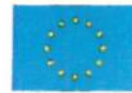


Fundusze Europejskie
Infrastruktura i Środowisko

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



URZĄD MIEJSKI W KOSZALINIE
KANCELARIA WPLYNĘŁO
Magdalena Woźnicka

Dnia 14. 08. 2017

Koszalin, 10.08.2017 r.

Numer postępowania: TZP.221.1.2017.DSz.....podpis.....

9391

Zat.....

a/a

Centrum Unijnych
Projektów Transportowych
Plac Europejski 2
00-844 Warszawa

Dotyczy: projektu POIS.04.01.00-00-0004/16 „Usprawnienie drogi krajowej nr 11 w Koszalinie”.

Zastrzeżenia do opinii z kontroli

W związku z doręczoną opinią z kontroli Nr CUPT.DK.KKI.5201.88.2017.218.3.AS.DZ z dnia 26 lipca 2017 r. dotyczącą doraźnej kontroli ex-post procedury zawarcia umowy nr 56/3/2017 „Usprawnienie drogi krajowej nr 11 w Koszalinie Etap III – rozbudowa ulicy Gnieźnieńskiej w Koszalinie na odcinku od ul. I. Paderewskiego do granic miasta” w ramach projektu POIS.04.01.00-00-0004/16 „Usprawnienie drogi krajowej nr 11 w Koszalinie”, przesyłam niepodpisaną Informację pokontrolną i jednocześnie wnoszę zastrzeżenia do w/w opinii w zakresie Ustalenia nr 2 co do naruszenia zasady przejrzystości skutkującej ustaleniem korekty finansowej w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych. Tym samym niezbędne jest ponowne przeanalizowanie sprawy pod kątem wniesionych zarzutów.

Uzasadnienie

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej (5201/218) ex-post ustalono, że w Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 14 stycznia 2017 r. Zamawiający nie zamieścił opisu warunków udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej. Powyższa informacja była zawarta jedynie w dziale VI SIWZ. Zdaniem Zespołu Kontrolującego doszło do naruszenia art. 41 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp). Uwzględniając wagę nieprawidłowości, stopień naruszenia zasady przejrzystości, jak ewentualny wpływ na wynik postępowania Kontrolujący uznali, że zasadnym jest nałożenie korekty finansowej w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych dofinansowanych ze środków publicznych w ramach przedmiotowego zamówienia zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień (Dz. U. 2016, poz. 200).

Zamawiający nie podziela opinii Kontrolujących. Okoliczności niniejszej sprawy nie uzasadniają twierdzenia, iż w Ogłoszeniu nie zawarto warunków udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej.

Informacja o warunkach udziału w zamówieniu miała charakter blankietowy i w tej mierze odsyłała do dokumentów zamówienia podając dane strony internetowej Zamawiającego, na której zainteresowani mogli w sposób pełny, nieograniczony i bezpłatny zapoznać się z warunkami udziału w zamówieniu. W tym celu zaznaczono w *Sekcji III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym, III.1) warunki udziału*, kwadrat „ **Kryteria kwalifikacji zgodnie z dokumentami zamówienia**”. Powyższe zachowanie Zamawiającego podyktowane było trudnościami technicznymi związanymi z dokładnym, tożsamym opisem warunków udziału w postępowaniu co zawartym w SIWZ. Po wejściu w życie nowelizacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. z dniem 28 lipca 2016 r. zmieniły się nowe wzory ogłoszeń. W tej mierze zostało wydane rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. 2016, poz. 1127) szczegółowo określające treść ogłoszenia. Nowe wzory ogłoszeń unijných wymuszają zachowanie dla każdego pola **limitu wynoszącego od 400 do 4 000 znaków**, co w przypadku opisu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu jest niewystarczające i uniemożliwia umieszczenie wymaganych informacji. Jedynie w tej sytuacji warunki udziału były możliwe do zawarcia w SIWZ. Dokonanie natomiast skrótowego opisu warunków w Ogłoszeniu narażałoby Zamawiającego na zarzut niezgodności z warunkami zawartymi w SIWZ. Rubryka zawarta w Sekcji III tj. „ **Kryteria kwalifikacji zgodnie z dokumentami zamówienia**” umożliwia odesłanie do dokumentów zamówienia, w szczególności do SIWZ, w której precyzyjnie sformułowano warunki udziału w postępowaniu. Powyższe nie miało zatem na celu wprowadzania Wykonawców w błąd, czy uniemożliwienie im zapoznania się z warunkami udziału. Problem techniczny z jakim musiał się zmierzyć Zamawiający z powodu niewystarczającego miejsca w ogłoszeniu dla opisu warunków udziału był też przedmiotem stanowiska Ministra Rozwoju z dnia 23 listopada 2016 r. (pismo nr DPI.XI.8641.4.2016.KKo.2), w którym stwierdzono, że „*co do zasady nieuzasadnionym byłoby stosowanie korekt finansowych za niezamieszczenie w ogłoszeniu publikowanym w DUUE tzw. pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz o dokumentach potwierdzających spełnianie tych warunków, jeśli byłoby to spowodowane ograniczeniami technicznymi (limit znaków w formularzach ogłoszeń ustanowiony w systemie SIMAP)*”. Jednocześnie wskazano, że każdy tego typu przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę, czy łącznie spełnione zostały następujące okoliczności:

