



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Komisja Rozstrzygająca

KPK-KPO.441.132.2024

Warszawa, 13 sierpnia 2024 r.

Pan
Damian Sławski
Wójt Gminy Miedziana Góra
Urząd Gminy w Miedzianej Górze
ul. Urzędnicza 18
26-085 Miedziana Góra

Stosownie do art. 61a ust. 8 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. z 2022 r. poz. 623.), przesyłam uchwałę Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w Najwyższej Izbie Kontroli z dnia 13 sierpnia 2024 r. w sprawie zastrzeżeń zgłoszonych przez Pana do wystąpienia pokontrolnego z dnia 22 maja 2024 r. (KIN.410.3.1.2024) skierowanego w związku z kontrolą nr P/24/019 pn. „Realizacja inwestycji drogowych w ramach Rządowego Funduszu Polski ład: Program Inwestycji Strategicznych” przeprowadzoną w Urzędzie Gminy w Miedzianej Górze

Uchwała kończy postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Załącznik:

uchwała z dnia 13 sierpnia 2024 r.

Przewodniczący
Zespołu Orzekającego
Kamil Tomaszewski

doradca prawny
w Departamencie Prawnym
i Orzecznictwa Kontrolnego



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Komisja Rozstrzygająca

KPK-KPO.441.132.2024

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

UCHWAŁA

Zespół Orzekający

Komisji Rozstrzygającej w Najwyższej Izbie Kontroli

w składzie:

Przewodniczący:	Kamil Tomaszewski	–	doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
Członkowie:	Dariusz Bojanowski	–	doradca prawny w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
	Justyna Goszcz	–	główny specjalista kontroli państwowej w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego
przy udziale protokolanta:	Julii Plona	–	młodszy referent w Departamencie Prawnym i Orzecznictwa Kontrolnego

po rozpatrzeniu na posiedzeniu jawnym w dniu 19 lipca 2024 r., w trybie art. 61 ust. 1 oraz 61a ust. 5 i 6 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli¹, zastrzeżeń zgłoszonych przez Wójta Gminy Miedziana Góra², do wystąpienia pokontrolnego z dnia 22 maja 2024 r. (KIN.410.3.1.2024), skierowanego w związku z przeprowadzoną w Urzędzie Gminy w Miedzianej Górze³ kontrolą pn. „Realizacja inwestycji drogowych w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych”:

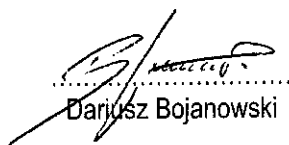
- 1) uwzględnił w całości zastrzeżenie 3. dotyczące ustaleń odnoszących się do wysokości kar umownych, w których NIK wskazała, że w § 17 pkt 4 umowy na Nadzór Inwestorski określono maksymalny limit kar umownych na poziomie 50% wynagrodzenia oraz stwierdziła, iż gdyby umowa nie zawierała ograniczeń zawartych w § 17 pkt 4, to wówczas suma wszystkich kar umownych z tytułu nieprawidłowej realizacji umowy wyniosłaby 67 tys. zł brutto, i w związku z tym w wystąpieniu pokontrolnym:

¹ Dz. U. z 2022 r. poz. 623. Dalej: ustawa o NIK.

² Dalej: Wójt albo zgłaszający zastrzeżenia.

³ Dalej: Urząd.

- na str. 28 w wierszu 27 od góry kropkę zastąpił przecinkiem, a fragment rozpoczynający się od wyrazów: „W związku z powyższym” i kończący się w wierszu 30 od góry wyrazami: „68,9 tys. zł brutto.” zastąpił fragmentem w brzmieniu: „jednak zgodnie § 17 pkt 4 umowy górny limit kar umownych ustalono na poziomie 50% wynagrodzenia brutto określonego na kwotę 68,9 tys. zł.”,
 - na str. 35 w wierszach 1-5 od dołu skreślił fragment rozpoczynający się od wyrazów: „Limit kar” i kończący się wyrazami: „67 tys. zł brutto.”;
- 2) uwzględnił w części zastrzeżenie 1. dotyczące fragmentu nieprawidłowości polegającej na tym, że Wójt oraz Zastępca Wójta działali niegospodarnie dokonując zapłaty za roboty, które faktycznie nie zostały zrealizowane, a zostały określone umową nr IGPOS.272.32.4.2022. We fragmencie tym, NIK wskazała, że w efekcie braku rzetelnej weryfikacji dokumentacji Gmina poniosła nieuzasadniony wydatek w wysokości 659,9 tys. zł brutto, i w związku z tym w wystąpieniu pokontrolnym:
- na str. 37 w wierszu 27 od góry fragment w brzmieniu: „nieuzasadniony wydatek w wysokości 659,9 tys. zł brutto” zastąpił fragmentem w brzmieniu: „wydatek w kwocie 659,9 tys. zł brutto za dokumentację niewykonaną na dzień dokonania płatności”,
 - na str. 44 w wierszach 16-18 od góry fragment rozpoczynający się od wyrazów: „Wójt dokonał” i kończący się wyrazami: „za niewykonaną” zastąpił fragmentem w brzmieniu: „Wójt dokonał zapłaty 659,9 tys. zł za niewykonaną na dzień dokonania płatności”;
- 3) oddalił zastrzeżenia w pozostałym zakresie.


