaryzacji.

W trakcie wykonywania czynności audytowych ustalono, że ostatnia inwentaryzacja pełna (czteroletnia) środków trwałych została przeprowadzona w Urzędzie Gminy Malczyce w 2017 roku. Na podstawie zarządzenia nr 90/2017 Wójta Gminy Malczyce z dnia 15 listopada 2017 r. w sprawie przeprowadzenia inwentaryzacji składników majątkowych oraz na podstawie arkuszy spisu z natury ustalono, że:

- Urząd Gminy Malczyce przeprowadził inwentaryzację wartości niematerialnych i prawnych (programów komputerowych użytkowanych i systemowych) metodą spisu z natury (arkusze spisu z natury nr 1, 10, 13), co było niezgodne z przepisem art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o rachunkowości, z którego wynika, że inwentaryzację wartości niematerialnych i prawnych przeprowadza się drogą porównania danych ksiąg rachunkowych z odpowiednimi dokumentami i weryfikacji wartości tych składników.

- jednostka przeprowadziła inwentaryzację wartości niematerialnych i prawnych w IV kwartale, co było niezgodne z przepisami art. 26 ust. 1 pkt 3 i art. 26 ust. 3 pkt 1 ustawy o rachunkowości, z których wynika, że inwentaryzację wartości niematerialnych i prawnych przeprowadza się na ostatni dzień każdego roku obrotowego, bez możliwości przeprowadzania jej w IV kwartale roku (uprawnienie od przeprowadzania inwentaryzacji w IV kwartale roku obrotowego, wynikające z art. 26 ust. 3 pkt 1 ustawy nie dotyczy inwentaryzacji przeprowadzanej drogą porównania danych ksiąg rachunkowych z odpowiednimi dokumentami i weryfikacji wartości tych składników).

- Urząd Gminy Malczyce przeprowadził inwentaryzację kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej metodą spisu z natury (arkusz spisu z natury nr 52), co było niezgodne z przepisem art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o rachunkowości, z którego wynika, że inwentaryzację środków trwałych, do których dostęp jest znacznie utrudniony lub których spisanie z natury z przyczyn uzasadnionych nie jest możliwe przeprowadza się drogą porównania danych ksiąg rachunkowych z odpowiednimi dokumentami i weryfikacji wartości tych składników.

- na arkuszach spisu z natury o numerach 35, 36 i 37 zespół spisowy potwierdził, że spis z natury rozpoczął w dniu 3 stycznia 2018 roku, a zakończył w dniu 2 stycznia 2018 roku.

Na podstawie przedłożonej do audytu dokumentacji oraz w oparciu o wyjaśnienia udzielane przez pracowników Urzędu Gminy ustalono ponadto, że audytowana jednostka nie przeprowadziła w 2018, 2019 i 2020 roku inwentaryzacji środków trwałych, które znajdują się na terenie nie strzeżonym (placów zabaw, oświetlenia ulicznego, wiat przystankowych). Powyższe było niezgodne z przepisem art. 26 ust. 1 pkt 1 ustawy o rachunkowości, który stanowi, że jednostki przeprowadzają na ostatni dzień każdego roku obrotowego inwentaryzację środków trwałych (uproszczenie zawarte w przepisie art. 26 ust. 3 pkt 3 ustawy o rachunkowości dopuszczające przeprowadzanie inwentaryzacji raz w ciągu czterech lat dotyczy wyłącznie środków trwałych znajdujących się na terenie strzeżonym).

ZADANIA INWESTYCYJNE Z 2020r.

"Przebudowa wodociągu w drodze gminnej ul. Łącznej w Wilczkowie"

W toku analizy legalności udzielenia zamówienia publicznego na Przebudowę wodociągu w drodze gminnej ul. Łącznej w Wilczkowie sprawdzono następujące dokumenty: projekt budowlany dla zadania: Przebudowa wodociągu w drodze gminnej ul. Łącznej w Wilczkowie dz. 397/1, 392/2, 399, 400, 401, obręb nr 0010 Wilczków, jedn. ewid. Malczyce 021802_2, z dnia 10 września 2018 roku, decyzję Starosty Średzkiego nr 181/2019 z dnia 7 marca 2019 roku w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę dla gminy Malczyce, obejmującego przebudowę wodociągu w drodze gminnej ul. Łącznej w Wilczkowie na dz. nr 397/1, 397/2, 399, 400, 401, AM – 1, obręb Wilczków, Gmina Malczyce, kosztorys inwestorski z dnia 11 marca 2020 roku dla zadania: Budowa wodociągu w drodze gminnej ul. Łączna, dla inwestora: Gmina Malczyce, ul. Traugutta 15, 55-320, na kwotę 537 443,40 zł, zatwierdzony przez Wójta Gminy Malczyce, Piotra Frankowskiego w dniu 12.03.2020 roku, dokument Zamawiającego: Informacja o zamiarze zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), o wartości nieprzekraczającej kwoty zamówienia, o której mowa w art. 11 ust. 8 ustawy, na realizację roboty budowlanej pn. Przebudowa wodociągu w drodze gminnej ul. Łącznej w Wilczkowie, zatwierdzony przez Wójta Gminy Malczyce, Piotra Frankowskiego w dniu 21 maja 2020 roku, publikację na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Gminy Malczyce o zamiarze zawarcia umowy na realizację roboty budowlanej pn. "Przebudowa wodociągu w drodze gminnej ul. Łącznej w Wilczkowie" z dnia 21 maja 2020 roku, zaproszenie do negocjacji celem udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonanie robót budowlanych pn. „Przebudowa wodociągu w drodze gminnej ul. Łącznej w Wilczkowie”, z dnia 21 maja 2020 roku skierowane do Wykonawcy: Malczyckie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Malczycach przy ul. 1 Maja 5c, wraz z załącznikami (wskazany termin przeprowadzenia negocjacji 4 czerwca 2020 roku, termin realizacji zamówienia 15 czerwca 2020 r. – 30.09.2020 r.), ofertę Wykonawcy: Malczyckie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Malczycach przy ul. 1 Maja 5c z dnia 4 czerwca 2020 roku, wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz oświadczeń/dokumentów z dnia 4 czerwca 2020 roku skierowane przez Zamawiającego do Wykonawcy: Malczyckie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Malczycach przy ul. 1 Maja 5c, wezwanie do złożenia oraz uzupełnienia dokumentów z dnia 4 czerwca 2020 roku skierowane przez Zamawiającego do Wykonawcy: Malczyckie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Malczycach przy ul. 1 Maja 5c., ofertę Wykonawcy: Malczyckie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Malczycach przy ul. 1 Maja 5c, z dnia 8 czerwca 2020 roku, protokół z negocjacji z Wykonawcą z dnia 10 czerwca 2020 roku, umowę nr ORG.272.9.2020 na roboty budowlane z dnia 22 czerwca 2020 r. zawartą pomiędzy Zamawiającym: Gminą Malczyce z siedzibą w Malczycach przy ul. Traugutta 15, a Wykonawcą: Malczyckie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Malczycach przy ul. 1 Maja 5c. z terminem realizacji od 15 lipca 2020 roku do 30 września 2020 roku, informację o zamieszczeniu ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publikowaną na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Gminy Malczyce z dnia 23 czerwca 2020 roku, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego z dnia 23 czerwca 2020 roku nr 510109901-N-2020 opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych (liczba otrzymanych ofert 0, wartość netto zamówienia 436945,85 zł), informację o udzieleniu zamówienia (dokument Zamawiającego) zatwierdzoną przez Wójta Gminy Malczyce, Piotra Frankowskiego dnia 23 czerwca 2020 roku, notatki Zamawiającego dotyczące możliwości realizacji zamówienia z zastosowaniem procedury „in-house”. W wyniku analizy wymienionych dokumentów stwierdzono, że:

- zamawiający w omawianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wypełnił obowiązku sprawdzenia, czy zachodziły przesłanki uzasadniające zastosowanie wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki. W uzasadnieniu do wyboru trybu Zamawiający wskazał w tym zakresie: „Podstawowym celem działalności MUK jest prowadzenie działalności użyteczności publicznej poprzez wykonywanie zadań powierzonych przez Gminę Malczyce. Wśród najważniejszych zadań powierzonych jej przez zamawiającego wymienił należy: dostawy wody i odbiór ścieków, utrzymanie sieci wod-kan, oczyszczanie ścieków, sprzątanie i utrzymanie czystości w miejscowości Malczyce, zarządzanie cmentarzem komunalnym, administrowanie lokalami komunalnymi gminy, zbieranie odpadów, administrowanie targowiskiem. Te czynności stanowią niemal 100% aktywności MUK-u. Tylko niewielką część aktywności stanowią inne prace komercyjne nie powierzone przez gminę, głównie z zakresu usług sprzętowo-budowlanych. Za rok 2019 wynika, że przychody ze sprzedaży spółki wyniosły 2,2 mln zł, z czego tylko 8% stanowiły pozostałe usługi komercyjne. Podstawowym celem utworzenia spółki było skuteczne wykonywanie działalności użyteczności publicznej poprzez wykonywanie powierzonych w tym zakresie zadań przez gminę Malczyce. Spółka została powołana po to, aby wykonywać zadania gminy określone w ustawie o samorządzie gminnym, w szczególności w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę, utrzymania czystości, zarządzania mieniem komunalnym i cmentarzem. To stanowi sens jej istnienia i zasadę działalności spółki, wszystkie pozostałe działania niezlecone przez gminę spółka wykonuje pobocznie, przy okazji i tylko w taki sposób, gdy nie zakłóca to jej podstawowej działalności i gdy spółka ma moce przerobowe, aby taką działalność dodatkową podjąć. Ta dodatkowa działalność, choć przynosi pewne dodatkowe korzyści, to stanowi absolutny margines zaangażowania spółki i zawsze jest podporządkowana i stoi niżej w hierarchii od działalności podstawowej. Zatem, czy to pod względem strumienia przychodów, czy faktycznego zaangażowania i działalności, ponad 90% wykonywanych zadań spółki dotyczy zadań powierzonych jej przez zamawiającego, zatem przesłanka b) została spełniona”. Z zacytowanego uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia wynika, że zamawiający nie sprawdził, czy zostały spełnione przesłanki do zastosowania w omawianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trybu z wolnej ręki. Kluczowym dla uznania dokonanego wyboru trybu jest bowiem struktura przychodu spółki. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Pojęcie „zadanie powierzone” dotyczy wszystkich grup zamawiających nie można go więc utożsamiać z pojęciem „zadania własnego” gminy. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności. Udzielenie zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady prymatu trybów przetargowych. Zgodnie z powszechnie uznawaną regułą, wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2000 r., II CKN 738/98,