1. w SIWZ zamieszczono wszelkie i wyczerpujące informacje o zamówieniu,
2. w ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w DUUE udostępniono adres strony internetowej zapewniającej nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia,
3. w ogłoszeniu zamieszczono skróconą (ze względu na limit znaków) informację o warunkach udziału w postępowaniu oraz o wykazie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, w zakresie zgodnym z dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24 (dyrektywa klasyczna) albo 2014/25 (dyrektywa sektorowa) oraz rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/1986 (wymogi sekcji III w polach III.1 1) do III.1.3) 3 formularza Ogłoszenie o zamówieniu.

Na w/w wytyczne powołuje się Zespół Kontrolujący stwierdzając, że „*Zamawiający nie zamieścił w ogłoszeniu nawet skróconej informacji o warunkach udziału w postępowaniu*”. Należy jednak podkreślić, iż stanowisko Ministra Rozwoju nie było na etapie zamieszczania Ogłoszenia powszechnie znane i Zamawiający starał się rozwiązać problemy techniczne poprzez odesłanie do pełnej treści warunków zawartych w SIWZ. Brak spójności między przepisami nie może obciążać Zamawiającego, który dochował należytej staranności w redagowaniu Ogłoszenia. W tym miejscu warto powołać się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 101/17, w którym stwierdzono, że „*W przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego informacje o warunkach udziału i dokumentach dostępne są jednocześnie w dwóch dokumentach, tj. ogłoszeniu i siwz, do których wykonawcy mają pełen dostęp. Przy obszernych wymaganiach może się okazać, że limit znaków w ogłoszeniu uniemożliwia ich pełne opisanie i w takiej sytuacji*

zamawiający będą zmuszeni odsyłać do zapisów siwz lub dokonywać sprostowania ogłoszenia poprzez jego uzupełnienie. W ocenie Izby, tego rodzaju sytuacje nie stanowią z automatu o naruszeniu Ustawy, jeżeli tylko zamawiający zadba o to, żeby wykonawcy mieli dostęp w ogłoszeniu do informacji o miejscu publikacji siwz możliwej do pobrania od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, a także zadba, aby informacje zamieszczone w ogłoszeniu oraz siwz nie były ze sobą sprzeczne. (...) W ocenie Izby taki sposób zredagowania ogłoszenia, przy limicie możliwych do zamieszczenia znaków, nie narusza uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.”

Dodatkowo należy zaakcentować, że Zespół Kontrolujący nie wykazał wagi nieprawidłowości, stopnia naruszenia zasady przejrzystości, czy jaki ewentualny wpływ miało na wynik postępowania zawarte w Ogłoszeniu odesłanie do dokumentów zamówienia, przede wszystkim SIWZ. Ogłoszenie o zamówieniu jest dokumentem na pierwszym etapie postępowania. Dlatego też na szczególną uwagę zasługuje podejście do zawartości informacyjnej ogłoszenia o zamówieniu, prezentowane przez ustawodawcę unijnego. Skupiono się tu na funkcji „pierwszego dokumentu”, z jakim wykonawca zapoznaje się w postępowaniu. Uznano, że ogłoszenie powinno zawierać skrótowo tylko najistotniejsze informacje. Jeśli one zainteresują wykonawcę, to szczegóły pozna z treści „dokumentów zamówienia”- zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 13 Dyrektywy za dokumenty takie, oprócz ogłoszenia, należy uznać w szczególności specyfikacje techniczne, dokument opisowy, proponowane warunki umowy, formaty przedstawiania dokumentów przez oferentów oraz wszelkie dokumenty dodatkowe, czyli przekładając to w dużym skrócie na wymogi krajowe – SIWZ, z którego wykonawcy mogą czerpać wstępną informację na temat postępowania. Odesłanie do zapisów SIWZ w ogłoszeniu o zamówieniu nie miało konsekwencji naruszenia zasady przejrzystości.

