

Ponowna weryfikacja: kontrola nr 5201/128
„Usprawnienie drogi krajowej nr 11 w Koszalinie”
POIS.04.01.00-00-0004/16

Przedmiot Kontroli: Kontrola doraźna ex-post procedury zawarcia Umowy 130/3/2016 r. z dnia 09.09.2016 r. na Etap II - przebudowa ulicy Krakusa i Wandy z przebudową odcinka ul. Lechickiej między ul. Krakusa i Wandy a ul. Obotrytów

Beneficjent: Miasto Koszalin

V. Uzasadnione zastrzeżenia przedstawione przez Instytucję kontrolowaną

CUPT pismem z dnia 22.12.2016r. o sygn. CUPT/DK/KKI/5201/128/1/KM/IM/16 wszczął doraźną kontrolę ex-post postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Etap II - przebudowa ulicy Krakusa i Wandy z przebudową odcinka ul. Lechickiej między ul. Krakusa i Wandy a ul. Obotrytów, zwracając się jednocześnie z prośbą o przekazanie kompletnej dokumentacji postępowania. Beneficjent przekazał dokumentację za pismem z dnia 11.01.2017r. o sygn. TZP.221.15.2016.DSz (data wpływu do CUPT - 16.01.2017r.). W związku z wynikłymi w trakcie kontroli wątpliwościami wezwano Beneficjenta do przekazania wyjaśnień i uzupełnień pismem z dnia 02.02.2017r. o sygn. CUPT/DK/KKI/5201/128/2/KM/IM/16 oraz pismem z dnia 03.03.2017r. o sygn. CUPT/DK/KKI/5201/128/3/KM/IM/16, na które Beneficjent odpowiedział pismem z dnia 08.02.2017r. o sygn. TZP.221.15.2016.DSz (data wpływu do CUPT - 14.02.2017r.) oraz pismem z dnia 22.03.2017r. o sygn. TI.4210.17.2015.MB (data wpływu do CUPT - 27.03.2017r.). W trakcie kontroli wezwano również Beneficjenta do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 14.04.2017r. o sygn. CUPT/DK/KKI/5201/128/4/KM/IM/16, na które Beneficjent odpowiedział pismem z dnia 24.04.2017r. o sygn. TI.4210.17.2015.MB (data wpływu do CUPT - 02.05.2017r.). CUPT przekazało Beneficjentowi Informację pokontrolną o wyniku kontroli procedury zawierania umowy dla zadań objętych projektem pismem z dnia 23.05.2017r., o sygn. CUPT/DK/KKI/5201/128/5/KM/IM/16. Pismem z dnia 09.06.2017r. (wpływ do CUPT dnia 19.06.2017r.), o sygn. BK.1710.1.2017.AL, Beneficjent zgłosił zastrzeżenia.

VI. Ponowna weryfikacja

Po przeprowadzeniu ponownej weryfikacji dokumentacji ustalono, co następuje:

Zespół Kontrolujący (ZK) ustalił, że:

Zgodnie z brzmieniem art. 41 ustawy Pzp Ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Natomiast w Ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 11.04.2016 r. Zamawiający nie zamieścił opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Informacja została zawarta jedynie w SIWZ w pkt. 10.3 rozdziału Instrukcja dla wykonawców.

Zespół Kontrolujący w ramach tego ustalenia, zwraca uwagę na fakt, że potencjalny wykonawca, bazujący jedynie na zapisach SIWZ oraz przygotowujący ofertę w oparciu o SIWZ mógł zrezygnować ze złożenia oferty w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym spełnianiu warunków zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu. Należy podkreślić, iż jedną z gwarancji przestrzegania zasady transparentności prowadzonych procedur udzielania zamówień jest zachowanie staranności w publikacji informacji o warunkach prowadzonego postępowania. Informacje zawarte w treści ogłoszenia o zamówieniu, w tym przede wszystkim informacje dotyczące warunków udziału i dokumentów je potwierdzających, nie mogą różnić się od analogicznych wymagań sformułowanych w treści SIWZ. Do zasad oceny relacji ogłoszenia i SIWZ odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 września 2014 r., (sygn. KIO 1804/14). Jak słusznie podkreślono w wyroku: „Wyprowadzona przez Izbę norma zgodności treści siwz z treścią ogłoszenia wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem w ocenie Izby uznać za równe traktowanie wykonawców sytuacji, gdy wykonawcy będą brali udział w postępowaniu na **odmiennych zasadach opierając się jedni na treści siwz, inni na treści ogłoszenia.** W ocenie Izby zatem wada, która zaistniała w niniejszym postępowaniu powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy”.

Wskazane wyżej naruszenie, polegające na rozbieżności między zapisami Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, jak również brakiem zamieszczenia w ogłoszeniu niezbędnych informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 oraz art. 41 ustawy Pzp, co skutkuje ustaleniem korekty finansowej w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych dofinansowanych ze środków publicznych w ramach przedmiotowego zamówienia zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dn. 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych

nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień (Dz.U. 2016 poz. 200), załącznik do rozporządzenia, poz. 12 „Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriach oceny ofert”.

