



BK.1710.1.2017.AL

**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/5201/128/5/KM/IM/16; POIS.04.01.00-00-0004/16 z dnia 23 maja 2017 r. dotyczącą doraźnej kontroli ex-post procedury zawarcia umowy nr 130/3/2016 na Etap II – przebudowa ul. Krakusa i Wandy z przebudową odcinka ul. Lechickiej między ul. Krakusa i Wandy a ul. Obotrytów w ramach projektu POIS.04.01.00-00-0004/16 „Usprawnienie drogi krajowej nr 11 w Koszalinie”, przesyłam niepodpisaną Informację i jednocześnie wnoszę zastrzeżenia do w/w opinii w zakresie Ustalenia nr 3 co do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) skutkującym ustaleniem korekty finansowej w wysokości 5% kosztów kwalifikowanych. Tym samym niezbędne jest ponowne przeanalizowanie sprawy pod kątem wniesionych zarzutów.

### **Uzasadnienie**

Zespół Kontrolujący stwierdził, że Ogłoszenie o zamówieniu nie zawierało warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Informacja ta została zawarta jedynie w SIWZ w pkt 10.3 rozdziału Instrukcja dla wykonawców. Na tej podstawie Zespół Kontrolujący stwierdził, że potencjalny wykonawca, bazujący jedynie na zapisach SIWZ oraz przygotowujący ofertę w oparciu o SIWZ mógł zrezygnować ze złożenia oferty w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym spełnieniu warunków zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu. Zdaniem Zespołu wskazane 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 Pzp w zw. z art. 36 oraz 41 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 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).

Z powyższymi ustaleniami nie można się zgodzić.

Wnikliwa analiza całej treści Ogłoszenia nie może prowadzić do wniosku, iż Zamawiający nie wymagał warunku udziału w postępowaniu w zakresie „Osób zdolnych do wykonania zamówienia”. Treść Działu III.3.4 Ogłoszenia wskazuje, że „Ocena spełnienia warunków wymaganych od Wykonawców zostanie dokonana na podstawie analizy żądanych w siwz i ogłoszeniu kryteriów oraz oświadczeń i dokumentów wg formuły spełnia- nie spełnia”. Jest zatem całkowicie odmienna od warunku zawartego w Dziale III.3.1, a dotyczącego wykazania uprawnienia do wykonywanej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W tej mierze jednoznacznie podano, że „Zamawiający odstępuje od opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku w tym zakresie”. W tej sytuacji nie powinno budzić wątpliwości, że warunek w zakresie „Osób zdolnych do wykonania zamówienia” istniał, a tylko nie został szczegółowo określony, tak jak w SIWZ. Powyższe stanowisko w pełni koreluje z treścią Działu III.4 dotyczącego Informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W punkcie 4.1 w/w Działu zaznaczono, że w postępowaniu należy m.in. przedłożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” czy „oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień”. Wykonawcy, nawet potencjalni, czytając całość ogłoszenia z pewnością zorientowani byli, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postawił warunek w zakresie „Osób zdolnych do wykonania zamówienia”. Nie może być zatem mowy, że istniały inne warunki wynikające z SIWZ, a treścią podaną w Ogłoszeniu, w którym tylko nie podano szczegółowych danych odnośnie warunku wskazanego w Dziale III.3.4. Z pewnością treść Ogłoszenia nie była sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie warunków.