Dariusz Bojanowski


Kamil Tomaszewski


Justyna Goszcz

UZASADNIENIE

Najwyższa Izba Kontroli – Departament Infrastruktury⁴ przeprowadziła w Urzędzie kontrolę pn.: „Realizacja inwestycji drogowych w ramach rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych” (P/24/019). Wyniki kontroli zostały przedstawione w wystąpieniu pokontrolnym z dnia 22 maja 2024 r., do którego w piśmie z dnia 28 czerwca 2024 r. Wójt zgłosił cztery zastrzeżenia.

Zastrzeżenie 1. dotyczyło fragmentu nieprawidłowości⁵ polegającej na tym, że Wójt oraz Zastępca Wójta działali niegospodarnie dokonując zapłaty za roboty, które faktycznie nie zostały zrealizowane, a zostały określone umową

⁴ Dalej: NIK.

⁵ Pkt 12 w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości* na str. 36-37 wystąpienia pokontrolnego.

nr IGPOS.272.32.4.2022. We fragmencie tym, NIK wskazała, że w efekcie braku rzetelnej weryfikacji dokumentacji Gmina poniosła nieuzasadniony wydatek w wysokości 659,9 tys. zł brutto⁶.

W **zastrzeżeniu** Wójt podniósł, że analizując wystąpienie pokontrolne można odnieść mylne wrażenie, że roboty budowlane w zakresie budowy dróg i remontu obiektu mostowego można było wykonać w niższej kwocie i że Gmina wydatkowała więcej środków publicznych niż powinna. Zgłaszający zastrzeżenia wskazał, że postępowanie przetargowe było przeprowadzone w pełni jawnie i transparentnie, a wynagrodzenia wykonawców robót wynikały ze złożonych w toku postępowań przetargowych ofert i podpisania umów na realizację robót budowlanych. Dodał, że w toku kontroli całościowo opisano charakterystykę pracy w Urzędzie, zaangażowanie poszczególnych pracowników oraz braki kadrowe, które wpływały na sposób prowadzenia dokumentacji i współpracę z inspektorami nadzoru inwestorskiego. Zaznaczył, że to inspektorzy nadzoru inwestorskiego jako posiadający odpowiednie kwalifikacje merytoryczne nadzorowali realizację zadań oraz sprawdzali i kontrolowali merytoryczne aspekty przedstawianych materiałów przez wykonawców.

Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w części.

Zakwestionowany fragment wystąpienia pokontrolnego stanowi sformułowane przez NIK podsumowanie nieprawidłowości. Wskazana w tym fragmencie kwota to wynagrodzenie z umowy jakie Gmina zapłaciła za niewykonaną na dzień dokonania płatności dokumentację i roboty przygotowawcze. Zgromadzony w trakcie kontroli materiał dowodowy potwierdza ustalenia NIK w tym zakresie, które stanowiły podstawę do sformułowanej w wystąpieniu pokontrolnym nieprawidłowości. Kierownik referatu IGPOS, inspektor nadzoru oraz kierownik budowy dokonali odbioru robót:

- na podstawie protokołu odbioru częściowego robót nr 1 spisanego 31 sierpnia 2022 r. na kwotę 263,7 tys. zł brutto, pomimo że Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających wykonanie robót przygotowawczych⁷,
- na podstawie protokołu odbioru częściowego robót nr 2 spisanego 30 listopada 2022 r. na kwotę 473,7 tys. zł, w sytuacji gdy otrzymali jedynie projekt tymczasowej organizacji ruchu o wartości kosztorysowej 25 tys. zł.⁸