Zasada przejrzystości definiuje jasność reguł procedury przetargowej, wyznaczając przy tym środki służące weryfikacji ich prawidłowości. Zobowiązuje ona wszystkich zamawiających do jawności postępowania na każdym jego etapie. Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. W niniejszej sprawie Zamawiający zapewnił wszystkim Wykonawcom poprzez odesłanie do strony internetowej zawierającej SIWZ dostęp do wszelkich informacji koniecznych do złożenia prawidłowej oferty. Treść Ogłoszenia w żaden sposób nie wprowadzała w błąd Wykonawców, co oznacza że nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania. Jest oczywistym dla każdego podmiotu, który wykazywałby zainteresowanie ewentualnym udziałem w przetargu, konieczność zapoznania się z SIWZ (zob. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt 101/17).

Trzeba podkreślić, że sądy administracyjne prowadziły już sądową kontrolę spraw o podobnym stanie faktycznym do stanu zastanego w obecnie analizowanej sprawie. W zapadłym w jednej z nich wyroków Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 28 lutego 2017 r. o sygn. akt II GSK 1608/15) uznał, że: *„Niewątpliwie, co słusznie zauważył Sąd I instancji, w rozpoznawanej sprawie doszło do naruszenia art. 41 pkt 7 p.z.p. poprzez brak zamieszczenia w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Tym niemniej WSA prawidłowo zauważył, że organ w żaden sposób nie wykazał, aby naruszenie to skutkowało naruszeniem zasady konkurencyjności. Organ – poza całkowicie gołosłownym stwierdzeniem, że brak ogłoszenia informacji o warunkach narusza zasadę konkurencyjności – nie przedstawił pełnej, logicznej argumentacji, która wskazywałaby, że doszło do zniechęcenia potencjalnych oferentów, którzy po zapoznaniu się z niepełną informacją o warunkach udziału w postępowaniu, zrezygnowaliby z udziału w tym postępowaniu”*. W dalszej części uzasadnienia Naczelny Sąd Administracyjny dodał, iż: *„Podzielić należy w całości wywody Sądu I instancji zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że organ ma obowiązek wykazania, że brak w ogłoszeniu informacji o warunkach wykluczających pewną grupę potencjalnych oferentów narusza zasadę konkurencyjności i powoduje, że wykonawcy ci rezygnują z udziału w przetargu, co z kolei może powodować utratę szansy pozyskania oferty najkorzystniejszej”*. Dodatkowo warto podkreślić, zgodnie ze

stanowiskiem NSA zawartym w wyroku z dnia 20 listopada 2014 r. w sprawie GSK 917/13, iż „Organ powinien zatem w logiczny sposób wykazać, że brak w ogłoszeniu informacji o warunkach wykluczających pewną grupę potencjalnych oferentów narusza zasadę konkurencyjności i powoduje, że wykonawcy ci rezygnują z udziału w przetargu, co z kolei może powodować utratę szansy pozyskania oferty najkorzystniejszej. Wydaje się bowiem, że ogłoszenie zawierające warunki łagodniejsze nie tylko nie zniechęca potencjalnych oferentów, a przeciwnie sprawia, że będą się oni interesować ogłaszanym przetargiem i w ślad za tym zapoznają się z publikowaną jednocześnie SIWZ. Zatem w sytuacji, kiedy w ogłoszeniu zawarte jest mniej wymagań niż w SIWZ nie ma obawy utraty jakiegokolwiek potencjalnego uczestnika przetargu. Jednoczesna publikacja SIWZ wyklucza także niedoinformowanie oferentów.”