OSNC 2000, nr 7-8, poz. 146). Z tych względów zamawiający jest obowiązany wykazać brak zastosowania konkurencyjnego trybu postępowania poprzez ściśle wypełnienie się przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający winien powyższe wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (por. wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17). Zaniechanie takiego wykazania stanowi bowiem podstawę do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W analizowanym postępowaniu Zamawiający, pomimo, iż to na nim ciążył obowiązek w tym zakresie, nie wykazał wypełnienia się warunków zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawy przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, który wymaga łącznego spełnienia wymienionych w nim warunków. Przedstawione przez zamawiającego informacje wskazują, że nie został zweryfikowany warunek, aby ponad 90% działalności w czasie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia kontrolowanej osobie prawnej – spółce Malczyckie Usługi Komunalne - dotyczyło zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę. Zamawiający odniósł się jedynie lakonicznie do przychodów spółki za 2019 r. stwierdzając, że we wskazanym roku tylko 8% przychodów spółki stanowiły usługi komercyjne. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał, dlaczego zgodnie z dyspozycją ustawową (art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych) wskazującą, że do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, odniósł się jedynie do roku 2019. Z okazanej dokumentacji nie wynika, aby Zamawiający dokonał analizy sprawozdań spółki Malczyckie Usługi Komunalne sp. z o.o. za konieczny 3-letni okres. W przedłożonych dokumentach nie odnaleziono sprawozdań finansowych spółki, ani nie odnaleziono niezbędnych wycieńń chociażby dla roku 2019. W powyższym przypadku nie można być mowy o działaniu niezamierzonym, bowiem Zamawiający słusznie zauważył w notatkach wewnętrznych, że do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 14 lit. c uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Notatki Zamawiającego wskazują również, że analizie poddano wyrok TSUE C-285/18 dotyczący zamówień „in-house” w kontekście ewentualnego zakłócenia konkurencyjności rynku, na którym działa wyspecjalizowana spółka gminna, uznając jednak, że przesłanki dotyczące udzielenia zamówienia spółce zależnej nie wskazują na możliwość naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Szeroko analizowano więc możliwość wykorzystania trybu zamówienia z wolnej ręki w procedurze „in-house”.

„Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku IV”

W toku analizy legalności udzielenia zamówienia publicznego na „Budowę świetlicy wiejskiej w Rusku IV” oraz realizacji procesu inwestycyjnego sprawdzone zostały następujące dokumenty: decyzja Starosty Średzkiego nr 239/2019 z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie zatwierdzenia projektu zamiennego i zmiany Decyzji nr 863/2016 z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę, decyzja Starosty Średzkiego nr 896/2016 z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę, Zarządzenie Wójta Gminy Malczyce nr 4/2020 z dnia 14 stycznia 2020 r. w sprawie powołania komisji przetargowej, zawartość strony podmiotowej Biuletynu informacji Publicznej - dokumentacja zadania „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku IV”, informacja o wysokości środków, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego z dnia 14 stycznia 2020 r., ogłoszenie o zamówieniu nr 531510-N-2020 z dnia 15 kwietnia 2020 r., ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 531510-N-2020 z dnia 13 maja 2020 r., specyfikacja istotnych

warunków zamówienia (siwz) zatwierdzona dnia 15 kwietnia 2020 r. przez Wójta Gminy Malczyce Piotra Frankowskiego, pytanie 1 zadane przez Wykonawcę w dniu 21 kwietnia 2020 r., pytanie 2 zadane przez Wykonawcę w dniu 21 kwietnia 2020 r., wyjaśnienie treści siwz z dnia 22 kwietnia 2020 r., pytania do treści siwz z dnia 23 kwietnia 2020 r., wyjaśnienie treści siwz z dnia 23 kwietnia 2020 r., pytanie 3 zadane przez Wykonawcę z dnia 23 kwietnia 2020 r., wyjaśnienie treści siwz z dnia 24 kwietnia 2020 r., zawiadomienie o modyfikacji treści siwz z dnia 24 kwietnia 2020 r., oświadczenia (art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – dalej ustawa Pzp), informacja o sesji otwarcia ofert z dnia 30 kwietnia 2020 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 maja 2020 r., analiza nagrania cyfrowego z sesji otwarcia ofert z dnia 30 kwietnia 2020 r. ([http://www.malczyce.wroc.pl/wp-content/uploads/2020-04-30-12-30-13-online-video-cutter.com .mp4](http://www.malczyce.wroc.pl/wp-content/uploads/2020-04-30-12-30-13-online-video-cutter.com.mp4)), oświadczenia dotyczące zależności wynikających z uczestnictwa w grupie kapitałowej z dnia 4 maja 2020 r., zawiadomienie o poprawieniu omyłki z dnia 5 maja 2020 r., zgoda wykonawcy na poprawienie omyłki z dnia 7 maja 2020 r., wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz oświadczeń / dokumentów z dnia 6 maja 2020 r., wezwanie do złożenia oraz uzupełnienia dokumentów z dnia 14 maja 2020 r. oraz 25 maja 2020 r. – e-mail, uzupełnienia i wyjaśnienia wykonawcy z dnia 25 maja 2020 r., korekta informacji podanych podczas sesji otwarcia ofert z dnia 8 maja 2020 r., wykaz złożonych ofert - dokument własny zamawiającego, zestawienie przetargów dotyczących świetlic wiejskich - dokument z dnia 12 maja 2020 r., komunikat Wójta Gminy Malczyce w sprawie pomyłki w ofercie, pismo z dnia 7 maja 2020 r., pismo z dnia 6 maja 2020 r., wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz oświadczeń / dokumentów z dnia 6 maja 2020 r., zawiadomienie o poprawieniu innej oczywistej omyłki oraz oczywistej omyłki pisarskiej z dnia 5 maja 2020 r., wezwanie do złożenia oraz uzupełnienia dokumentów z dnia 6 maja 2020 r., notatki własne zamawiającego i wydruki ze stron internetowych dołączone do dokumentacji postępowania, formularz wewnętrzny zamawiającego – sprawdzenie ofert, zestawienie zbiorcze - oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej z dnia 6 kwietnia 2020 r., oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej złożone przez wykonawców dnia 4 maja 2020 r. – komplet, informacja z sesji otwarcia ofert w przetargu nieograniczonym dotyczącym realizacji zadania „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku IV” z dnia 30 kwietnia 2020 r., analizowany przez zamawiającego wyrok KIO 2187/13 z dnia 27 września 2013 r., oświadczenie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp złożone w dniu 30 kwietnia 2020 r., zawiadomienie o modyfikacji treści siwz z dnia 24 kwietnia 2020 r., zwrot dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, wniosek o zwrot wadium gotówkowego z dnia 15 maja 2020 r., wniosek o zwrot wadium gotówkowego z dnia 15 maja 2020 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, pisma w sprawie zwrotu wadium, oferty złożone przez wykonawców, umowa nr ORG.272.8.2020 z dnia 25 maja 2020 r. z terminem realizacji od 27 maja 2020 r. do 30 września 2020 r., wniosek o zwrot wadium wykonawcy, z którym zawarto umowę z dnia 27 maja 2020 r., protokół z postępowania ZP-PN, sprawa ORG.271.6.2020 Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku IV, zatwierdzony dnia 28 maja 2020 r. przez Wójta Gminy Malczyce Piotra Frankowskiego, harmonogram rzeczowo finansowy przedłożony przez Wykonawcę zadania „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku IV”, umowy o pracę zawarte przez wykonawcę – oświadczenia z dnia 26 maja 2020 r., wypis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej dla działalności Wykonawcy, umowa podwykonawcza nr 1.2020 na roboty budowlane z dnia 21 maja 2020 r., dokumenty związane z tymczasowym zasilaniem placu budowy w energię elektryczną - czerwiec 2020 r., protokoły z narad technicznych odbywających się na terenie budowy, protokół przekazania placu budowy z dnia 29 maja 2020 r., oświadczenie o przyjęciu obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego, oświadczenie o przejęciu obowiązków kierownika budowy, polisa OC WIAN Natalia Orłowa na kwotę 1 500 000,00 zł z dnia 1

