

Ostateczna informacja pokontrolna CUPT o wyniku kontroli procedury zawierania umowy / aneksów dla zadań objętych projektem

Kontrola nr 5201-401

„Usprawnienie drogi krajowej nr 11 w Koszalinie”

POIS.04.01.00-00-0004/16

Beneficjent: Koszalin – Miasto na prawach powiatu

Przedmiot Kontroli: Kontrola doraźna ex-post procedury zawarcia umowy nr 72/3/2017 z dnia 20.04.2017 r. na „ETAP I – przebudowa ulicy Al. Armii Krajowej na odcinku od skrzyżowania z ul. Bohaterów Warszawy do skrzyżowania z ul. Krakusa i Wandy”

V. Poprawna weryfikacja

Po przeprowadzeniu ponownej weryfikacji dokumentacji ustalono, co następuje:

Zespół Kontrolujący (ZK) ustalił, że:

Ustalenie nr 1:

Ogłoszenie o zamówieniu, zgodnie z art. 41 pkt 7) i 7a) ustawy Pzp powinno zawierać co najmniej: warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, a także wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 20.01.2017 r. Zamawiający nie zamieścił opisu warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej, a także wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Informacja została zawarta jedynie w dziale VI i VIII SIWZ.

Zgodnie z zaleceniami Ministerstwa Rozwoju, ZK zbadał czy zostały spełnione łącznie 3 warunki:

- w SIWZ zamieszczono wszelkie i wyczerpujące informacje o zamówieniu;
- w ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w DUUE udostępniono adres strony internetowej zapewniającej nieograniczony, pełen, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia;
- w ogłoszeniu zamieszczono skróconą (ze względu na liczbę znaków) informację o warunkach udziału w postępowaniu oraz o wykazie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków w zakresie zgodnym z przepisami dyrektyw UE oraz rozporządzenia 2015/1986 (wymogi przewidziane w sekcji III od III 1.1) do III 1.3 formularza Ogłoszenia o zamówieniu.

W analizowanym przypadku, Zamawiający nie zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu nawet skróconej informacji o warunkach udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz uwzględniając wagę nieprawidłowości, stopień naruszenia zasady przejrzystości, jak również ewentualny wpływ na wynik postępowania, ZK za ww. naruszenie ustala wskaźnik korekty finansowej w wysokości 5 % kosztów kwalifikowanych dofinansowanych ze środków publicznych w ramach przedmiotowego zamówienia zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22.02.2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. 2017 poz. 615), załącznik do rozporządzenia, poz. 11 „Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zawarcia umowy koncesji, kryteriach kwalifikacji, kryteriach selekcji, fakultatywnych podstawach wykluczenia lub kryteriach oceny ofert”.

Ustalenie nr 2:

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie zawarł informacji nt. kryteriów oceny ofert oraz ich znaczenia. W pkt.II.2.5 znajduje się jedynie zapis: „cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia”. Z SIWZ wynika, że jest to: cena – 60%, rękojmia udzielona przez wykonawcę – 20%, doświadczenie kierownika budowy – 20%.

Jest to niezgodne z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp, z którego wynika obowiązek zamieszczania w ogłoszeniu o zamówieniu przekazywanym do UPUE lub BZP informacji o kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu .

Naruszenie art. 41 pkt 9 ustawy Pzp, polegające na niezamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia skutkuje ustaleniem korekty finansowej w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych dofinansowanych ze środków publicznych w ramach przedmiotowego zamówienia zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22.02.2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. 2017 poz. 615), załącznik do rozporządzenia, poz.11 „Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zawarcie umowy koncesji, kryteriach kwalifikacji, kryteriach selekcji, fakultatywnych podstawach wykluczenia z postępowania lub kryteriach oceny ofert”.

Ustalenie nr 3:

Na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, Zamawiający żąda przedłożenia m.in.:

zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków (...) – dział VIII pkt 9 ppkt 2) SIWZ,

zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne...(…) - dział VIII pkt 9 ppkt 3) SIWZ.