Abstrahując od argumentów przedstawionych wyżej, należy także podnieść zarzut niewłaściwego zastosowania przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. Załącznik do w/w rozporządzenia określa stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych. Zastosowanie poszczególnych stawek musi być zawsze poprzedzone właściwą subsumcją określonego stanu faktycznego pod treść konkretnej normy prawnej. W tej mierze należy przedstawić wyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne. Trzeba podkreślić, iż taryfikator nie jest źródłem prawa, a jedynie stanowi wytyczne, jak należy traktować określony rodzaj przewinienia i jakie może spowodować konsekwencję dla beneficjenta. Kwestia czy doszło w konkretnym stanie faktycznym do nieprawidłowości powinna znajdować oparcie w przepisach prawa. Definicja „nieprawidłowości” została określona w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. (Dz.U.UE.L.2013.347.320). W myśl tego przepisu "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. Ustalanie korekt finansowych, aby mogło być uznane za rzeczywisty instrument nadzoru nad prawidłowością wydatkowania środków pochodzących z budżetu UE musi być traktowane nie tylko jako działanie polegające na stwierdzeniu uchybień w zakresie przestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych, ale również musi obejmować ocenę wagi tych naruszeń stosownie do przepisów art. 2 pkt 36 rozporządzenia 1303/2013, bowiem bez tej oceny nie ma możliwości ustalenia korekt finansowych, które uzależnione są właśnie od wagi naruszeń. Należy przy tym podkreślić, że Naczelny Sąd Administracyjny (przykładowo: wyrok NSA z dnia 12 grudnia 2014 r. sygn. akt II GSK 1467/13, wyrok NSA z dnia 20 listopada 2014 r. o sygn. II GSK 917/13, wyrok NSA z dnia 8 września 2015 r. sygn. akt II GSK 1742/14) niejednokrotnie zwracał uwagę, że poprawność działania Beneficjenta realizującego umowę o dofinansowanie projektu z wykorzystaniem środków UE musi być dokonywana, z uwzględnieniem postanowień umowy łączącej Beneficjenta z Instytucją Zarządzającą oraz przepisów prawa polskiego, tj. Prawa zamówień publicznych, ustawy o finansach publicznych, ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, które powinny być wykładane i stosowane z uwzględnieniem prawa europejskiego, tj. przede wszystkim cytowanego wyżej rozporządzenia nr 1303/2013 (poprzednio rozporządzenia nr 1083/2006), bowiem regulacje polskie dotyczące realizacji programów operacyjnych służą osiągnięciu wspólnych celów wynikających z prawa europejskiego i realizacji polityki spójności. Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc 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 bowiem mówić o "nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia 1303/2013 (w poprzednim stanie prawnym w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006).

Z kolei w wyroku z dnia 15 września 2015 r. w sprawie o sygn. akt II GSK 2370/14 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że „...wystąpienie potencjalnej szkody siłą rzeczy nie może być „udowodniona”, lecz w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego powinna jednak być dostatecznie uprawdopodobniona, czyli wykazana z dużą dozą prawdopodobieństwa. Trzeba tu zwrócić uwagę, iż prawodawca unijny nie wskazuje na każdą nieprawidłowość jako konieczną przyczynę dokonania korekty, ale na taką, której skutkiem jest wystąpienie szkody realnej lub potencjalnej w budżecie ogólnym UE prowadzącej w konsekwencji do finansowania nieuzasadnionego wydatku z tego budżetu, a zatem nie każda nieprawidłowość musi jednoznacznie wskazywać na wystąpienie owej szkody realnej lub potencjalnej, a w konsekwencji rodzić obowiązek obligatoryjnego ustalenia kwoty korekty przekazanego dofinansowania i konieczność jej zwrotu przez Beneficjenta. Gdyby celem tej regulacji było sankcjonowanie przez prawodawcę unijnego każdej dostrzeżonej przez organ nieprawidłowości bez względu na jej skutek dla budżetu ogólnego Unii Europejskiej, to wówczas nie nałożyłby na organ konieczności wykazywania takiego realnego lub potencjalnego skutku, ale poprzestałby na wykryciu każdej nieprawidłowości jako wystarczającej przesłanki prawnej dla dokonania obowiązkowej korekty i nałożenia na Beneficjenta obowiązku jej zwrotu (...)”.

Z daleko posuniętej ostrożności, warto wskazać, że wartość korekty powinna uwzględniać charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenianej odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystość i niedyskryminacji. Ustalona korekta w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych, choć ustalona w minimalnej wysokości, to i tak jest nieproporcjonalna do stwierdzonego uchybienia polegającego na braku tożsamości ogłoszenia i SIWZ w zakresie warunków udziału co do sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej. Powyższe uchybienie nie mogło mieć wpływu na przebieg postępowania, stanowiło z przyczyn technicznych jedynie odesłanie w Ogłoszeniu do dokumentów zamówienia. Zbyt literalne i formalne stosowanie przepisów określających wysokość korekt finansowych przeczy podstawowym funkcjom, jakie mają spełniać korekty finansowe. Tym samym, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych i prawnych niniejszej sprawy, wnoszę o odstąpienie od nałożenia na Beneficjenta korekty finansowej.

DYREKTOR
Zarządu Dróg i Transportu w Koszalinie
inż. Ewa Ciszek

INSPEKTOR
ds. zamówień publicznych
mgr Dorota Zarbońska

Otrzymują:

1. adresat
2. Urząd Miejski w Koszalinie Wydział Rozwoju i Współpracy terytorialnej.
3. Urząd Miejski w Koszalinie Biuro Kontroli.

④ a/a

RADA PRAWNY

Marcin Machnikowski