kwietnia 2020 r., harmonogram rzeczowo-finansowy zadania sporządzony przez Wykonawcę, wniosek Wykonawcy z dnia 30 lipca 2020 r. w sprawie przyspieszenia terminów płatności, wezwanie do podjęcia robót kierowane przez Wójta Gminy Malczyce do Wykonawcy z dnia 1 lipca 2020 r., wniosek Wykonawcy kierowany do Wójta Gminy Malczyce z dnia 28 sierpnia 2020 r. o przedłużenie terminu realizacji umowy (opóźnienia w dostawach materiałów – Covid-19, ulewne deszcze), wezwanie do natychmiastowego podjęcia i kontynuowania robót kierowane przez Gminę Malczyce do Wykonawcy z dnia 17 września 2020 r., Dziennik budowy nr 803 wydany dnia 30 grudnia 2019 r. dla obiektu budowlanego: Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku, zawiadomienie o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych – dokument z dnia 27 grudnia 2019 r. złożony w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego w Środzie Śląskiej, pełnomocnictwo udzielone adwokatowi do prowadzenia rozmów z Gminą Malczyce w celu polubownego zakończenia rozliczenia zadania pn. „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku” - dokument z dnia 3 lutego 2021 r., zestawienie z dnia 25 stycznia 2020 r. w sprawie wzajemnych rozliczeń wynikających z umowy nr ORG.272.8.2020, pismo Wójta Gminy Malczyce nr ROŚ.2227.15.01.2021 z dnia 22 stycznia 2021 r. kierowane do Wykonawcy przekazujące kosztorys powykonawczy wykonany na zlecenie Gminy po wypowiedzeniu umowy wykonawcy, oświadczenie kierownika budowy z dnia 29 grudnia 2020 r. dotyczące wykonanych robót, notatka służbowa z dnia 4 stycznia 2021 r. spisana przez przedstawiciela wykonawcy, przedstawiciela Gminy Malczyce i kierownika budowy na okoliczność rozliczenia budowy obiektu świetlicy w Rusku, notatka służbowa z dnia 29 grudnia 2020 r. spisana przez przedstawiciela wykonawcy, przedstawiciela Gminy Malczyce, inspektora nadzoru i kierownika budowy na okoliczność rozliczenia budowy obiektu świetlicy w Rusku, notatka służbowa z dnia 22 grudnia 2020 r. spisana przez przedstawiciela wykonawcy, przedstawiciela Gminy Malczyce, inspektora nadzoru i kierownika budowy na okoliczność rozliczenia budowy obiektu świetlicy w Rusku, notatka służbowa z dnia 9 grudnia 2020 r. spisana przez przedstawiciela wykonawcy, przedstawiciela Gminy Malczyce i inspektora nadzoru na okoliczność rozliczenia budowy obiektu świetlicy w Rusku, pokwitowanie odbioru dokumentacji powykonawczej z dnia 9 listopada 2020 r., wezwanie kierowane do Wykonawcy do stawiennictwa na spotkaniu dotyczącym odstąpienia Gminy Malczyce od realizacji umowy na roboty budowlane nr ORG.272.8.2020 – e-mail z dnia 8 grudnia 2020 r., dokument opisowy rozliczenia wykonawcy świetlicy wiejskiej w Rusku, wezwanie kierowane do Wykonawcy z dnia 30 listopada 2020 r. dotyczące rozliczenia robót, wezwanie z dnia 24 listopada 2020 r. dotyczące rozliczenia robót, wezwanie z dnia 12 listopada 2020 r. dotyczące rozliczenia podwykonawstwa, pismo z dnia 12 listopada 2020 r. w sprawie odstąpienia od realizacji umowy, wezwanie z dnia 9 listopada 2020 r. dotyczące zabezpieczenia budowy przed okresem zimowym, protokół inwentaryzacji robót z dnia 2 listopada 2020 r., pismo podwykonawcy w sprawie braku rozliczenia robót przez Wykonawcę, oświadczenie Gminy Malczyce o odstąpieniu od umowy zawartej z firmą WIAN Natalia Orłowa - pismo z dnia 28 października 2020 r., wezwanie do zapłaty kary umownej w związku z odstąpieniem i opóźnieniem realizacji robót kierowane do Wykonawcy – pismo z dnia 28 listopada 2020 r., pismo Wykonawcy z dnia 13 października 2020 r. w sprawie podwykonawstwa, pismo Gminy Malczyce z dnia 7 października 2020 r. kierowane do podwykonawcy, wyjaśnienie Wykonawcy z dnia 5 października 2020 r. dotyczące podwykonawstwa, pismo podwykonawcy z dnia 25 września 2020 r. w sprawie zakresu i wartości zrealizowanych robót, zgłoszenie podwykonawcy z dnia 23 września 2020 r., informacja o błędnie wystawionej fakturze korygującej kierowana przez Gminę Malczyce z dnia 15 lutego 2021 r., faktura korygująca nr KOR/1/02/2021 z dnia 12 lutego 2021 r., porozumienie w sprawie rozliczenia umowy nr ORG.272.8.2020 zawarte dnia 12 lutego 2021 r., odrębne notatki dotyczące rozliczenia budowy świetlicy w Rusku wskazujące, że Gmina Malczyce jest w

pełni rozliczona z Wykonawcą z tytułu wykonanych robót, pismo Gminy Malczyce nr ROŚ.2227.16.02.2021 z dnia 10 lutego 2021 kierowane do Wykonawcy, dotyczące robót zabezpieczających koniecznych do podjęcia w związku z niewykonaniem umowy przez wykonawcę, dokumentacja powykonawcza umowy ORG.272.8.2020 z dnia 27 maja 2020 r., kosztorys inwestorski powykonawczy z dnia 15 stycznia 2021 r. sporządzony na okoliczność wypowiedzenia umowy Wykonawcy, kosztorys różnicowy powykonawczy dla robót niewykonanych i zakwalifikowanych do rozbiórki z dnia 15 stycznia 2021 r.

W wyniku audytu wymienionych dokumentów stwierdzono, że:

- Gmina Malczyce podejmowała próby udzielenia zamówienia na budowę świetlicy w Rusku w kolejno powtarzanych postępowaniach: „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku” – z datą ogłoszenia 5 lutego 2020 r., „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku II” – z datą ogłoszenia 28 lutego 2020 r., „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku III” – z datą ogłoszenia 14 kwietnia 2020 r., „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku IV” z datą ogłoszenia 13 maja 2020 r. W kolejno prowadzonych postępowaniach kwota, za którą wykonawcy oferowali wykonanie przedmiotu zamówienia przekraczała kwotę, którą Gmina zamierzała przeznaczyć na realizację zamówienia. Postępowania przeprowadzone przez Gminę w wymienionym zakresie w 2020 r. ujęto w poniższej tabeli:

L.p.	Dotyczy	Ogłoszone	Wymagany termin realizacji	Kwota jaką przeznaczył zamawiający	Wartość oferty najkorzystniejszej	Wynik
1.	Świetlica - Rusko I	Styczeń 2020 r.	31 sierpnia 2020 r.	1.380.253,91 zł	1.744.924,51 zł	Unieważniono
2.	Świetlica - Rusko II	Luty 2020 r.	30 września 2020 r.	1.380.253,91 zł	1.698.832,54 zł	Unieważniono
3.	Świetlica - Rusko III	Marzec 2020 r.	30 września 2020 r.	1.380.253,91 zł	1.466.775,00 zł	Unieważniono
4.	Świetlica - Rusko IV	Kwiecień 2020 r.	30 września 2020 r.	1.380.253,91 zł	1.311.795,00 zł	Zawarto umowę

Umowę na realizację budowy świetlicy wiejskiej w Rusku zawarto z Wykonawcą w dniu 27 maja 2020 r. Jednocześnie maj 2020 r. to w Polsce okres lockdownu. Liczba zakażonych na dzień 27 maja 2020 r. od początku pandemii wyniosła 22.473 osoby, a zmarłych 1.028 osób. W związku z ograniczeniem pandemicznym strony zamówienia publicznego nie podjęły żadnych rozmów, co do możliwości jego realizacji, a zamawiający narzucił wykonawcy 4-miesięczny termin wykonania inwestycji. Podkreślić należy, że zamawiający już w styczniu 2020 r. planował krótki – 7 miesięczny termin realizacji inwestycji w Rusku. Kolejne unieważniane postępowania i okres pandemii nie skłoniły zamawiającego do podjęcia racjonalnych kroków tj. przedłużenia terminów rozliczenia projektu w ramach RPO Województwa Dolnośląskiego oraz umożliwienia wykonawcom realizacji zadania w rozsądnym terminie, bowiem nawet wyznaczony termin 7 miesięczny w tym okresie należy uznać za krótki i nie gwarantujący zamawiającemu bezproblemowego przebiegu budowy. Finalnie, w czwartym postępowaniu przetargowym zamawiający pozostawił wykonawcy jedynie 4 miesiące na realizację zamówienia, co już w momencie podpisywania umowy

należało uznać za termin wątpliwy. Ponadto, analizując zamówienie publiczne dotyczące budowy świetlicy wiejskiej w Rusku w Gminie Malczyce, nie należy pominąć kilku aspektów związanych z budową tożsamej świetlicy w Mazurowicach, planowanej do realizacji w tym samym czasie, co budowa świetlicy w Rusku, w ramach tego samego projektu „Budowa demonstracyjnych świetlic wiejskich w miejscowościach Mazurowice i Rusko” ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2014-2020.