Zamawiający żądając przedmiotowych dokumentów powinien sformułować fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Należy zwrócić uwagę, że powyższe uchybienie w dużym stopniu jest konsekwencją wprowadzenia znaczących zmian w przepisach prawa dotyczących przedmiotowej kwestii. Ponadto niewskazanie w dokumentacji przetargowej przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp dotyczyło okoliczności fakultatywnej. Ustawodawca w tym zakresie pozostawił swobodę decyzji Zamawiającym. Zażądanie więc przedłożenia fakultatywnie dopuszczonych dokumentów od wykonawców z punktu widzenia Zamawiającego nie powinno być traktowane jako istotne naruszenie przepisów prawa. W przedmiotowej kontroli żądanie ww. dokumentów nie miało wpływu na wynik postępowania. ZK uznał brak wskazania w katalogu przesłanek wymienionej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp za naruszenie o charakterze formalnym, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż ww. zaświadczenia są wymagane jedynie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Może natomiast prowadzić do naruszenia przepisów ustawy Pzp i w konsekwencji skutkować ustaleniem korekty finansowej w wysokości do 25% kosztów kwalifikowanych, np. w przypadku wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, za niezłożenie ww. zaświadczeń.

Ustalenie nr 4:

Zamawiający w Dziale VI SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, opisał w jaki sposób ww. warunek zostanie spełniony w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku, gdy wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. Brak jest natomiast takiego opisu w odniesieniu do warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy oraz w odniesieniu do warunku, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w kwestii personelu wykonawcy.

Należy mieć na uwadze, iż Zamawiający powinien w dokumentacji opisać sposób spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. Brak takiego opisu może bowiem powodować, że zapisy specyfikacji zostaną niewłaściwie zinterpretowane przez potencjalnych wykonawców, co w konsekwencji może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zastrzeżenia Beneficjenta:

Beneficjent w obszernych zastrzeżeniach do wyniku kontroli wskazuje, iż

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. Beneficjent takie rozwiązanie argumentuje trudnościami technicznymi m.in. limitem znaków w każdej z sekcji ogłoszenia, wynoszącym od 400 do 4 000 znaków, co w przypadku opisu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu jest niewystarczające i uniemożliwia umieszczenie wymaganych informacji. Dlatego też tylko rubryka „Kryteria kwalifikacji zgodnie z dokumentami zamówienia” umożliwiła odesłanie w szczególności do SIWZ, w której precyzyjnie sformułowano warunki udziału w postępowaniu. Beneficjent zaznacza, że podobne uwagi należy odnieść co do stanowiska ZK w zakresie naruszenia art. 41 pkt 9 ustawy Pzp (brak aktywności pól i odesłanie do dokumentacji zamówienia i strony internetowej Zamawiającego).

Beneficjent przytacza treść pisma z dnia 23.11.2016 r. o sygn. DPI.XI.8641.4.2016.KKo.2, zawierającego stanowisko Ministra Rozwoju odnoszące się do analogicznej sprawy podkreślając, iż na etapie zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu stanowisko to nie było powszechnie znane i Zamawiający starał się rozwiązać problemy techniczne poprzez odesłanie do pełnej treści warunków zawartych w SIWZ. Beneficjent podkreśla, iż dochował należytej staranności w redagowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu, powołując się m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.01.2017 r., sygn. akt KIO 101/17.

Dodatkowo Beneficjent wskazuje, iż ZK nie wykazał wagi nieprawidłowości, stopnia naruszenia zasady przejrzystości, czy tego, jaki ewentualny wpływ miało na wynik postępowania zawarte w ogłoszeniu odesłanie do dokumentów zamówienia, przede wszystkim SIWZ. Ponadto Beneficjent stwierdził, iż w postępowaniu nie naruszono zasady przejrzystości, ponieważ „(...) Zamawiający zapewnił wszystkim Wykonawcom poprzez odesłanie do strony internetowej zawierającej SIWZ dostęp do wszelkich informacji koniecznych do złożenia prawidłowej oferty”. Beneficjent podkreślił również, iż „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”.

