

DEFR-O-III.44.60.2022

Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.02.01.02-02-0002/20

1. Informacje ogólne.

1.1. Podstawa prawna kontroli:

- art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 45 ust.1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 547).

- art. 9 ust.1 pkt 2 i ust. 2 pkt 7 oraz pkt 8, art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 4, art. 23 ust. 4, art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 ze zm.).

- § 18 umowy o dofinansowanie nr RPDS.02.01.02-02-0002/20-00 z dnia 17.08.2021 r.

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 działająca poprzez Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego – Departament Funduszy Europejskich.

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Karol Boczar – Kierownik zespołu kontrolującego.

Michalina Maksoń – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Powiat Wrocławski.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. Tadeusza Kościuszki 131, 50-440 Wrocław.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.02.01.02-02-0002/20, pn.: „Rozwój elektronicznych usług publicznych w zakresie dostępu do informacji przestrzennej w Powiecie Wrocławskim”.

1.7. Numer i data umowy o dofinansowaniu:

RPDS.02.01.02-02-0002/20-00 z dnia 17.08.2021 r.

1.8. Typ kontroli:

Kontrola własna instytucji na dokumentach.

1.9. Tryb kontroli:

Planowa.

1.10. Rodzaj kontroli:

W trakcie realizacji projektu.

1.11. Data rozpoczęcia kontroli:

14.03.2022 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie pn.: *Świadczenie usługi Weryfikatora Baz Danych utworzonych w ramach projektu pn. „Rozwój elektronicznych usług publicznych w zakresie dostępu do informacji przestrzennej w Powiecie Wrocławskim”.*

Nr i data ogłoszenia: Nr 2021/BZP 00267072/01 z dnia 12.11.2021 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Tryb podstawowy na podstawie: art. 275 pkt 1 ustawy Pzp.

Szacunkowa wartość zamówienia: 150 000,00 zł netto/35 134,57 euro.

Wybrany wykonawca: Geokart-International Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów.

Nr i data umowy z wykonawcą: Nr ZP.273.106.2021.II.GN z dnia 28.12.2021 r.

Wartość umowy: 180 810,00 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie pn.: *Świadczenie usługi Weryfikatora Baz Danych utworzonych w ramach projektu pn. „Rozwój elektronicznych usług publicznych w zakresie dostępu do informacji przestrzennej w Powiecie Wrocławskim”.*

Powiat Wrocławski – [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę status Zamawiającego, wartość oraz przedmiot zamówienia, należy stwierdzić, iż przepisy ustawy Pzp mają w tym przypadku zastosowanie.

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe zamówienie w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem poddanego czynnościom kontrolnym zamówienia było świadczenie usługi Weryfikatora Baz Danych. Jego realizacja obejmowała dwa etapy:

Etap I - polegający na przygotowaniu dokumentacji niezbędnej do realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz uczestnictwie w procedurach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze eksperta technicznego.

Etap II - związany z kontrolą techniczną i merytoryczną utworzonych zbiorów danych, raportowaniem, weryfikacją powstałej dokumentacji oraz ze wsparciem technicznym Zamawiającego.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.11.2021r. pod numerem 2021/BZP 00267072/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu] jednocześnie zamieszczając ogłoszenie oraz Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] wraz z niezbędnymi załącznikami do SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://powiatwroclawski.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>. Jednym z zamieszczonych załączników był wzór umowy, stanowiący Załącznik nr 4 do SWZ.

W wyniku przeprowadzonej procedury Zamawiający dnia 28.12.2021 r. zawarł z Wykonawcą Geokart-International Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów Umowę nr ZP.273.106.2021.II.GN [dalej Umowa]. Umowa została zawarta na okres powyżej 12 miesięcy.

W wyniku przeprowadzonej kontroli dokumentacji ustalono, iż Zamawiający, zarówno we wzorze umowy, jak i w zawartej Umowie nie zamieścił zapisów dotyczących łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, wysokości kar naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy PZP oraz w zakresie zasad waloryzacji wynagrodzenia tj. obowiązkowych elementów umowy o zamówienie, o których mowa w art. 436 ustawy PZP.

Uwzględniając zatem stwierdzony stan faktyczny w sprawie wskazać należy, iż wyrażona w zapisach art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. – Kodeks cywilny zasada swobody umów uprawniająca do kształtowania

postanowień umowy na gruncie zapisów ustawy Pzp doznaje ograniczenia. Strony umowy muszą bowiem wziąć pod uwagę, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kc, pod warunkiem, że przepisy Pzp nie stanowią inaczej (art. 8 ust. 1 Pzp).