L.p	Dotyczy	Ogłoszono	Wymagany termin realizacji	Kwota jaką przeznaczył zamawiający	Wartość oferty najkorzystniejszej	Wynik
1.	Świetlica – Mazurowice I	Styczeń 2020 r.	31 sierpnia 2020 r.	1.372.880,40 zł	1.724.828,31 zł	Unieważniono
2.	Świetlica - Mazurowice II	Luty 2020 r.	30 września 2020 r.	1.372.880,40 zł	1.695.010,12 zł	Unieważniono
3.	Świetlica – Mazurowice III	Marzec 2020 r.	30 września 2020 r.	1.372.880,40 zł	Postępowanie obarczone błędem	Unieważniono
4.	Świetlica – Mazurowice IV	Kwiecień 2020 r.	30 września 2020 r.	1.372.880,40 zł	1.434.633,53 zł	Zawarto umowę

W przypadku budowy świetlicy w Mazurowicach, zamawiający również kilkakrotnie ogłaszał i unieważniał postępowania przetargowe, ostatecznie zwiększając kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Pozwoliło to na zawarcie w dniu 20 kwietnia 2020 r. umowy z Wykonawcą. Również w tym przypadku ponawianie postępowań bez jednoczesnego znaczącego wydłużenia terminu wykonawcy było niezrozumiałym działaniem zamawiającego, zwiększającym ryzyko niewykonania zamówienia lub wykonania go nieterminowo. Wykonawca zadania zakończył budowę świetlicy w Mazurowicach 30 listopada 2020 r. (wymagany przez zamawiającego w postępowaniu przetargowym termin to 30 września 2020 r.), przy czym z uwagi na tymczasowe przyłącze energetyczne (obecnie – zasilanie placu budowy) obiekt według deklaracji pracownika Gminy Malczyce w dalszym ciągu nie jest dopuszczony do użytkowania. Gmina planuje wykonanie docelowego zasilania obiektu do dnia 15 października 2021 r. a następnie uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Należy więc podkreślić, że możliwość uzyskania funkcjonalności i udostępnienia nowego obiektu mieszkańcom będzie mieć miejsce nie wcześniej niż 13 miesięcy po żądanym przez Gminę terminie, wyznaczonym na wrzesień 2020 r. (w ofercie skróconym przez wykonawcę do 31 sierpnia 2020 r. celem uzyskania większej liczby punktów). W związku z tym, że firma, w celu zwiększenia swoich szans w przetargu, deklarowała wykonanie przedmiotu zamówienia do 31 sierpnia 2020 r. realny czas na realizację przedmiotu zamówienia uległ skróceniu do 19 tygodni. Budowę, według deklaracji pracownika Urzędu Gminy Malczyce zakończono w dniu 30 listopada 2020 r., a więc 13 tygodni po terminie wynikającym z pierwotnego terminu określonego w umowie o udzielenie zamówienia publicznego (zmienionego następnie aneksem do umowy pierwotnej). Wydłużenie 19 tygodniowego terminu pierwotnego o kolejne 13 tygodni należy uznać za istotne i mogące wskazywać na nieprawidłowe planowanie procesu inwestycyjnego przez zamawiającego.

Dodatkowo, analizując wykonanie świetlic wiejskich w skali kraju:

L.p.	Miejscowość	Ogłoszenie o zamówieniu	Termin realizacji	Liczba miesięcy (budowa)	Pow. zabudowy	Wartość
1.	Witosław	Październik 2020	Listopad 2021	13 m-cy	237,1 m2	0,917 mln zł
2.	Ojrzanów	Lipiec 2019	Listopad 2020	16 m-cy	335,89 m2	2,195 mln zł
3.	Malerzowice Wielkie	Styczeń 2019	Lipiec 2020	18 m-cy	296,74 m2	1,065 mln zł
4.	Jasienie	Czerwiec 2019	Lipiec 2020	13 m-cy	212,76 m2	1,165 mln zł
5.	Mazurowice	Marzec 2019	Wrzesień 2020	6 m-cy	317,83 m2	1,435 mln zł
6.	Rusko	Kwiecień 2020 (Umowa maj 2020)	Październik 2020 (wg umowy wrzesień 2020)	6 m-cy (4 m-ce)	354,20 m2	1,312 mln zł

Opisywany stan faktyczny na budowie świetlicy w Rusku, tutaj analizowanej, i świetlicy w Mazurowicach postawił wykonawców w sytuacji niemożliwości wykonania umowy w terminie lub w sytuacji spekulowania co do wysokości kar jakie należy doliczyć do ceny oferty przetargowej aby na kontrakcie nie powstała strata. W tym aspekcie należy wskazać, że ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiłyby się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne. Owa niewykonalność musi spełniać jednak łącznie trzy cechy, tj. mieć charakter pierwotny, trwały i obiektywny. Obiektywna i trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14). Przy czym zwrócić należy w tym aspekcie uwagę na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą), na którą wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2012 roku, VI ACa 904/12, wskazując, iż Przepis art. 387 k.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowania, gdy faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowitą nieracjonalność”. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny należy wskazać, iż zgodnie z aktualnym stanem wiedzy technicznej i analizą powyższych przypadków (w tym budową świetlicy w Mazurowicach), niemożliwym wydaje wykonanie zobowiązania przez żadnego wykonawcę w 18 tygodni, a więc w terminach oczekiwanych przez Zamawiającego. Nawet jeśli przyjąć, że zobowiązanie takie wykonawcy mogą na siebie przyjąć przy założeniu doliczania „z góry” kar umownych, które zostaną im w tym zakresie naliczone, to spełnienie świadczenia na takich warunkach charakteryzowałoby się całkowitą nieracjonalnością, wypełniającą zaistnienie stanu tzw. niemożności gospodarczej. Zamawiający jako podmiot wydatkujący publiczne środki, powinien posiadać wiedzę, jaki czas jest niezbędny na realizację zamówienia, który to czas powinien – zgodnie z przepisami prawa – uwzględnić przy planowaniu zamówienia, konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniając w tym wszelkie ryzyka przesunięcia realizacji projektu, opóźnień spowodowanych procedurami, przerwami technologicznymi, obsługą budowy, odbiorami, dostawami materiałów, czy wreszcie, czego nie można było pominąć w 2020 r. - pandemią. Ta ocena okoliczności towarzyszących postępowaniu, obowiązek przewidywania ewentualnych opóźnień i

przesunąć w całości obciąża zamawiającego, który te okoliczności powinien właściwie i racjonalnie oszacować i uwzględnić (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 stycznia 2011 r., KIO/KD 107/10). Określając termin zakończenia realizacji zamówienia publicznego zamawiający powinien uwzględniać również skalę zamówienia, a w szczególności uwarunkowania techniczne i organizacyjne związane z realizacją zamówienia. W świetle powyższego i danych wskazanych w tabeli 2 należy stwierdzić, że jest wysoce prawdopodobne, że określony przez Wójta Gminy Malczyce termin realizacji zamówienia świetlicy w Rusku był niemożliwy do dotrzymania przez jakiegokolwiek wykonawcę, a co za tym idzie można wywieść, że strony zawierając umowę w obecnym brzmieniu zawarły umowę o świadczenie niemożliwe pierwotnie, tj. umowę nieważną. Nie bez znaczenia jest harmonogram robót przedstawiony przez Wykonawcę świetlicy wiejskiej w Rusku, który wskazuje, że firma założyła kompleksowe wykonanie świetlicy „pod klucz” w osiemnaście tygodni, co już na etapie planowania zamawiający powinien uznać za niemożliwe do wykonania, a do czego nakłaniał wykonawców konstrukcją zamówienia publicznego. Zamawiający jako profesjonalista i podmiot doświadczony, mając nieograniczony czas na należyte przygotowanie postępowania, poprzez skracanie terminów realizacji zamówienia po kolejnych nieudanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dowiódł, że sam nie był w stanie ustalić jaki termin był niezbędny dla starannego wykonawcy, aby ten miał możliwość faktycznie wykonać przedmiot zamówienia. Oczywistym jest, że termin ten nie zależy wyłącznie od wykonawcy i nawet od tego czy dołoży on ponadprzeciętnej staranności, i z tego każdy profesjonalny zamawiający musi sobie zdawać sprawę. Zatem jeśli zamawiający nie był w stanie zagwarantować wykonawcy prawidłowych terminów na wykonanie zamówienia publicznego można dowieść, że stan rzeczy związany z niewykonaniem świetlicy w Rusku obciąża Gminę Malczyce. Co więcej, Gmina Malczyce sugerując pismem z dnia 17 września 2020 r. Wykonawcy świetlicy w Rusku, że w przypadku niewykonania przez nią zamówienia w terminie Gmina utraci finansowanie zadania, działała niezgodnie ze stanem faktycznym. Okoliczność ta oraz skracanie terminów realnie umożliwiających wybudowanie świetlicy w Rusku może świadczyć o nielojalności wobec wykonawcy ze strony zamawiającego, wyrażanej poprzez zachowanie będące nadmiernym oczekiwaniem wobec wykonawcy, a więc musi skutkować negatywną oceną tych działań z punktu widzenia zasad współżycia społecznego (uczciwości i lojalności kupieckiej).