Należy podkreślić, że dokumentacja dotycząca inwentaryzacji geodezyjnej, ekspertyzy obiektu mostowego, planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, projektu zagospodarowania terenu oraz projektu technicznego o wartości 396,2 tys. zł została przekazana 16 grudnia 2022 r. W tej sytuacji Zespół Orzekający uznał, że NIK zasadnie stwierdziła tę nieprawidłowość. Zespół Orzekający nie podzielił argumentacji Wójta co do tego, że fragment ten sugeruje, iż roboty budowlane w zakresie budowy dróg i remontu obiektu mostowego można było wykonać w niższej kwocie i że Gmina wydatkowała więcej środków publicznych niż powinna. Niemniej jednak sposób sformułowania ostatniego zdania tej nieprawidłowości, co do którego Wójt zgłosił zastrzeżenia, jest w ocenie Zespołu Orzekającego niejasny i niepotrzebnie sugeruje, że wydatek był nieuzasadniony, podczas gdy wydatek ten był uzasadniony, tylko został poniesiony przedwcześnie,

⁶ Wiersze 26-27 od góry na str. 37 wystąpienia pokontrolnego.

⁷ Akta kontroli str. 1492-1494, 1498.

⁸ Akta kontroli str. 1489-1491, 1499, 1838.

tj. za roboty i dokumentację, które nie zostały jeszcze wykonane. Z uwagi na powyższe Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w części modyfikując objęte zastrzeżeniem sformułowanie.

Zastrzeżenie 2. dotyczyło ustaleń, w których NIK wskazała, że Urząd zaakceptował w kosztorysie ofertowym wynagrodzenie za ekspertyzę techniczną obiektu mostowego w kwocie 75 tys. zł pomimo, że ekspertyza taka nie była wymagana w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, a Urząd dysponował ekspertyzą dla tego obiektu wykonaną w dniu 31 grudnia 2020 r. za kwotę 10 tys. zł, która na etapie udzielenia zamówienia publicznego i projektowania rozwiązań technicznych dla przedmiotowego zadania pozostawała aktualna. Ustalenia⁹ te stały się podstawą do sformułowania nieprawidłowości¹⁰.

W **zastrzeżeniu** Wójt podniósł, że wg Wykonawcy ekspertyza była niezbędnym elementem dla prawidłowej realizacji zamierzenia budowlanego.

Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

W przypadku objętym niniejszym zastrzeżeniem ustalenia kontroli są bezsporne. Urząd posiadał ekspertyzę sporządzoną w 2020 r.¹¹ za kwotę 10 tys. zł brutto. Przedmiotem tego opracowania była ocena stanu technicznego wraz z koncepcją budowy budowy/przebudowy/remontu mostu nad rzeką Bobrza w ciągu drogi wewnętrznej łącznik Ciosowa-Porzecze. W opracowaniu wskazano, że jego celem było określenie stanu technicznego mostu wraz z wyznaczeniem nośności użytkowej stanu istniejącego oraz wykonanie koncepcji przebudowy wraz z wyznaczeniem nośności stanu projektowanego. Ekspertyza z 2020 r. swoim zakresem objęła:

- inwentaryzację geometryczną i opis obiektu,
- inwentaryzację uszkodzeń – przegląd szczegółowy obiektu,
- badania diagnostyczne,
- ocenę stanu technicznego obiektu wraz z dokumentacją fotograficzną uszkodzeń,
- analizę nośności istniejącego projektu
- przedstawienie wariantu budowy/przebudowy/remontu obiektu, opracowanie szacunkowych przedmiarów i kosztorysów inwestorskich,
- analizę nośności – stan projektowy.

W pkt 6 Ekspertyzy z 2020 r. wskazano jako konkluzję, że obecny stan techniczny jest niedostateczny oraz że dalsze ignorowanie stanu technicznego mostu doprowadzi do osiągnięcia przez obiekt stanu awaryjnego.

Ekspertyzę przekazano do Urzędu w dniu 31 grudnia 2020 r., a ważność tej ekspertyzy określono na dwa lata. Należy wskazać, że kolejna ekspertyza¹² została wykonana przed upływem tego okresu. Odnosząc się do argumentu podanego w zastrzeżeniu, Zespół Orzekający zauważa, że wykonanie Ekspertyzy z 2022 r. nie było wymagane postanowieniami umowy¹³, ani Programu Funkcjonalno-Użytkowego, na podstawie którego

⁹ Wiersze 1-14 od dołu na str. 20 wystąpienia pokontrolnego.