Zastosowanie, obniżonego wskaźnika korekty 5% wynika z wagi nieprawidłowości oraz ze względu na fakt, że rozbieżność miała charakter incydentalny, a ocena ofert została przeprowadzona na podstawie kryteriów określonych w SIWZ. Ewentualna szkoda mogłaby jedynie w nieznacznym stopniu naruszyć zasadę przejrzystości postępowania i niedyskryminacji potencjalnych oferentów.

Zastrzeżenia Beneficjenta:

Beneficjent przede wszystkim starał się udowodnić, iż wskazane przez Zespół kontrolujący naruszenie, polegające na niezamieszczeniu w Ogłoszeniu o zamówieniu opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie można uznać za zarzut naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Beneficjent przyznał, iż w ogłoszeniu i siwz była „drobna, niezamierzona niespójność” w kwestii spornego warunku ale jest zdania, iż nie może to oznaczać przyjęcia naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych. Na dowód przedstawił wyrok NSA z 28.02.2017r., z którego wynika, iż 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 (...). Beneficjent stwierdził, iż stawianie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest zbyt daleko idące w przedmiotowej sprawie i w konsekwencji niewłaściwym było ustalenie korekty finansowej.

Ponadto w zastrzeżeniach podniesiono zarzut niewłaściwego zastosowanie „Taryfikatora” wskazując iż zastosowanie poszczególnych stawek musi być zawsze poprzedzone właściwą subsumcją określonego stanu faktycznego pod treść konkretnej normy prawnej. Beneficjent podkreślił, iż Taryfikator, nie jest źródłem prawa, a jedynie stanowi wytyczne jak należy traktować określony rodzaj przewinienia. Ponadto Beneficjent odniósł się do definicji nieprawidłowości w myśl w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r.

Beneficjent wniósł o odstąpienie od nałożenia korekty finansowej.

Ustalenia z ponownej weryfikacji:

W złożonych zastrzeżeniach Beneficjent nie przedstawił argumentów, czy faktów, które nie byłyby znane ZK w toku kontroli.

Beneficjent przyznał w zastrzeżeniach, iż doszło do naruszenia art. 41 pkt 7 ustawy Pzp poprzez brak pełnego powołania treści przedmiotowego warunku, w wyniku nieostrożności podczas redagowania ogłoszenia. Beneficjent starał się udowodnić, iż brak opisanego przedmiotowego warunku w ogłoszeniu i wynikająca z tego rozbieżność między ogłoszeniem a siwz nie wpłynęła na naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem osoby dokonującej ponownej weryfikacji brak w ogłoszeniu informacji o warunkach udziału może potencjalnie wpłynąć na naruszenie zasady konkurencyjności. W związku z tym, iż Zamawiający nie dookreślił warunków udziału w postępowaniu w Ogłoszeniu, naruszył przejrzystość postępowania, a tym samym potencjalnie zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z tym, iż nie jest możliwe ustalenie, czy w przypadku gdyby Zamawiający wywiązał się ze swoich obowiązków w sposób należyty, to czy przystąpiłby do tego przetargu wykonawca z lepszą ofertą, CUPT zobowiązany jest do nałożenia korekty finansowej w oparciu o wskaźniki, które odnoszą się do naruszeń, które potencjalnie mogą powodować szkodę i określone są w Taryfikatorze, który Beneficjent zaakceptował podpisując Umowę o dofinansowanie.

Należy podkreślić, iż stwierdzone naruszenie art. 41 pkt 7 ustawy Pzp polegające na nieumieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w BZP informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, może skutkować ustaleniem korekty finansowej w wysokości do 25%.

ZK analizując przedmiotowy przypadek, uwzględnił wagę nieprawidłowości, stopień naruszenia zasady przejrzystości oraz niedyskryminacji potencjalnych oferentów, jak również ewentualny wpływ na przebieg postępowania. W konsekwencji zastosował minimalną stawkę wskaźnika korekty finansowej w wysokości 5 %.

Podsumowanie:

Osoba dokonująca ponownej weryfikacji podtrzymuje stanowisko ZK o ustaleniu korekty finansowej w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych dofinansowanych ze środków publicznych w ramach przedmiotowego zamówienia zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dn. 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień (Dz.U. 2016 poz. 200), załącznik do rozporządzenia, poz. 12 „Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub kryteriach oceny ofert”.

VII. Ostateczna Opinia

W wyniku przeprowadzonej kontroli CUPT przekazuje ocenę: **z istotnymi zastrzeżeniami skutkującymi ustaleniem korekty finansowej w wysokości 5%.**

POUCZENIE

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, ul. Plac Europejski 2, 00-844 Warszawa.
3. Odmowa podpisania opinii nie wstrzymuje podpisania opinii przez kontrolujących.

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

Starowiczka
30.06.17r.
.....
w imieniu CUPT
osoba dokonująca ponownej weryfikacji