W toku analizy dokumentacji ustalono ponadto, że:

- przekazanie placu budowy świetlicy wiejskiej w Rusku nastąpiło dnia 29 maja 2020 r., a więc bez zbędnej zwłoki. W protokole z przekazania placu budowy wskazano: „energia elektryczna – wykonawca we własnym zakresie, woda – z wodociągu (w uzgodnieniu za Zarządcą). Gmina Malczyce planując zamówienie oraz ogłaszając przez wiele miesięcy postępowanie przetargowe na wybór wykonawcy nie zadbała zatem o bieżący dostęp wykonawcy do mediów. Dopiero w dniu 1 czerwca 2020 r., a więc już w trakcie zamówienia publicznego, Gmina Malczyce zawarła umowę z firmą Tauron Dystrybucja na tymczasowe zasilanie placu budowy. Co więcej, do dnia dzisiejszego inwestycja nie ma docelowego zasilania w energię elektryczną. Takie działanie Gminy Malczyce należy uznać za nienależytą staranność i brak właściwego planowania inwestycji.
- Wykonawca zamówienia na budowę świetlicy w Rusku, zgodnie z § 13 umowy na realizację zadania, zobligowany był do zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich pracowników wykonujących prace budowlane oraz wykończeniowe. Przystępując do realizacji zamówienia wykonawca zgłosił jedynie czterech pracowników: Z okazanych dokumentów nie wynika, aby zamawiający – Gmina Malczyce – weryfikował oświadczenie złożone przez Wykonawcę żądając dokumentów, do czego uprawniony był na podstawie § 13 ust. 1 pkt 1a umowy. Nie wzbudził niepokoju zamawiającego fakt, że przy bardzo napiętych terminach harmonogramu

wykonawca od początku kontraktu wskazuje, że zadanie będzie realizował jedynie czterema pracownikami własnymi, przy czym jedynie dwóch z nich to murarze-tylnkarze. W sytuacji, gdy zamawiający zobowiązał wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w maksymalnie krótkim czasie 18 tygodni, uzgadniając między innymi wykonanie robót ziemnych i fundamentów w ciągu pierwszych dwóch tygodni czerwca 2020 r. przyzwolenie na zgłoszenie jedynie czterech pracowników wykonawcy jest niezrozumiałe, tym bardziej, że w czerwcu i na początku lipca miały być realizowane nie tylko roboty związane z posadowieniem budynku ale też większość robót związanych ze wznoszeniem ścian, słupów, podciągów, nadproży, a także sieci wodociągowej i zbiornika bezodpływowego na ścieki. Umowa, którą wykonawca zawarł w podwykonawcą wskazywała, że podwykonawca w części wykona roboty ziemne i fundamenty w czerwcu 2020 r. a następnie będzie wykonywał roboty związane z zielenią i małą architekturą, ogrodzeniem, instalacją fotowoltaiczną i systemem BMS, a więc robotami planowanymi na lipiec (ogrodzenie i BMS) sierpień (instalacja fotowoltaiczna) i wrzesień (zielen i mała architektura). Nie uzasadnia to więc braku pracowników własnych Wykonawcy na budowie, co pozostawało poza realną kontrolą zamawiającego i przyczyniło się do braku realizacji kontraktu.

- w protokole z narady technicznej, która odbyła się na terenie budowy w dniu 17 czerwca 2020 r. wskazano, że dokonano geodezyjnego tyczenia osi obiektu oraz wytyczono granice działki. Jednocześnie nie zamieszczono informacji o tym fakcie w dzienniku budowy. Na stronie 5 dziennika budowy nr 803, wydanego 30 grudnia 2019 r. dla obiektu budowlanego oznaczonego jako Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku (...), nie znajdują się jakiegokolwiek wpisy. Brak jest więc informacji o planie BIOZ, o przekazaniu placu budowy wykonawcy, etc. Wymienione braki w całości obciążają kierownika budowy. Jednocześnie świadczą o braku nadzoru inwestorskiego na budowie ze strony Gminy Malczyce, do czego Gmina była zobligowana przez cały okres realizacji inwestycji. Nierzetelne prowadzenie dziennika budowy jak i brak realnej kontroli zamawiającego nad realizowaną inwestycją obciążają Wójta Gminy Malczyce. Dziennik budowy zawiera opis prac budowlanych i dokumentuje poszczególne ich etapy, poprzez wpisy osób, które zajmowały się budową. W najlepiej pojętym interesie inwestora jest pilnowanie dziennika budowy oraz tego, by był regularnie wypełniany. Jako przykład należy podać wspomniany brak wpisu o wykonaniu tyczenia geodezyjnego. Zgodnie z § 59 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 9 listopada 2011 r. w sprawie standardów technicznych wykonywania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowywania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (akt prawny obowiązujący w momencie wykonywania tyczenia) „oryginał szkicu tyczenia dołączany jest do dziennika budowy, zaś jego kopia uwierzytelniona przez kierownika budowy pozostaje w dyspozycji wykonawcy” tj. geodety wykonującego te prace. W dzienniku budowy brak jest zapisu o dołączeniu do niego szkicu tyczenia oraz brak jest wpisu osoby uprawnionej o wykonaniu tyczenia w miejscu do tego przeznaczonym - obowiązek wpisania do dziennika budowy wszelkich protokołów związanych z budową lub sporządzonych w trakcie wykonywania robót budowlanych wynika z § 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia. Ponadto, wpisy w dzienniku budowy świadczą o dużym opóźnieniu w stosunku do harmonogramu rzeczowego uzgodnionego z wykonawcą. Odbiór murów ścian parteru nastąpił w dniu 27 sierpnia 2020 r. Odbiór zbrojenia stropu miał miejsce 22 września 2020 r. Wszystkie te prace, zgodnie z harmonogramem, winny być wykonane najpóźniej w pierwszym tygodniu lipca, co jak wskazano wcześniej mogło być niewykonalne w związku ze zbyt restrykcyjnymi terminami nałożonymi przez Gminę na wykonawcę. Ponadto, pomimo tego, że inspektor nadzoru wskazywał w protokołach z narad

rosnące opóźnienia w wykonaniu robót nie zrobiono nic, aby opóźnienia te zniwelować. Z udostępnionej dokumentacji nie wynika, aby zamawiający starał się zdiagnozować problem wykonawcy i wdrożyć plan naprawczy. Podkreślić należy, że tydzień przed datą zakończenia kontraktu Gmina Malczyce odbierała roboty budowlane z zakresu, który powinien być wykonany w początkowej fazie budowy. W protokołach z narad technicznych odbywających się cyklicznie na terenie budowy wskazywano:

17 czerwca 2020 r. (opóźnienia 2 tygodniowe),

24 czerwca 2020 r. - brak jakichkolwiek robót na budowie, brak realizacji zaleceń zamawiającego, brak planu BIOZ),

2 lipca 2020 r. - brak postępu robót, wskazanie na 5 tygodniowe opóźnienia, żądanie zwiększenia tempa prac),

9 lipca 2020 r. - zalano ławy fundamentowe, rozpoczęto murowanie ścian fundamentowych z bloczków betonowych, wykonawca deklaruje wykonanie ścian fundamentowych do dnia 16 lipca 2020 r.,

5 sierpnia 2020 r. - wykonano fundamenty i roboty ziemne związane z fundamentowaniem obiektu, poz. 1.1 HRF – a więc jedynie częściowo roboty, które powinny być wykonane do dnia 14 czerwca 2020 r., posadowiono zbiornik na nieczystości płynne, poz. 3.8. HRF – a więc roboty, które powinny być wykonane do 21 czerwca 2020 r., wskazano, że w dalszym ciągu trwają prace murarskie ścian przyziemia (poz. 1.2. HRF). Jednocześnie wskazano, że w kolejnym tygodniu planowane jest dokończenie murowania ścian, wykonanie szalowania wieńca i podciągu.

12 sierpnia 2020 r. – stwierdzono, że trwają prace murarskie ścian nadziemia (ściany nadziemia tylko częściowo - poz. 1.2 HRF, która winna być wykonana w całości do dnia 14 czerwca 2020 r.), stwierdzono wykonanie ścian nadziemia w 60% (maksymalny umowny termin wykonania do dnia 7 lipca). W naradzie nie uczestniczył bezpośrednio przedstawiciel Gminy, a jedynie Inspektor Nadzoru, przedstawiciel Inwestora, który zażądał od wykonawcy przedstawienia planu naprawczego i zwiększenia tempa prac. Do zakończenia umownego terminu realizacji umowy pozostało 7 tygodni.

19 sierpnia 2020 r. – wskazano, że trwają prace murarskie ścian nadziemia – roboty zaawansowane w 90%. Wskazano, że opóźnienia w robotach budowlanych w stosunku do HRF wynoszą 6 tygodni (w dalszym ciągu nie wykonano poz. 1.2 HRF). Wskazano na brak postępu robót w branży elektrycznej. Zamawiający ponaglił wykonawcę w zakresie robót związanych z tymczasowym zasileniem placu budowy w energię elektryczną.

26 sierpnia 2020 r. – wskazano jedynie ogólnie na nadal występujące opóźnienia i brak realizacji ustaleń przez wykonawcę i brak przedstawienia programu naprawczego,

2 września 2020 r. – wskazano na brak jakiegokolwiek postępu robót od dnia 26 sierpnia 2020 r. Brak zwiększania liczby pracowników (zapis o liczbie pracowników pojawia się po raz pierwszy), brak przedstawiciela wykonawcy na naradzie. Wskazano, że wykonano wykop dla linii zasilającej budynek. Uzgodniono, że na 11 września zaplanowany jest montaż stropu (w dalszym ciągu roboty z poz., 1.2 HRF planowane do wykonania do 7 lipca 2020 r.). Termin następnej narady zaplanowano na 16 września 2020 r.

9 września 2020 r. Wykonano szalunek schodów, wykonano szalunek podciągu ze zbrojeniem, podłączono instalację sanitarną do wykonanego zbiornika bezodpływowego. Wskazano, że nie są wykonywane żadne roboty elektryczne wyszczególnione w HRF. Wskazano również, że płyty stropowe wykazują pęknięcia, a wykonawca nie przedstawił atestów technicznych na wykonany strop. Do końca terminu wskazanego na realizację umowy pozostały 3 tygodnie.

16 września 2020 r. Wskazano, że opóźnienia na budowie sukcesywnie się pogłębiają. Wg HRF powinny być realizowane (końcowe) roboty wykończeniowe, a realizowane są roboty na poziomie ułożenia stropu. Wskazano, że wykonawca w dalszym ciągu nie przedstawił

programu naprawczego, w związku z czym zamawiający ma wątpliwości co do zakończenia prac określonych w umowie. Nie spisano uwag końcowych. Do zakończenia terminu wskazanego na realizację umowy pozostały 2 tygodnie.

23 września 2020 r. Wskazano, że trwają prace zbrojarskie stropu, wieńców i podciągu (w HRF planowane do wykonania do dnia 7 lipca), wskazano, że wewnętrzna linia zasilająca została wykonana w dniu 22 września 2020 r., omówiono zarysowania stropu filigran, stwierdzono pogłębianie się opóźnień, stwierdzono ułożenie kabla zasilającego budynek świetlicy. Termin następnego spotkania ustalono na dzień 7 października 2020 r., przy czym do końca umownego terminu wykonania kontraktu pozostał 1 tydzień.

30 września 2020 r. Stwierdzono zabetonowanie stropu w całości (a więc w dalszym ciągu zakres robót, który winien być zgodnie z HRF wykonany do dnia 7 lipca 2020 r.), omówiono wykonanie stropu, stwierdzono, że zaawansowanie robót na budowie sięga 30% umówionego zakresu robót, a trwające prace na budowie w znacznym stopniu odbiegają od przyjętego harmonogramu robót. Pani Sołtys miejscowości Rusko wniosła o rozwiązanie umowy z wykonawcą ze względu na opieszałość i brak jakichkolwiek robót. Zakończenie umownego terminu realizacji kontraktu.

7 października 2020 r. - Stwierdzono brak jakiegokolwiek postępu robót, nieład na budowie i możliwość dostępu osób postronnych. Termin następnej narady ustalono na dzień 21 października 2020 r. (przy czym upłynął już termin realizacji umowy).

21 października 2020 r. – Wskazano, że od dnia 30 września (a więc umownego terminu zakończenia kontraktu), wykonawca jest nieobecny na budowie, roboty nie są realizowane, budowa nie jest zabezpieczona, na teren budowy mają wstęp osoby postronne. Na naradzie, jak również na poprzedniej naradzie nie ma przedstawicieli wykonawcy i kierownika budowy co może świadczyć, że wykonawca najprawdopodobniej zamierza zaprzestać dalszej realizacji kontraktu. W uwagach końcowych stwierdza się jedynie brak realizacji robót.

21 października 2020 r. – Spotkanie na terenie budowy Inspektora nadzoru ustanowionego przez Gminę Malczyce z Panią Sołtys miejscowości Rusko. Brak przedstawicieli wykonawcy, kierownika budowy oraz bezpośredniego reprezentanta Gminy Malczyce. Potwierdzono ustalenia z poprzednich narad, dalszy brak wykonawcy na budowie od czasu betonowania stropów, nieład, bałagan, możliwość dostępu osób postronnych.

Zgodnie z postanowieniami umowy nr ORG.272.8.2020 z dnia 27 maja 2020 r. całość robót winna być wykonana do dnia 30 września 2020 r., a więc w terminie 18 tygodni. W umowie prawidłowo wskazano, że w szczególności zamawiający może odstąpić, wypowiedzieć, rozwiązać umowę, jeżeli wykonawca nie wykonuje prac lub wykonuje je w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, z zatwierdzonym harmonogramem rzeczowo-finansowym lub pisemnymi zastrzeżeniami zamawiającego albo zaniedbuje bądź przerywa prace z przyczyn leżących po stronie wykonawcy na okres dłuższy niż 7 dni lub opóźnia się z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Przyjmując umowę za ważną, czyli możliwą do wykonania w umówionym terminie dla potencjalnego podmiotu realizującego roboty budowlane, ww. postanowienie umowne należy uznać za prawidłowe i oczywiste. Gmina Malczyce uznała, że przerwanie robót na okres dłuższy niż 7 dni będzie podstawą do odstąpienia. Choć okres tygodnia wydaje się okresem bardzo krótkim w robotach budowlanych, to patrząc na termin wykonania całości zamówienia Zamawiający słusznie ustalił ten okres, bowiem już przestoje dwutygodniowe mogły być krytyczne dla realizacji kontraktu. Przesłanki do odstąpienia Gminy Malczyce od umowy zawartej z Wykonawcą zaszły już na początku czerwca 2020 r., gdy podczas narady wskazano wykonawcy, że opóźnienia w robotach sięgają dwóch tygodni. Z każdym tygodniem opóźnienia pogłębiały się. Symptomatyczne jest to, że na naradach przedstawiciel Gminy Malczyce nie zajmował merytorycznego stanowiska w sprawie dalszej współpracy z wykonawcą i rozwiązań prawnych przysługujących Gminie, a zdawkowe uzgodnienia dotyczyły przede wszystkim przerobu. Pismami, które Gmina Malczyce

skierowała do wykonawcy w sprawie przerobu w okresie do 30 września 2020 r. – ponaglającymi do realizacji robót, były: pismo z dnia 1 lipca 2020 r. - w którym, tak jak podczas narad „wyrażono zaniepokojenie i wskazano, że brak działań wykonawcy budzi uzasadnione obawy” oraz pismo z dnia 17 września 2020 r. – w którym Gmina „wyraża swoje stanowcze niezadowolenie i wzywa do nadrobienie powstałego opóźnienia w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma pod warunkiem odstąpienia”. Drugie z pism należy uznać za chybione, bowiem po raz kolejny świadczy ono o nieznajomości przedmiotu zamówienia i nieprofesjonalnym działaniu zamawiającego twierdzące, że Wykonawca jest w stanie nadrobić w ciągu 7 dni dwumiesięczne opóźnienia przy czteromiesięcznym kontrakcie. W piśmie tym, formułując niewykonalny warunek Gmina Malczyce oświadczyła, że w przypadku jego niedotrzymania zamawiający zmuszony będzie do odstąpienia od umowy z wykonawcą. Pomimo, co oczywiste, niewywiązania się wykonawcy z nałożonego pismem obowiązku, Gmina nie odstąpiła niezwłocznie od umowy. Co więcej, jedyną Stroną, która na naradzie odniosła się do tego zagadnienia i wniosła o rozwiązanie umowy, była Pani Sołtys miejscowości Rusko. Miało to miejsce dopiero w dniu 30 września 2020 r. Wcześniej na radach budowy wypowiediano się w trybie przypuszczającym, dopuszczając wykonywanie umowy przez Wykonawcę znacząco niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, przy czym z przedłożonej dokumentacji wynika, że wykonawca nie był przygotowany do realizacji kontraktu. Podkreślić należy, że działania Gminy w stosunku do Wykonawcy były niekonsekwentne. Z jednej strony Gmina w umówionym terminie realizacji umowy jedynie zdawkowo wywierała presję na wykonawcę poprzez lakoniczne zapisy podczas rad budowy, z drugiej strony nie dociekała istoty problemu tolerując wielotygodniowe opóźnienia bez podejmowania jakichkolwiek kroków prawnych wobec wykonawcy. Pismem z dnia 28 sierpnia 2020 r. Wykonawca zwrócił się do Wójta Gminy Malczyce z wnioskiem o wydłużenie terminu wykonania prac budowlanych, wskazując na niekorzystne warunki atmosferyczne i opóźnione przez pandemię dostawy materiałów budowlanych. Wykonawca oświadczył, że zobowiązuje się do przedłożenia planu naprawczego i wykonanie zamówienia do dnia 30 listopada 2020 roku. Pismo to pozostało bez odpowiedzi Gminy Malczyce, choć zamawiający przewidział możliwość takich zmian w sytuacji, gdy zaistnieją przeszkody niezależne od wykonawcy uniemożliwiające terminową realizację zamówienia. W sprzeczności z twierdzeniami Wykonawcy wyrażonymi w piśmie z dnia 28 sierpnia 2020 r. stoi pismo wykonawcy z dnia 30 lipca 2020 r. w którym wskazał, że problemem na budowie nie są opóźnione dostawy z powodu Covid, a niewypłacalność firmy, przy czym wskazując na niewypłacalność Wykonawca tłumaczył małą renomą firmy, a nie sytuacją pandemiczną. Pisma wykonawcy powinny skłonić Gminę Malczyce do natychmiastowych działań formalnych – zbadania sytuacji na budowie: statusu pracowników, dostępu wykonawcy do materiałów budowlanych, jego wypłacalności, wpływu pandemii na realizację kontraktu i możliwości aneksowania umowy. Należało rozważyć możliwość zastosowania art. 15r ust. 1 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 374 ze zm.). Wynika z niego, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Oznacza to, że z przedmiotową informacją mógł wystąpić zarówno zamawiający, kierując ją do wykonawcy, jak i wykonawca – do zamawiającego. Strona umowy, przekazując informację o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy, miała obowiązek dołączyć do niej odpowiednie oświadczenia lub dokumenty mające potwierdzać ten wpływ, wymienione przykładowo w art. 15r ustawy. Powyższe dawało zatem możliwości zmiany zawartej umowy poprzez zmianę terminu wykonywania umowy, niemniej jednak

wymagało to szczegółowej analizy pod kątem wystąpienia przywołanych okoliczności i argumentów. Z posiadanych dokumentów nie wynika, aby Gmina Malczyce taką analizę, zmierzającą do podtrzymania i zrealizowania kontraktu kiedykolwiek wykonywała.