Niezależnie od powyższego, nie można uznać za zasadny zarzut naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania. Generalnie zasada ta sprowadza się do jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji. W opinii dość lakonicznie uzasadniono stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, przyjmując automatycznie, że rozbieżność między Ogłoszeniem a SIWZ w zakresie warunku Osób zdolnych do wykonania zamówienia doprowadziło do zachwiania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zespół Kontrolujący upatruje naruszenie powyższej zasady poprzez 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 i zamówieniu”. Przedstawione stanowisko nie znajduje potwierdzenia na kanwie niniejszej sprawy. Poza tym, o czym była mowa wyżej, że w Ogłoszeniu nie zrezygnowano z warunku „Osób zdolnych do wykonania zamówienia”, to wykonawcy przygotowujący ofertę zawsze muszą bazować na Formularzach ofertowych stanowiących integralną część SIWZ. Samo zapoznanie się z treścią Ogłoszenia nie umożliwia bowiem poprawnego sporządzenia oferty. W Ogłoszeniu w Dziale III.4 określono dokumenty, jakie wykonawca powinien złożyć i były one zgodne z treścią SIWZ. Szczegółowy opis przygotowania oferty został podany w punkcie 17 SIWZ (str. 11-13), który m.in. zakładał złożenie stosownych oświadczeń, w tym tych samych oświadczeń co w Ogłoszeniu o spełnieniu warunków (pkt 11.1.1 w zw. z pkt 17 ppkt 4) oraz wykazu osób (pkt 11.1.3 w zw. z pkt 17 ppkt 4) na stosownych formularzach. Innymi słowy, wykonawca przygotowujący ofertę w oparciu o SIWZ nie mógł zrezygnować z udziału z przetargu tylko dlatego, że mógł spełnić warunek, a w zasadzie jego brak, co do „Osób zdolnych do wykonywania zamówienia”, skoro i tak poprawność oferty wymagała złożenia oświadczeń w zakresie tego warunku, co wprost przewidywało Ogłoszenie w Dziale III.4.1. Treści obu dokumentów były ze sobą zgodne, a drobna, niezamierzona niespójność w kwestii spornego warunku nie może oznaczać automatycznego przyjęcia naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych,

tak jak to zrobił Zespół Kontrolujący. Trzeba podkreślić, iż Ogłoszenie o zamówieniu jest dokumentem na pierwszym etapie postępowania, z którego wykonawcy mogą czerpać wstępną informację na temat postępowania i na tej podstawie wykonawcy oceniają czy są zainteresowani udziałem w postępowaniu, także pod względem spełnienia wymaganych warunków. Treść ogłoszenia w żaden sposób nie mogła wpłynąć na rezygnację potencjalnych wykonawców w przystąpieniu do udziału w przetargu, a tym samym naruszyć zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Powyższe znajduje potwierdzenie w fakcie, że przez długi okres tj. od momentu opublikowania się Ogłoszenia do terminu składania ofert, żaden z wykonawców nie zadał pytania odnośnie warunku co do „Osób zdolnych do wykonania zamówienia” zamieszczonego w Ogłoszeniu a SIWZ. Oznacza to, że dla potencjalnych wykonawców nie było w tej mierze wątpliwości, zaś do przetargu przystąpiło aż sześciu wykonawców.

Trzeba podkreślić, że sądy administracyjne prowadziły już sądową kontrolę spraw o tożsamym, względnie 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”*.

Dlatego też, stawianie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na drobne uchybienie, które wystąpiło w procedurze udzielania zamówień publicznych związanych z realizacją inwestycji (polegające na braku tożsamości ogłoszenia i SIWZ), jest zbyt daleko idące, nieznajdujące oparcia w okolicznościach niniejszej sprawy. W konsekwencji niewłaściwym było ustalenie korekty finansowej.

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 pomniejszych 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 konsekwencje 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 warunku „Osób zdolnych do wykonania zamówienia”. Powyższe uchybienie nie mogło mieć wpływu na przebieg postępowania, stanowiło jedynie drobne naruszenie przepisu art. 41 pkt 7 Pzp poprzez brak pełnego powołania treści w/w warunku w porównaniu do treści SIWZ w wyniku nieostrożności podczas redagowania ogłoszenia. 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.

  
PREZYDENT MIASTA  
Piotr Jedliński

T. Rudziński 8.06.17  
Jemyska 8.06.17r.

  
09.06.2017