¹⁰ Pkt 2 w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości* na str. 25-26 wystąpienia pokontrolnego.

¹¹ Akta kontroli str. 1937 płyta CD. Dalej: Ekspertyza z 2020 r.

¹² Ekspertyza mostu nad rzeką Bobrza w ciągu drogi wewnętrznej – łącznik – Ciosowa – Porzecze sporządzona na podstawie zlecenia z dnia 9 sierpnia 2022 r. i przekazana do Urzędu 16 grudnia 2022 r. Dalej: Ekspertyza z 2022 r.

¹³ Umowa nr IGPOS.272.32.4.2022 z dnia 21 lipca 2022 r., której przedmiotem była Rozbudowa lokalnej infrastruktury drogowej w Gminie Miedziana Góra. Dalej: umowa.

realizowane było zadanie. Dodatkowo należy zauważyć, że zakres rzeczowy Ekspertyzy z 2022 r., był węższy niż zakres Ekspertyzy z 2020 r. W ocenie Zespołu Orzekającego istniała możliwość posłużenia się Ekspertyzą z 2020 r., zwłaszcza że zawierała ona szczegółowy opis stanu technicznego mostu i była wciąż aktualna. Powyższe względy spowodowały, że w ocenie Zespołu Orzekającego, NIK zasadnie sformułowała objętą niniejszym zastrzeżeniem nieprawidłowość. Z uwagi na powyższe Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

Zastrzeżenie 3. dotyczyło ustaleń odnoszących się do wysokości kar umownych, w których NIK wskazała, że w § 17 pkt 4 umowy na Nadzór Inwestorski określono maksymalny limit kar umownych na poziomie 50% wynagrodzenia oraz stwierdziła, iż gdyby umowa nie zawierała ograniczeń zawartych w § 17 pkt 4, to wówczas suma wszystkich kar umownych z tytułu nieprawidłowej realizacji umowy wyniosłaby 67 tys. zł brutto. Ustalenia te¹⁴ sformułowano w opisie dwóch nieprawidłowości polegających na nienaliczaniu i niedochodzeniu kar umownych¹⁵ oraz nierzetelnym sprawowaniu nadzoru nad realizacją umowy na nadzór inwestorski¹⁶.

W zastrzeżeniu Wójt podniósł, że przedstawione w wystąpieniu pokontrolnym „teoretyczne” wysokości kar umownych przekraczających limity określone w umowach wprowadzając w błąd i powodując mylne wrażenie co do faktycznych wysokości.

Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie w całości.

Zgłaszający zastrzeżenia zakwestionował konkluzję NIK odnoszącą się do ustaleń w zakresie kar umownych. Istotą tego zastrzeżenia jest to, czy NIK zasadnie powołując się na postanowienia umowy wskazała, jaka mogłaby być wysokość kar umownych, gdyby umowa nie zawierała ograniczeń w tym zakresie. W § 17 ust. 4 umowy na Nadzór Inwestorski¹⁷ określono, że ustala się górny limit kar umownych na poziomie do 50% wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 tej umowy. W drugim zdaniu tego postanowienia umowy dodano, że limit kar nie ogranicza wysokości dochodzenia odszkodowania. Należy zauważyć, że obowiązujące przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹⁸ nie zawierają limitu dla kar umownych. Jednak, zdaniem Zespołu Orzekającego, ustalając wysokość kar umowach i ich łączny limit powinno się kierować zakresem i rodzajem naruszenia obowiązków umowy, wielkością specyfiką przedmiotu zamówienia, a także zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Jest to istotne o tyle, że ustanowienie limitu kar na zbyt wysokim poziomie może spowodować zawyżenie cen w ofertach przedstawionych przez przystępujących do przetargu. Przede wszystkim jednak pogląd o konieczności limitowania poziomu kar umownych znajduje odzwierciedlenie w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej¹⁹ oraz sądów powszechnych²⁰. W uzasadnieniu wyroku

¹⁴ Wiersze 24-30 od góry na str. 28 oraz wiersze 1-7 od dołu na str. 35 wystąpienia pokontrolnego.

¹⁵ Pkt 5 w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości* na str. 28-29 wystąpienia pokontrolnego.