- w dniu 28 października 2020 r. Gmina Malczyce na podstawie § 18 ust. 2 pkt b umowy odstąpiła od umowy zawartej z Wykonawcą zadania pn. „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku”. W uzasadnieniu odstąpienia podano, że od dnia 28 września 2020 r. tj. od momentu zabetonowania stropu nad parterem nie ma żadnego postępu robót. Dalej uzasadniono szerzej, powołując się na postanowienie umowy wskazujące, że jeśli wykonawca nie wykonuje prac lub wykonuje je w sposób wadliwy, lub sprzecznie z umową lub zatwierdzonym harmonogramem rzeczowo-finansowym (...) zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia. Powyższe działanie Gminy choć zasadne, należy uznać za znacząco spóźnione i wskazujące na brak kontroli nad przebiegiem procesu budowlanego. Przesłanki do zdecydowanych działań Gminy występowały co najmniej od miesiąca lipca 2020 r. W związku z odstąpieniem przez Gminę Malczyce, Wykonawca wskazał szereg rzekomych uchybień po stronie Gminy wnosząc o cofnięcie oświadczenia o odstąpieniu jako bezzasadnego i wadliwego, natychmiastową zapłatę pozostałej części kwoty wynagrodzenia, ustalenie wspólnie zmiany terminu wykonania umowy i zmianę zasad rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Stanowisko Wykonawcy należy uznać w znacznej części za znacząco spóźnione i nie mające pokrycia w analizowanych dokumentach, chociażby w zakresie utrudnień spowodowanych pandemią, czy w zakresie rzekomych zaniedbań Gminy co do dokumentacji projektowej lub bieżących ustaleń. W trakcie cotygodniowych rad budowy przedstawiciele Wykonawcy nie zgłaszali problemów i opóźnień leżących po stronie Gminy, a dopiero w sytuacji znacznych zaniedbań wykonawczych, Wykonawca zaczął wskazywać na Gminę jako winnego uchybień. Analizując całość sprawy należy uznać stanowisko prezentowane przez Wykonawcę po 30 września 2020 r. za przyjętą linię obrony. Nie zmienia to jednak ustaleń co do braku należytej staranności w działaniach lub zaniechaniach Gminy Malczyce, wskazanych wyżej.

W związku z odstąpieniem od umowy, Gmina Malczyce prawidłowo oparła rozliczenia z wykonawcą o zewnętrzny dokument inwentaryzacyjny – kosztorys powykonawczy, sporządzony na zlecenie Gminy Malczyce w dniu 15 stycznia 2021 roku. Całkowitą wartość robót wykonanych przez Wykonawcę w ramach umowy nr ORG.272.8.2020 ustalono na kwotę: 266 644,90 zł brutto. Wartość tę następnie pomniejszono o wartość robót rozbiórkowych i niewykonanych, podlegających odliczeniu (- 8 247,67 zł brutto) oraz koszt wykonania kosztorysu w całości obciążający wykonawcę (- 4 920,00 zł brutto). Następnie, pismem z dnia 10 lutego 2021 r. Gmina Malczyce obciążyła Wykonawcę kosztami zakupu materiałów zabezpieczających – zakup plandeki (- 145,00 zł brutto) oraz kosztami zabezpieczenia budowy (- 1 377,60 zł brutto), co dało łączną kwotę do rozliczenia z wykonawcą na sumę 251 954,63 zł brutto. W związku z tym, że uprzednio dokonano wypłat na rzecz wykonawcy na kwotę 86 100,00 zł brutto oraz 89 175,00 zł brutto, do rozliczenia z wykonawcą pozostała kwota 76 679,63 zł brutto. W dniu 28 października 2020 r. Gmina Malczyce skierowała do Wykonawcy, powołując się na postanowienia umowne, wezwanie do zapłaty kar umownych. Wysokość kar umownych ustalono na podstawie § 17 pkt 1 litera a umowy nr ORG.272.8.2020 z dnia 27 maja 2020 r. w związku z odstąpieniem od umowy w kwocie 131 179,50 złotych, tj. 10% wynagrodzenia umownego. Ponadto, na podstawie § 17 pkt 1 litera b umowy nr ORG.272.8.2020 z dnia 27 maja 2020 r. w związku z opóźnieniami w wykonaniu robót na dzień 28 października 2020 r. naliczono karę umowną za 28 dni opóźnienia liczoną od dnia umowne terminu realizacji kontraktu w kwocie 36 730,12 złotych. Działanie takie należy uznać za nieprawidłowe. Wskutek odstąpienia dochodzi do rozwiązania umowy ze skutkiem wstecznym, co oznacza, że w takiej sytuacji żadna ze stron nie może dochodzić kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy. Po odstąpieniu od umowy wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia kary

umownej za odstąpienie oraz kar zastrzeżonych na wypadek nienależytego wykonania umowy. Uchwała SN z 18 lipca 2012 r. (III CZP 39/12) przesądziła, że odstępującemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia, jeżeli w umowie zastrzeżono również karę w związku z odstąpieniem od umowy. Zgodzić się należy z wynikającym z ww. uchwały stanowiskiem, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy nie pełni roli sankcji finansowej dla drugiej strony za samo skorzystanie z prawa odstąpienia, lecz jej celem jest naprawienie szkody spowodowanej niewykonaniem przez kontrahenta zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. Istotą kary umownej za nienależyte wykonanie umowy (w tym za opóźnienie lub zwłokę w jej wykonaniu) jest założenie, że wykonanie umowy nastąpi, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu). Z kolei konstrukcja kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania zakłada, że umowa nie zostanie wykonana. W rezultacie, gdy strona, w analizowanym przypadku Wykonawca zadania „Budowa świetlicy wiejskiej w Rusku IV”, opóźnia się z wykonaniem umowy i z tej przyczyny druga strona od kontraktu odstępuje, dochodzi do niewykonania zobowiązania. Nie może być więc kumulowana kara umowna zastrzeżona na wypadek nienależytego wykonania umowy i kara za niewykonanie zobowiązania. Nie jest bowiem możliwe jednoczesne spełnienie obu przesłanek, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać umowę choćby w sposób nienależyty, a jednocześnie nie wykonać tej samej umowy. Gmina Malczyce odstępując od umowy zgodnie z ustalonymi umową przesłankami, nie może zatem żądać od Wykonawcy zapłaty zarówno kary umownej z tytułu odstąpienia, jak i kar z tytułu nienależytego wykonania umowy - opóźnienia, gdyż kary te wzajemnie się wykluczają.

Wobec powyższych ustaleń co do prawidłowości rozliczenia z Wykonawcą niezrozumiałe jest działanie Gminy Malczyce polegające na zawarciu w dniu 12 lutego 2021 r. porozumienia z wykonawcą w § 3 którego stwierdzono: „Strony oświadczają, że wzajemne obowiązki wynikające z umowy ORG.272.8.2020 z dnia 27 maja 2020 r. zostają z chwilą dokonania końcowej płatności zaspokojone w pełni, a Wykonawca wystawi zamawiającemu korektę faktury (...) w terminie 7 dnia od dnia podpisania niniejszego porozumienia, zaś zapłata kwoty wskazanej w § 2 zostanie dokonana na dzień następny po wpływie do Zamawiającego korekty faktury VAT”. W § 2 Porozumienia wskazano, że Zamawiający zapłaci Wykonawcy kwotę 76 679,63 zł tytułem rozliczenia kontraktu, a więc wskazano dokładnie tę kwotę, jaką Gmina Malczyce ustaliła w ramach zamówionego kosztorysu powykonawczego i innych końcowych rozliczeń związanych z odstąpieniem od umowy. Ponadto, w sposób niezrozumiały i sprzeczny z interesem ekonomicznym Gminy, zawartym porozumieniem Gmina Malczyce zwolniła Wykonawcę z obowiązku zapłaty kary umownej w kwocie 131 179,50 zł bez wskazania podstaw prawnych tak podjętego działania. Zwolnienie Wykonawcy z obowiązku zapłaty kary umownej należy uznać za sprzeczne z przepisem art. 44 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, który stanowi, że jednostki sektora *finansów publicznych* są obowiązane do ustalania przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania.