Na podstawie art. 436 ustawy Pzp każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na przedmiot zamówienia, wartość czy tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzedzającego zawarcie umowy powinna zawierać obowiązkowe klauzule umowne. Powyższy przepis znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Zgodnie z pkt 3 przywołanego art. 436 ustawy Pzp umowa z wykonawcą zawiera postanowienia określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Ponadto, stosownie do art. 436 pkt. 4 ustawy Pzp umowa z wykonawcą zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać postanowienia określające:

- a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5,
- b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:
 - stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
 - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
 - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Ustawodawca wprowadzając obligatoryjny wykaz klauzul umownych uznał, że stworzenie kompleksowej regulacji dotyczącej umów, która zapewni minimalne standardy, wpłynie korzystnie na sytuację wykonawców, uczyni zamawiających sektora publicznego bardziej przewidywalnymi, a tym samym zachęci wykonawców do większego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Jedną z podstawowych powinności zamawiającego, wynikającą właśnie z art. 436 ustawy Pzp, jest zawarty w pkt. 3 obowiązek określenia w umowie każdorazowo łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, winna natomiast zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego.

Zgodnie z art. 483 § 1 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Definicja kary umownej zawarta w KC przewiduje zatem, że kara umowna powinna stanowić określoną sumę. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

Wysokość kary umownej może zostać określona kwotowo lub procentowo (jako oznaczony procent wartości całego świadczenia, którego dłużnik nie spełnił w terminie) bądź w sposób łączący obie te metody.

Kara umowna, jako tzw. surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, zamawiający powinien pamiętać

ustalając maksymalną wysokość kar umownych, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy. Ustawodawca nie precyzuje górnej granicy wysokości kar, przekazując tym samym uprawnienie do jej określenia zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania. Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Art. 436 pkt 4 ustawy PZP odnosi się do umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. a ustawy PZP nakazuje wprowadzenie do umowy sankcji (kary umownej) naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy PZP.

Z kolei podstawowym celem regulacji zawartej w art. 436 pkt. 4 b ustawy PZP jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego, w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, stanowiących element kosztów jego realizacji. Stosownie do zawartych w treści umowy klauzul waloryzacyjnych dokonywana jest korekta wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zaistnienia zmian przepisów, które jednocześnie będą miały wpływ na koszty realizowanego zamówienia.

W wyniku przeprowadzonej analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Świadczenie usługi Weryfikatora Baz Danych utworzonych w ramach projektu pn. „Rozwój elektronicznych usług publicznych w zakresie dostępu do informacji przestrzennej w Powiecie Wrocławskim””. stwierdza się, że Umowa z Wykonawcą nie zawiera obligatoryjnych zapisów umownych wskazanych w art. 436 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż **Zamawiający naruszył zapisy art. 436 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieokreślenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych a także nieokreślenie wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 oraz poprzez niesformułowanie zasad waloryzacji wynagrodzenia.**

Ocena postępowania: Z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

Karol Boczar

/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 29 kwietnia 2022 r.

Michalina Maksoń

/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 29 kwietnia 2022 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

Nie dotyczy.

4. Informacja o nałożonych korektach finansowych/dokonanych pomniejszeniach wartości wydatków kwalifikowalnych.

W wyniku przeprowadzonej kontroli nie dokonano pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

4.1 Zamówienie publiczne pn.: Świadczenie usługi Weryfikatora Baz Danych utworzonych w ramach projektu pn. „Rozwój elektronicznych usług publicznych w zakresie dostępu do informacji przestrzennej w Powiecie Wrocławskim”.

Na podstawie zapisów art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 ze zm.), [zwanej dalej ustawą wdrożeniową] nieprawidłowością indywidualną jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, s.320, z późn. zm.) [zwanego dalej Rozporządzeniem 1303/2013].

Zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Zatem aby można mówić o nieprawidłowości muszą zostać spełnione kumulatywnie trzy przesłanki tj.: po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego oraz po trzecie szkoda w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego ich spełnienia.

W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano więc, czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

W zakresie stwierdzonego naruszenia po gruntownym zbadaniu sprawy należy bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył zapisy art. 436 pkt 3 i pkt 4 ustawy PZP [pkt 2.1 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezspornie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę, gdyż zaniechanie Zamawiającego w toku przeprowadzenia postępowania, o którym mowa w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej zostało bezspornie wykazane.

Przechodząc do analizy trzeciej przesłanki w ramach tej konkretnej sprawy w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż pojęcie szkody dla budżetu UE jest istotnym elementem w trakcie rozpatrywania przesłanek wystąpienia nieprawidłowości.

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju stwierdził¹: „Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (...). W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom

¹. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 14 lipca 2016 r. C-406/14 - Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju.

udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnie funduszu”.