Beneficjent przywołując treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28.02.2017 r. o sygn. akt II GSK 1608/15 oraz wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20.11.2014 r. o sygn. akt GSK 917/13 podkreśla, że wskazany w opinii z kontroli brak informacji o warunkach udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu nie stanowi naruszenia zasady konkurencyjności, a organ „(...) 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 zastrzeżeniach Beneficjent podnosi również zarzut niewłaściwego zastosowania przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 22.02.2017 r. W opinii Beneficjenta „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”. Beneficjent odnosi się również do definicji „nieprawidłowości”, która została określona w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. (Dz.U.U.E.L.2013.347.320) i z jej brzmienia wywodzi m.in., iż „(...) 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”.

Beneficjent wskazuje również, iż „(...) Ustalona korekta w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych, choć ustalona w minimalnej wysokości, to i tak jest nieuzasadniona i nieproporcjonalna do opisanego stanu polegającego na braku tożsamości ogłoszenia i SIWZ w zakresie warunków udziału co do sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej. Powyższe zapisy nie mogły 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”.

Beneficjent nie wniósł zastrzeżeń odnośnie ustaleń nr 3 i 4.

Ustalenia z ponownej weryfikacji:

W opinii osoby dokonującej ponownej weryfikacji wskazana przez Beneficjenta w zastrzeżeniach do wyniku kontroli argumentacja nie znajduje uzasadnienia.

Beneficjent wskazuje, iż zamieszczenie warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu jest problematyczne z uwagi na limit znaków, który jest niewystarczający i uniemożliwia umieszczenie wymaganych informacji. Należy jednak zauważyć, iż Zamawiający nie zamieścił żadnych informacji na temat warunków udziału w postępowaniu, a art. 41 pkt 7 ustawy Pzp mówi wprost, że jednym z obligatoryjnych elementów ogłoszenia o zamówieniu jest informacja na temat warunków udziału w postępowaniu, któremu formularz ogłoszenia przyznaje oddzielną sekcję, a skorzystał jedynie z możliwości zaznaczenia informacji przekierowującej potencjalnych wykonawców do dokumentacji zamówienia w tym zakresie. Celem ustawodawcy było, aby warunki udziału w postępowaniu były znane wszystkim wykonawcom już na etapie zapoznania się z treścią ogłoszenia o zamówieniu. Potwierdza to również fakt, iż oprócz możliwości zaznaczenia odpowiedniego pola odsyłającego do SIWZ, Zamawiający ma również możliwość, pomimo limitu znaków, uzupełnienia sekcji dotyczącej warunków o ich opis.

Beneficjent podnosi, iż dokonanie skrótowego opisu warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu narażałoby Zamawiającego na zarzut niezgodności z warunkami zawartymi w SIWZ. W opinii osoby dokonującej ponownej weryfikacji, skrótowe zamieszczenie warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu można traktować jedynie jako streszczenie informacji, która powinna być szczegółowo opisana w SIWZ. Niezgodność to sprzeczność z czymś lub zły dobór w porównaniu do czegoś. W zaistniałej sytuacji nie może być zatem mowy o niezgodności, czego potwierdzeniem jest treść postanowienia z dnia 14.06.2006 r. o sygn. akt UZP/ZO/0-1705/06, zgodnie z którym „ogłoszenie jest informacją o wszczęciu postępowania, a w SIWZ jest dokonywane jego uszczegółowienie. Postanowienia SIWZ nie odbiegają od treści w/w ogłoszeń i nie są z nimi sprzeczne, a tylko je precyzuje. (...) z przyczyn technicznych nie można zawrzeć w ogłoszeniu wszystkich szczegółowych informacji”. Zatem zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu należy zamieścić informację o warunkach udziału w postępowaniu, skróconą ze względu na limit znaków, a w SIWZ szczegółowe informacje będące doprecyzowaniem treści ogłoszenia.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem, iż argumentem przemawiającym na korzyść Beneficjenta jest fakt, że stanowisko Ministra Rozwoju nie było na etapie zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu powszechnie znane i Zamawiający starał się rozwiązać problemy techniczne poprzez odesłanie do pełnej treści warunków zawartych w SIWZ. Zamawiający przeprowadzał postępowanie i udzielał zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp, która stanowi wprost, iż jednym z obligatoryjnych elementów ogłoszenia o zamówieniu jest informacja o warunkach udziału w postępowaniu. Także ogólnodostępne rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień w poz. 11 załącznika wskazuje na korektę finansową nakładaną w przypadku braku w dokumentacji warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Ministerstwa