- Gmina zapłaciła wykonawcy zadania pn. „**Zagospodarowanie terenu przy ul. Pocztowej w Malczycach**” kwotę 24.600,00 zł na podstawie faktury VAT nr 44/2020 z dnia 10 września 2020 roku, jeszcze przed wykonaniem robót przez Wykonawcę, które zostały zakończone 18 września 2020 roku (wydatku dokonano w dniu wpływu faktury do Urzędu Gminy w dniu 10 września 2020 roku). Takie działanie było sprzeczne z interesem ekonomicznym i prawnym Gminy oraz naruszało postanowienia § 5 ust. 1 i 3 umowy nr 02/2020 z dnia 10 sierpnia 2020 roku, w której strony umowy postanowiły: „Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie w łącznej kwocie 79.950,00 zł. Płatność faktury – faktura końcowa w wysokości 100 % wartości przedmiotu umowy zostanie wystawiona po dokonaniu

bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy. Należność za wykonane prace płatna będzie przelewem z konta zamawiającego na konto wykonawcy w terminie 14 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego”. Dokonanie wydatku w wysokości 24.600,00 zł, przed zakończeniem realizacji robót było także niezgodne z przepisem art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, który stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasadzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

USZCZUPLENIA FINANSOWE W BUDŻECIE

- Wójt Gminy Malczyce udzielając w 2020 roku ulg w podatku rolnym na podstawie art. 67a ustawy Ordynacja podatkowa w ogóle pomijał przepisy o pomocy publicznej, co stanowiło rażące naruszenie prawa i w sposób istotny mogło wpływać na zasadność udzielonych ulg. W związku z całkowitym pominięciem regulacji prawa w zakresie pomocy publicznej Wójt nie wzywał podatników ubiegających się o udzielenie ulg w podatku rolnym o przedstawienie wszystkich zaświadczeń o pomocy de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie oraz pomocy de minimis, jakie otrzymali w roku, w którym ubiegali się o pomoc, oraz w ciągu 2 poprzedzających go lat podatkowych, albo oświadczenia o wielkości tej pomocy otrzymanej w tym okresie, albo oświadczenia o nieotrzymaniu, jak również informacji niezbędnych do udzielenia pomocy de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie, dotyczących w szczególności wnioskodawcy i prowadzonej przez niego działalności gospodarczej oraz wielkości i przeznaczenia pomocy publicznej otrzymanej w odniesieniu do tych samych kosztów kwalifikujących się do objęcia pomocą, na pokrycie których ma być przeznaczona pomoc de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie. Tymczasem przepis art. 37 ust. 7 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (tekst jednolity Dz. U. z 2021 roku, poz. 743 ze zm.) stanowi jednoznacznie, że do czasu przekazania przez podmiot ubiegający się o pomoc zaświadczeń, oświadczeń lub informacji, pomoc nie może być udzielona temu podmiotowi. W związku z pominięciem regulacji prawa w zakresie pomocy publicznej Wójt Gminy udzielając ulgi w podatku rolnym, która w rzeczywistości stanowiła pomoc de minimis w rolnictwie nie wydawał podatnikom zaświadczenia stwierdzającego, że udzielona *pomoc publiczna* jest pomocą de minimis w rolnictwie, co było niezgodne z przepisem art. 5 ust. 3 ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, jak również nie sporządzał sprawozdań o udzielonej pomocy de minimis w rolnictwie, czym naruszał przepisy art. 32a ust. 1 i ust. 3 ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodnie z którymi podmioty udzielające pomocy są zobowiązane do sporządzania i przedstawiania ministrowi właściwemu do spraw rolnictwa sprawozdań o udzielonej pomocy publicznej w rolnictwie lub rybołówstwie albo informacji o nieudzieleniu takiej pomocy w danym okresie sprawozdawczym. Sprawozdania zawierają w szczególności informacje o beneficjentach pomocy oraz o rodzajach, formach, wielkości i przeznaczeniu udzielonej pomocy. Sprawozdania i informacje przekazuje się przez teletransmisję danych w postaci elektronicznej z wykorzystaniem formularzy zamieszczonych w aplikacji udostępnionej w sieci teleinformatycznej przez ministra właściwego do spraw rolnictwa.

- Wójt Gminy Malczyce w 2020 roku przyznawał producentom rolnym zwrot podatku akcyzowego zawartego w cenie oleju napędowego z pominięciem przepisów o pomocy publicznej, w związku z czym nie sporządzał sprawozdań z udzielonej pomocy publicznej, czym naruszał postanowienia art. 32a ust. 1 i ust. 3 ustawy o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodnie z którymi podmioty udzielające pomocy są

zobowiązane do sporządzania i przedstawiania ministrowi właściwemu do spraw rolnictwa sprawozdań o udzielonej pomocy publicznej w rolnictwie lub rybołówstwie albo informacji o nieudzieleniu takiej pomocy w danym okresie sprawozdawczym. Sprawozdania zawierają w szczególności informacje o beneficjentach pomocy oraz o rodzajach, formach, wielkości i przeznaczeniu udzielonej pomocy. Sprawozdania i informacje przekazuje się przez teletransmisję danych w postaci elektronicznej z wykorzystaniem formularzy zamieszczonych w aplikacji udostępnionej w sieci teleinformatycznej przez ministra właściwego do spraw rolnictwa.

- Wójt Gminy Malczyce decyzją nr FB.3121.1.2.2020 z dnia 19 maja 2020 roku odroczył podatnikowi na podstawie art. 67a § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej termin płatności I i II raty podatku rolnego na podstawie wniosku złożonego w dniu 16 czerwca 2020 roku, w którym podatnik w jednym zdaniu określił: „w związku z trudną sytuacją związaną między innymi z Covid-19 proszę o pozwolenie przesunięcia spłaty rat i zapłaty podatków do dnia 15 lipca 2020 roku”. Z uwagi na fakt, iż podatnik we wniosku sam zasugerował, że pandemia Covid-19 była tylko jedną z przesłanek jego trudnej sytuacji finansowej Wójt Gminy zobowiązany był ustalić, jakie to inne przesłanki wpłynęły na pogorszenie się sytuacji finansowej podatnika, czego jednak nie uczynił. Zauważyć należy również, że Wójt Gminy udzielił podatnikowi ulgi w podatku rolnym na podstawie treści złożonego wniosku, nie ustalając jednak w jaki sposób pandemia Covid-19 wpłynęła na straty finansowe w działalności rolniczej podatnika. Z uwagi na brak jakichkolwiek działań organu podatkowego w przedmiocie potwierdzenia trudnej sytuacji podatnika uzasadniającej udzielenie mu ulgi w podatku rolnym, przeprowadzone w wymienionym zakresie postępowanie należy uznać za prowadzone z naruszeniem regulacji art. 122 ustawy Ordynacja podatkowa, który stanowi, że w toku postępowania organy podatkowe podejmują wszelkie niezbędne działania w celu dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy w postępowaniu podatkowym oraz art. 187 § 1 ustawy, który stanowi, że organ podatkowy jest obowiązany zebrać i w sposób wyczerpujący rozpatrzyć cały materiał dowodowy.

- Wójt Gminy Malczyce decyzją nr FB.3121.1.2.2020 z dnia 19 maja 2020 roku odroczył podatnikowi na podstawie art. 67a § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej termin płatności I i II raty podatku rolnego na podstawie wniosku złożonego w dniu 16 czerwca 2020 roku, pomimo że termin płatności I i II raty podatku rolnego upłynął odpowiednio w dniu 15 marca i 15 maja 2020 roku. Powyższe było niezgodne z przepisem art. 67a § 1 pkt 2 ustawy Ordynacja podatkowa, z którego wynika, że w omawianym przypadku należało podatnikowi odroczyć termin płatności zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę. Z przedłożonych do audytu dokumentów wynika ponadto, że w decyzji podano niezgodną ze stanem faktycznym datę wydania decyzji oraz udzielenia ulgi. Wydanie decyzji w dniu 19 maja 2020 roku na podstawie wniosku sporządzonego przez podatnika w dniu 8 czerwca 2020 roku, który wpłynął do Urzędu Gminy Malczyce w dniu 16 czerwca 2020 roku było w istocie nie możliwe.

- Wójt Gminy Malczyce decyzją nr FB.3121.1.2.2020 z dnia 19 maja 2020 roku odroczył podatnikowi na podstawie art. 67a § 1 pkt 1 Ordynacji podatkowej termin płatności I i II raty podatku rolnego na podstawie wniosku złożonego w dniu 16 czerwca 2020 roku, pomimo że termin płatności I i II raty podatku rolnego upłynął odpowiednio w dniu 15 marca i 15 maja 2020 roku. Powyższe było niezgodne z przepisem art. 67a § 1 pkt 2 ustawy Ordynacja podatkowa, z którego wynika, że w omawianym przypadku należało podatnikowi odroczyć termin płatności zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę. Z przedłożonych do audytu dokumentów wynika ponadto, że w decyzji podano niezgodną ze stanem faktycznym datę wydania decyzji oraz udzielenia ulgi. Wydanie decyzji w dniu 19 maja 2020 roku na podstawie wniosku sporządzonego przez podatnika w dniu 8 czerwca 2020 roku, który

wpłynął do Urzędu Gminy Malczyce w dniu 16 czerwca 2020 roku było w istocie nie możliwe.

Mając na uwadze powyższe zastrzeżenia, po przeprowadzeniu pełnej procedury związanej z udzieleniem absolutorium, Rada Gminy Malczyce, większością głosów nie udzieliła Wójtowi Gminy Malczyce absolutorium za 2020 rok.

PRZEWODNICZĄCA
Rady Gminy Malczyce

Monika Majwdzińska