Sentencja ta, w związku z przywołaną powyżej definicją nieprawidłowości określoną w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013, pozostaje aktualna również na gruncie rozpatrywanej sprawy, gdyż definicja ta została powtórzona i uzupełniona o „naruszenie przepisu prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego”. Wobec tego, wyroki TSUE dotyczące przepisów rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210z 31.07.2006, s. 25, z późn. zm.) i ich konkluzje znajdują zastosowanie do nowych regulacji, tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów ustawy Pzp niezbędna jest ocena ryzyka, na jakie budżet UE w wyniku stwierdzonego uchybienia został narażony. Zgodnie z przywołanym wyrokiem TSUE 2016 C-406/14 należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

Powyższe potwierdza także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r.²: zgodnie z którym: *„Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (...).”*

Również WSA we Wrocławiu, w swoim orzecznictwie zgodny jest co do kwestii, iż faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania danego działania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem potencjalna możliwość jego wystąpienia. W wyroku z dnia 19.02.2015 r.³ WSA we Wrocławiu stwierdził: *„Jeśli idzie o szkodę w budżecie ogólnym UE, Sąd podkreśla, że może to być nie tylko szkoda rzeczywista, ale i potencjalna, o którą chodzi w rozpatrywanej sprawie, wbrew sugestiom zawartym w skardze, że w istocie może chodzić tylko o szkodę rzeczywistą, a taka nie wystąpiła.”*

Zgodnie natomiast z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r.⁴ *„W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie "nieprawidłowości" – że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie, że sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem "działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego", nie może budzić wątpliwość, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie*

². Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

³. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19.02.2015 r., sygn. akt III SA/Wr 853/14.

⁴. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt. II GSK 1722/15.

w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).

Dokonując zatem analizy stwierdzonego stanu faktycznego i prawnego należy, w tym konkretnym przypadku, wziąć pod uwagę kluczowe okoliczności mające wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków naruszenia przepisów ustawy Pzp, a tym samym na kwestię konieczności pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

Przechodząc zatem do oceny stwierdzonego naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy PZP pod kątem wystąpienia ewentualnej szkody należy stwierdzić, że w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy nie sposób uznać, że poprzez nieokreślenie łącznej maksymalnej wysokości kar, krąg wykonawców mógł zostać choćby potencjalnie ograniczony ze względu na brak możliwości wyceny przez nich ryzyka w przypadku zaistnienia więcej niż jednej okoliczności uprawniającej do nałożenia kary na wykonawcę. Trudno też jest bezsprzecznie stwierdzić, że nieustalenie górnego limitu kar mogłoby, w tym konkretnym przypadku, spowodować, że potencjalni wykonawcy złożąliby oferty zawierające wyższe ceny z uwagi na przeszacowanie ryzyka związanego z brakiem górnego limitu kar. W analizowanym przypadku Zamawiający jednoznacznie określił odpowiedzialność wykonawcy z tytułu zaistnienia okoliczności powodujących nałożenie kar poprzez wyszczególnienie konkretnych przypadków. We wzorze umowy Zamawiający zastrzegł karę umowną za nieterminowe wykonanie umowy i jednocześnie „za odstąpienie” od umowy. W wyroku z dnia 29 listopada 2013., sygn.. I CSK 124/13 Sąd Najwyższy wskazał, że kara umowna za zwłokę w realizacji zobowiązania nie może przekroczyć kary zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy oraz że obu kar nie można naliczać łącznie. Również w wyroku z dnia 12 czerwca 2015r., sygn. II CSK 585/14 Sąd Najwyższy wskazał, że kara za odstąpienie od umowy pochłania karę za zwłokę w jej realizacji.

Biorąc pod uwagę ww. orzecznictwo, stwierdza się, że wysokość kar umownych w kontrolowanym zamówieniu jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać Zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania oraz jest w każdym z wymienionych przypadków łatwa do ustalenia z niewielkim marginesem błędu, w każdym możliwym przypadku, również w przypadku sumowania kar. W związku z powyższym w ocenie zespołu kontrolującego nie jest zasadne założenie, że nieokreślenie bezwzględnie wymaganego łącznego limitu kar, w tym konkretnym przypadku, mogło choćby potencjalnie ograniczyć krąg wykonawców, co w konsekwencji mogłoby skutkować możliwością wystąpienia potencjalnej szkody.