¹⁶ Pkt 11 w sekcji *Stwierdzone nieprawidłowości* na str. 33-35 wystąpienia pokontrolnego.

¹⁷ Umowa na realizację zadania pod nazwą: „Nadzór inwestorski nad inwestycją rozbudowy lokalnej infrastruktury drogowej w Gminie Miedziana Góra” z dnia 4 lutego 2022 r. Akta kontroli str. 820-833.

¹⁸ Dz. U. z 2023 r. poz. 1605. Dalej: pzp.

¹⁹ Dalej: KIO.

²⁰ Zob. wyroki: Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 października 2020 r. sygn. akt I Aga 466/18, dostęp - LEX nr 3127263; Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2020 r. sygn. akt V Aga 117/19 dostęp - LEX nr 3029854; Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 czerwca 2021 r., sygn. akt V AGa 210/19 dostęp - LEX nr 3218667.

z dnia 22 sierpnia 2023 r. KIO²¹ stwierdziła, że określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W ocenie Zespołu Orzekającego, sformułowania dotyczące hipotetycznej wysokości kar umownych za Nadzór Inwestorski niezasadnie powodują wątpliwości co do tego, czy takie postanowienia umowne odnośnie limitowania kar są prawidłowe. Dlatego Zespół Orzekający uwzględnił zastrzeżenie i dokonał stosownej modyfikacji tych stwierdzeń.

Zastrzeżenie 4. dotyczyło oceny częściowej²², w której NIK negatywnie oceniła wydatkowanie i rozliczanie środków publicznych na inwestycję pn. „Rozbudowa lokalnej infrastruktury drogowej w Gminie Miedziana Góra”.

W **zastrzeżeniu** Wójt podniósł, że przedstawiona negatywna ocena częściowa wydatkowania i rozliczania środków nie oddaje właściwie uzyskanego efektu rzeczowego, który został osiągnięty, pomimo wskazanych błędów w zakresie prowadzenia dokumentacji inwestycji. Podkreślił, że cel na jaki zostały przyznane Gminie środki został w pełni zrealizowany dzięki czemu uzyskano podniesienie jakości życia i poprawę bezpieczeństwa mieszkańców. Dodał, że wskutek przeprowadzonej kontroli zostanie zmieniona struktura Urzędu oraz wzmocniony osobowo referat mający w swoim zakresie przygotowanie i realizację inwestycji.

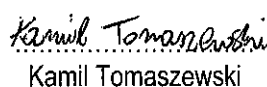
Zespół Orzekający oddalił zastrzeżenie.

Zespół Orzekający zwraca uwagę, że systematyka wystąpienia pokontrolnego wymaga, aby ocena częściowa odnosiła się do ustaleń kontroli, a zwłaszcza do stwierdzonych nieprawidłowości. W czwartym obszarze kontroli – Wydatkowanie i rozliczanie środków publicznych na inwestycję stwierdzono trzy nieprawidłowości. Nieprawidłowości te dotyczyły akceptacji dokumentów stanowiących podstawę rozliczenia częściowego inwestycji, mimo niezgodności wynagrodzenia z umową, wypłacenia wynagrodzenia wykonawcy, mimo braku dowodu zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom, braku podstaw do wystawienia faktury. Co więcej, przytoczone w wystąpieniu pokontrolnym wyjaśnienia jak również fakt, że zgłaszający zastrzeżenia nie zakwestionował tych nieprawidłowości świadczą o ich bezspornym charakterze. Należy również wskazać na wynikające z programu kontroli wskazówki dotyczące formułowania ocen. Niniejszą kontrolę, zgodnie z art. 28a ust. 1 ustawy o NIK, jako ujętą w rocznym planie pracy NIK, prowadzono według programu kontroli zatwierdzonego przez Prezesa NIK. Program kontroli zawiera sposób dokonywania ocen w poszczególnych badanych obszarach, a zakwestionowana ocena częściowa wynika z wytycznych dotyczących formułowania ocen określonych w tym dokumencie. W tej sytuacji NIK była zobligowana do wydania negatywnej oceny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji uchwały.

Od niniejszej uchwały odwołanie nie przysługuje.


Dariusz Bojanowski


Kamil Tomaszewski


Justyna Goszcz

²¹ Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2023 r. KIO 2327/23, LEX nr 3602542.

²² Sekcja Ocena częściowa na str. 47 wystąpienia pokontrolnego.