Rozwoju jest zatem doprecyzowaniem ww. kwestii, która uregulowana jest w wiążących Beneficjenta przepisach i stanowi jedynie pomoc przy interpretacji i ocenie naruszenia.

Powyższe argumenty należy odnieść do naruszenia art. 41 pkt 9 ustawy Pzp (brak aktywności pól i odesłanie do dokumentacji zamówienia i strony internetowej Zamawiającego) i sankcjonującej je korekty finansowej.

Beneficjent w zastrzeżeniach do wyniku kontroli odnosi się również do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku z dnia 31.01.2017 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”. Wskazane wyżej stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej jest potwierdzeniem zasadności nałożenia korekty finansowej. W ww. orzeczeniu KIO podkreśla, iż informacje o warunkach udziału w postępowaniu zawarte są jednocześnie w dwóch dokumentach tj. w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, natomiast w przedmiotowym postępowaniu nie może być mowy o informacji zamieszczonej w obu dokumentach, z uwagi na fakt, iż ogłoszenie o zamówieniu odsyła jedynie wykonawcę do informacji zamieszczonej w SIWZ. KIO odnosi się również do braku możliwości pełnego opisanie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na ograniczenia techniczne, czego konsekwencją ma być odesłanie do zapisów SIWZ. Odesłanie może nastąpić zatem przy konieczności zamieszczenia niepełnej informacji z uwagi na ograniczenia techniczne, nie zaś w przypadku braku jakiegokolwiek informacji na temat warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Beneficjent argumentuje odstąpienie od korekty finansowej faktem, iż organ kontrolujący nie wykazał naruszenia zasady konkurencyjności, powołując się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28.02.2017 r. o sygn. akt II GSK 1608/15, w którym stwierdzono, 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”. Przede wszystkim należy podkreślić, iż ZK nie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego zasady konkurencyjności. Niemniej jednak w opinii osoby dokonującej ponownej weryfikacji brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o warunkach udziału w postępowaniu może stanowić o naruszeniu tej zasady. Ogłoszenie o zamówieniu publikowane jest w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i tłumaczone na języki, którymi posługują się wykonawcy zagraniczni. Jeżeli na podstawie ogłoszenia stwierdzą oni, że są zainteresowani udziałem w przetargu, spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu, decydują się na przygotowanie oferty i w tym celu dokonują dalszych działań, w tym m.in. zapoznania się z SIWZ i innymi dokumentami postępowania zamieszczonymi na stronie internetowej Beneficjenta w języku polskim. Dlatego też istotnym jest by ogłoszenie o zamówieniu zawierało wszystkie niezbędne informacje pozwalające na określenie możliwości uczestnictwa w postępowaniu przez potencjalnych wykonawców. Zgodnie bowiem z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13.09.2016 r. o sygn. akt II GSK 321/15 „Konkurencyjność nie oznacza bezwzględnej równości wszystkich podmiotów, lecz służy zapewnieniu równego traktowania podmiotów, które spełniają określone, merytorycznie uzasadnione kryteria”.

Należy się również odnieść do zarzutu niewłaściwego zastosowania przez ZK przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29.01.2016 r. Beneficjent stwierdził iż „Zastosowanie poszczególnych stawek musi być zawsze poprzedzone właściwą subsumcją określonego stanu faktycznego pod treść konkretnej normy prawnej”. W ocenie osoby dokonującej ponownej weryfikacji, twierdzenie Beneficjenta nie jest zasadne z uwagi na fakt, iż ZK dokonał analizy przedmiotowego naruszenia uwzględniając wagę nieprawidłowości, stopień naruszenia zasady przejrzystości, jak również ewentualny wpływ na wynik postępowania. Niewątpliwie Zamawiający naruszył art. 41 pkt 7 ustawy Pzp poprzez niezamieszczenie w ogłoszeniu informacji o warunkach udziału w postępowaniu, niemniej jednak z uwagi m.in. na odesłanie do strony internetowej, na której zamieszczono pełną informację o warunkach w SIWZ oraz w związku z faktem, iż brak warunków udziału w ogłoszeniu nie miał bezpośredniego wpływu na wynik postępowania, wysokość korekty finansowej została zmniejszona z 25% do 5%, zgodnie z możliwością jaką daje „Taryfikator” w tym zakresie. Nie można również zgodzić się z Beneficjentem, iż „taryfikator nie jest źródłem prawa, a jedynie stanowi wytyczne, jak należy traktować określony rodzaj przewinienia i jakie może spowodować konsekwencję dla beneficjenta”. „Taryfikator” stanowi załącznik do rozporządzenia, które jest aktem normatywnym wydanym na podstawie szczegółowego upoważnienia ustawowego i w celu jej wykonania. Rozporządzenie stanowi zatem jedno ze źródeł prawa powszechnie obowiązującego.

Beneficjent przedstawiając w zastrzeżeniach argumenty przemawiające za odstąpieniem od nałożenia korekty finansowej powołuje się również na definicję „nieprawidłowości”, wynikającą z treści rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r., zgodnie z którą „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. Zgodnie z treścią zastrzeżeń Beneficjenta, na podstawie art. 2 pkt 36 ww. rozporządzenia wnioskować należy, iż o zaistnieniu nieprawidłowości można mówić w przypadku łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów prawa unijnego lub krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego;
- 2) działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego;
- 3) wywarcie lub potencjalna możliwość wywarcia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Dokonując analizy ww. przesłanek w kontekście nieprawidłowości stwierdzonej w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwym jest iż Zamawiający poprzez brak wskazania w Ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu naruszył art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, który wprost wskazuje, iż elementem obligatoryjnym ogłoszenia o zamówieniu jest wskazanie warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia. Bezspornym pozostaje także fakt, iż w związku z przynależnością Polski do Unii Europejskiej, jest ona zobowiązana do implementacji unijnych dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych do polskiego porządku prawnego. Ustawa Prawo zamówień publicznych jest zatem zbiorem przepisów prawa krajowego dotyczącym m.in. stosowania prawa unijnego.

Kolejną z przesłanek niezbędnych do uznania naruszenia jako nieprawidłowości zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. jest fakt, iż naruszenie wynikać musi z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego. Niewątpliwym jest, iż Beneficjent wbrew ciążącemu na nim obowiązкови wynikającemu z ustawy Pzp nie zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich niezbędnych informacji, co w ocenie CUPT było zawinionym zaniechaniem Beneficjenta, wynikającym z niedochowania przez niego należytej staranności przy sporządzaniu dokumentacji przetargowej. Pojęcie należytej staranności, które w prawie zamówień publicznych nie zostało zdefiniowane, dotyczy głównie kwestii związanych z przygotowaniem postępowania, a co za tym idzie również z odpowiednim zamieszczeniem wszystkich niezbędnych, wymaganych przepisami ustawy Pzp informacji dotyczących postępowania.

Ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego szereg obowiązków, których niespełnienie może skutkować naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, a w przypadku zamówień realizowanych przy współudziale środków unijnych – również nałożeniem korekt finansowych. Do tego typu obowiązków, w ramach przygotowania postępowania, należy zaliczyć sporządzenie dokładnego, zgodnego z przepisami ustawy opisu przedmiotu zamówienia, ustalenie jego wartości, a także wspomniane wyżej odpowiednie przygotowanie dokumentacji przetargowej. Czynności te Zamawiający powinien wykonać z należytą starannością (art. 355 § 1 K.c.). Należyta staranność oznacza obiektywny wzorzec postępowania i odnosi się raczej do sposobu działania niż jego wyniku. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 23.10.2003 r. (V CK 311/02) „Przepis art. 355 § 1 KC stawia dłużnikowi wymagania wykonywania zobowiązania z należytą starannością, to jest starannością ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny (...)”.

W odniesieniu do trzeciej przesłanki wchodzącej w skład definicji „nieprawidłowości” należy zauważyć, iż zgodnie z Wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 02.09.2015 r., sygn. akt II GSK 1653/14 „szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE”. Zatem jak wskazano w wyżej wymienionym wyroku, a który wydaje się być aktualny na gruncie obowiązującego rozporządzenia 1303/2013, nieuzasadniony wydatek to taki, który został poniesiony niezgodnie z przepisami prawa unijnego lub prawa krajowego. Zwracając uwagę na istotę szkody Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu wskazał, że: „wystarczy jednak samo tylko wykazanie, że określone nieprawidłowości powstałe wskutek zachowania się beneficjenta mogły jedynie (choć wcale nie musiały) narazić ogólny budżet Unii Europejskiej na uszczerbek, nawet bliżej niewykazany („potencjalny”)” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 25.02.2015 r., sygn. akt. III SA/Wr 881/14). Należy podkreślić, iż dla stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie naruszenia prawa wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 15.09.2005 r. (sprawa C-199/03) Irlandia przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, „(...) nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii oraz poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadnić zastosowanie korekty finansowej przez Komisję (...)”. Warto również tu zacytować pogląd Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrażony w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne polskiego sądu administracyjnego, zgodnie z którym sam fakt naruszenia przez beneficjenta przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych rodzi swoiste domniemanie powstania szkody w budżecie UE: „należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. W drugiej kolejności, w odniesieniu do mechanizmu korekt finansowych przewidzianego w art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 98 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia przepis ów wymaga od państw członkowskich dokonania korekty finansowej w wypadku stwierdzenia nieprawidłowości.” (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 14.07.2016 r. sygn. C-406/14).

VI. Ostateczna Opinia

Osoba dokonująca weryfikacji nie uwzględniła ww. zastrzeżeń Beneficjenta, złożonych zgodnie z ustawą.

W wyniku przeprowadzonej kontroli CUPT przekazuje ostateczny wynik kontroli: z **istotnymi zastrzeżeniami skutkującymi ustaleniem wskaźnika korekty finansowej w wysokości 5 % kosztów kwalifikowanych** dofinansowanych ze środków publicznych w ramach przedmiotowego zamówienia zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22.02.2017 r. zmieniającym

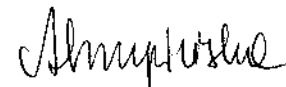
7
SM

rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. 2017 poz. 615), załącznik do rozporządzenia, poz. 11 „Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o dzielenie zamówienia lub zawarcia umowy koncesji, kryteriach kwalifikacji, kryteriach selekcji, fakultatywnych podstawach wykluczenia lub kryteriach oceny ofert”.

POLECZENIE

1. Niniejszą opinię sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach.
 2. Beneficjent w ciągu 7 dni od otrzymania opinii odsyła podpisany/niepodpisany przez kierownika jednostki kontrolowanej lub osobę przez niego upoważnioną jeden egzemplarz na adres: Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Plac Europejski 2, 00-844 Warszawa.
- Niniejsza Ostateczna informacja pokontrolna stanowi zakończenie kontroli, tj. kończy ścieżkę kontrolną w przedmiotowym zakresie w CUPT.

.....
w imieniu Beneficjenta
kierownik jednostki kontrolowanej lub osoba przez
niego upoważniona

25.01.2018. 
.....
w imieniu CUPT
osoba dokonująca weryfikacji