Przechodząc do stwierdzonego naruszenia zapisów art. 436 pkt 4 lit. a oraz lit. b ustawy Pzp odnośnie wystąpienia ewentualnej szkody wskazać należy, że w zależności od przedmiotu zamówienia, branży czy rynku, podstawę waloryzacji stanowią różne czynniki kosztotwórcze. Biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia będącego przedmiotem niniejszej kontroli należy przyjąć, że jest to zamówienie z kategorii tych zamówień, w których nie obserwuje się np. znaczącego wzrostu cen materiałów, jak to ma miejsce np. w przypadku robót budowlanych. Klauzule waloryzacyjne nabierają szczególnego znaczenia zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, w których powszechnym zjawiskiem są braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymania dostaw produktów i surowców (i związane z tym przestoje), jak również w usługach transportowych. Takie przykładowe czynniki wpływają na opłacalność realizowanego zamówienia, stąd wysoce ważne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie i stosowanie waloryzacji umownej, gdyż pozwala ochronić finansowe interesy wykonawcy, a zamawiającemu zapewnia należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Wzrost kosztów realizacji robót budowlanych i usług w dłuższym okresie jest zjawiskiem częstym, jednak trudno jest dostrzec zależność, jakoby zmiany te mogły wywrzeć znaczący wpływ na koszty wykonania zamówienia na usługę Weryfikatora Baz Danych, polegającą głównie na opracowaniu dokumentacji, wsparciu technicznym i nadzorowaniu. Powyższe wpływa także na ocenę dotyczącą braku wprowadzenia do umowy kary umownej w stosunku do wykonawcy za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia spowodowanej zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Warunkiem stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej a tym samym konieczności nałożenia korekty jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE.

Jakkolwiek nie ulega wątpliwości, iż wzór umowy nie zawierał wskazanych powyżej obligatoryjnych elementów umowy, to w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy trudno jest dopatrzyć się wyraźnego związku przyczynowo skutkowego pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a możliwością sfinansowania nieuzasadnionego wydatku.

W wyniku przeprowadzonej analizy stwierdzić należy, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły wskazane dwie przesłanki wystąpienia nieprawidłowości tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie naruszenie Zamawiającego jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego uchybienia należy stwierdzić, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich a naruszenia przepisów miały charakter wyłącznie formalny. Biorąc bowiem pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne i prawne w tej konkretnej sprawie nie sposób bowiem logicznie wykazać związku przyczynowego między stwierdzonymi naruszeniami prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE.

W związku z powyższym wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości indywidualnej w rozumieniu art. 2 pkt 14 ustawy wdrożeniowej w związku z zapisami art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

5. Wynik kontroli.

Z nieistotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

W wyniku przeprowadzonej kontroli nie wydano zaleceń pokontrolnych.

7. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch egzemplarzach, po jednym dla kontrolującego i kontrolowanego. Dane osobowe zawarte w niniejszej informacji pokontrolnej są chronione na podstawie ustawy z dnia 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1781) oraz ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913).

8. Lista załączników.

Lp.	Nr załącznika	Nazwa załącznika	
1.	1	Deklaracje bezstronności	2 egzemplarze
2.	2	Listy sprawdzające – egzemplarz kontrolującego	1 komplet
3.	3	Dokumentacja postępowania	1 segregator

Zespół Kontrolujący:

Karol Boczar

/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 29 kwietnia 2022 r.

Michalina Maksoń

/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 29 kwietnia 2022 r.

Małgorzata Kuruc

Z-ca Dyrektora Departamentu Funduszy Europejskich
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego

/podpisano elektronicznie/

.....
(z upoważnienia ZWD na podstawie Uchwały nr 718/VI/20
z dnia 29 stycznia 2020 r.)

Wrocław, dnia 29 kwietnia 2022

Pouczenie:

1. Podmiotowi kontrolowanemu, zgodnie z zapisami art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 przysługuje prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do *informacji pokontrolnej*.
2. Zastrzeżenia wnoszą się do Wydziału Obsługi Wdrażania EFRR w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego.
3. W przypadku przekroczenia ww. ustawowego terminu zastrzeżenia pozostawia się bez rozpatrzenia a informacja pokontrolna uznana zostaje za ostateczną po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie.
4. Jednostka kontrolująca, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zastrzeżeń, dokonuje ich rozpatrzenia i przekazuje ostateczną *informację pokontrolną* zawierającą skorygowane ustalenia kontroli lub pisemne stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem odmowy skorygowania ustaleń.
5. Podjęcie dodatkowych czynności kontrolnych w celu ustalenia zasadności złożonych zastrzeżeń, żądanie przedstawienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień na piśmie każdorazowo przerywa bieg terminu na rozpatrzenie zastrzeżeń.
6. Do ostatecznej *informacji pokontrolnej* oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.
7. Ostateczna *informacja pokontrolna* stanowi podstawę realizacji ustaleń pokontrolnych w niej zawartych.
8. Licząc terminy należy stosować zasady określone w tytule V ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (art. 110-116). I tak: termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie nastąpiło. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany za ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego.