

**KWARTALNA INFORMACJA NA TEMAT INTERPRETACJI WYDAWANYCH PRZEZ
DEPARTAMENT WSPÓŁPRACY TERYTORIALNEJ (DWT)**

III KWARTAŁ 2018 ROKU

I. KWALIFIKOWALNOŚĆ WYDATKÓW

Sprawa nr 1. Obowiązek przechowywania dokumentacji projektowej przez beneficjenta

Pytanie Kontrolera Krajowego (KK)

KK zwrócił się do DWT z prośbą o interpretację postanowień umowy o dofinansowanie w odniesieniu do obowiązku przechowywania dokumentacji projektowej przez beneficjenta.

Zgodnie z umową o dofinansowanie, beneficjent wiodący zobowiązany jest do przechowywania dokumentacji związanej z realizacją projektu przez okres:

- co najmniej pięciu lat od daty płatności końcowej na rzecz projektu lub
- dwóch lat od 31 grudnia roku następującego po złożeniu przez Instytucję Certyfikującą zestawienia wydatków do Komisji Europejskiej, w którym ujęto ostateczne wydatki dotyczące zakońzonego projektu

w zależności od tego, który z ww. terminów upływa później.

W zarządzeniu wewnętrznym kontrolowanej jednostki zasady dotyczące przechowywania dokumentów zostały określone wyłącznie w nawiązaniu do art. 140 Rozporządzenia ogólnego 1303/2013. Wątpliwość KK dotyczyła braku nawiązania w zarządzeniu wewnętrznym jednostki do art. 71 Rozporządzenia 1303/2013.

Stanowisko DWT:

Obowiązek przechowywania dokumentów został określony w artykule 140 Rozporządzenia 1303/2013. Art. 140 stanowi zobowiązanie IZ do zapewnienia KE dostępu do dokumentów potwierdzających wydatki poniesione w ramach realizowanych programów. Zgodnie z art. 140 dokumenty powinny być przechowywane przez okres dwóch lat od dnia 31 grudnia następującego po złożeniu zestawienia wydatków, które zawiera wydatki z wniosku o płatność końcową. Dwuletni okres odnosi się do wszystkich projektów.

Ponadto, krajowe organy kontrolne zostały zobowiązane do kontroli trwałości projektów po ich zakończeniu. Termin przechowywania dokumentów musi zatem uwzględniać dodatkowe obowiązki, wynikające z art. 71 Rozporządzenia 1303/2013. Zgodnie z art. 71 dokumenty powinny być przechowywane przez okres pięciu lat od daty płatności końcowej dla projektów obejmujących inwestycje w infrastrukturę i inwestycje produkcyjne.

Zatem, kwestię dot. okresu przechowywania dokumentów, jak i terminu od którego ten okres ma być liczony, należy rozróżnić w zależności od rodzaju projektu:

1. projekty nie zawierające inwestycji w infrastrukturę lub inwestycji produkcyjnych (projekty „miękkie”) – beneficjent jest zobowiązany do dochowania terminu wynikającego z art. 140,
2. projekty zawierające inwestycje w infrastrukturę lub inwestycje produkcyjne - beneficjent jest zobowiązany do dochowania terminu wynikającego z art. 71 oraz art. 140 – w zależności, który termin upływa później.

Pierwsze wzory umów o dofinansowanie w programach zarządzanych po polskiej stronie miały zbyt restrykcyjne postanowienia dot. okresu przechowywania dokumentów. Umowy te zobowiązywały beneficjenta do przechowywania dokumentów z zachowaniem terminów określonych zarówno w art. 71 jak i 140 Rozporządzenia 1303/2013. W związku z tym, IZ uzgodniła ze Wspólnymi Sekretariatami następującą procedurę dotyczącą okresu przechowywania dokumentów w przypadku projektów, o których mowa w pkt 1.

IZ, po przekazaniu do KE rocznego zestawienia wydatków zawierającego wydatki z wniosku o płatność końcową, poinformuje pisemnie beneficjenta wiodącego o dacie rozpoczęcia

dwuletniego okresu przechowywania dokumentów (wynikającego z art 140 Rozporządzenia 1303/3013). W tej samej korespondencji, IZ zwrócił się do beneficjenta z prośbą o pisemne potwierdzenie, że zgadza się z terminem wskazanym w piśmie (de facto krótszym niż wynikający z umowy). Będzie to forma uzgodnienia stron tzw. oświadczenie woli.

IZ opracowała nowe wzory umów o dofinansowanie, w których terminy przechowywania dokumentów są wskazane z uwzględnieniem ww. rodzajów projektów.

Sprawa nr 2. Kwalifikowalność używanego środka trwałego

Pytanie KK

KK zwrócił się do DWT z pytaniem dotyczącym prawidłowości spełnienia przez Beneficjenta następujących warunków zawartych w pkt. 4.2.5 „Wydatki na wyposażenie” w Podręczniku Beneficjenta Programu Współpracy Transgranicznej Interreg V-A Polska-Słowacja 2014-2020:

„Koszty zakupu sprzętu używanego mogą być kwalifikowalne pod następującymi warunkami:

1. sprzedający środek trwały wystawił deklarację określającą jego pochodzenie,
2. sprzedający środek trwały potwierdził w deklaracji, że dany środek nie był w okresie poprzednich 7 lat (10 lat w przypadku nieruchomości) współfinansowany z pomocy UE lub w ramach dotacji z krajowych środków publicznych,
3. cena zakupu nie przekracza jego aktualnej wartości ani zwykłej ceny na danym rynku za podobne nowe wyposażenie,
4. dobro konsumpcyjne musi posiadać cechy techniczne, które są niezbędne dla danego projektu i być zgodne z obowiązującymi normami i standardami”.

Kontrahent beneficjenta złożył oświadczenie, w którym – ze względu na tajemnicę handlową – zabrakło informacji o źródle pochodzenia środka trwałego.

Stanowisko DWT:

Oświadczenie sprzedającego o pochodzeniu używanych środków trwałych służy stwierdzeniu legalności ich pochodzenia. Używane środki trwałe nabyte niezgodnie z prawem nie mogą stanowić wydatku kwalifikowanego projektu.

Z tego względu brak oświadczenia w zakresie pochodzenia, pomimo zasłonięcia się tajemnicą handlową, jest podstawą do uznania wydatku za niekwalifikowalny.

II. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Sprawa nr 3. Brak należytego uzasadnienia dla niedokonania podziału na części zamówienia.

Pytanie KK

KK poprosił o stanowisko DWT w kwestii naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp

Przedmiot zamówienia publicznego obejmował dwa odrębne rodzaje zamówień: roboty budowlane oraz dostawę sprzętu komputerowego i mebli.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek sporządzenia protokołu, zawierającego m.in. powody, dla których odstąpił od podziału zamówienia na części. Zamawiający podał następujące powody braku podziału zamówienia na części: „ze względów technicznych, organizacyjnych i celowościowych”.

KK uznał przytoczone w protokole powody za zbyt ogólne. W opinii KK beneficjent nie wyjaśnił jakie względy techniczne, organizacyjne i celowościowe były powodem odstąpienia przez zamawiającego od podziału zamówienia na części. Ponadto, zdaniem KK w omawianym przypadku podział zamówienia na części doprowadziłby do otwarcia postępowania na konkurencję i potencjalnie do otrzymania korzystniejszej oferty.

Podobną interpretację w zakresie podziału zamówień na części zawarła Krajowa Izba Odwoławcza w następujących wyrokach: nr KIO 2124/2016 z 25.11.2016 r., nr KIO 2018/16 z 08.11.2016 r. oraz nr KIO 2346/16 z 02.01.2017 r. oraz UZP w swoich interpretacjach¹. W wyroku nr KIO 2124/2016 Izba stwierdziła m. in., że art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp „stanowi dla zamawiającego bardzo ważny obowiązek uzasadnienia przyczyn nie podzielenia zamówienia na części. Przewidziane prawem uzasadnienie powinno być możliwie najszersze, zawierać dokładną analizę sytuacji rynkowej tego rodzaju zamówień, opisywać relacje cenowe poszczególnych świadczeń.”

W opinii KK, zamawiający nie dokonując uzasadnionego podziału zamówienia na części naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, bądź też nie udzielił zamówienia w częściach. W efekcie zamawiający ograniczył liczbę podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.

Stanowisko DWT:

DWT uznał stanowisko KK za prawidłowe.

Sprawa nr 4. Określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Pytanie KK

KK poprosił o stanowisko DWT w kwestii naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Zamawiający w SIWZ opisał zakres robót w zdefiniowanych przez siebie kategoriach, takich jak: prace remontowe, prace polegające na wymianie instalacji, budowa oraz zakupy i dostawy.

Zamawiający zażądał, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektów kubaturowych - o wartości minimum 100 000,00 zł brutto, jako warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy.

Zdaniem KK, zamawiający postawił zbyt ogólny warunek udziału w postępowaniu i nie sprecyzował wykazania zdolności technicznej lub zawodowej w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo KK wykazał, że zamawiający nie zażądał od wykonawcy wykazania, że posiada jakąkolwiek zdolność techniczną lub zawodową w realizacji dostaw sprzętu komputerowego i mebli, będących również przedmiotem zamówienia, a które - zgodnie z kosztorysem ofertowym - stanowiły 37,5% całości zamówienia.

Stanowisko DWT

Warunek określony przez zamawiającego odnosił się do wykonania roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektów kubaturowych.

Zakres robót, określonych w SIWZ jako „budowa”, odnosił się do „budowy zasilającej instalacji wewnętrznej elektrycznej, oświetleniowej i teletechnicznej”.

DWT przeanalizował kosztorys inwestorski oraz przedmiar robót, aby ustalić, jaką część zamówienia stanowiły prace zdefiniowane przez zamawiającego w SIWZ jako „budowa”.

Kosztorys inwestorski wykazał, że koszt robót związanych z pracami elektrycznymi wynosił ok. 38% szacowanej wartości kosztorysu. Przedmiar robót, pozwolił natomiast na ilościowe określenie prac/zakupów związanych z poszczególnymi elementami opisu zamówienia. Roboty związane z pracami/zakupami dot. instalacji elektrycznych/oświetleniowych (74 pozycje) stanowiły 51% wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze.

¹ Stanowisko UZP: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/32630/Zagadnienia-o-charakterzeogolnym.pdf oraz <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzidotyzace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/podzial-zamowienia-naczesci>

W opinii DWT nie można zatem stwierdzić, że warunek określony został zbyt ogólnie, gdyż wykaz robót zdefiniowanych jako „budowa” w opisie przedmiotu zamówienia stanowił znaczącą część zamówienia.

Dodatkowo, brak określenia warunków udziału dla części zamówienia dotyczącej „zakupów i dostaw” nie może stanowić podstawy dla stwierdzenia naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Zamawiający nie ma obowiązku określania warunku udziału dla każdego elementu zamówienia.

Podsumowując, w omawianym przypadku DWT nie widzi podstaw dla stwierdzenia, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Sprawa nr 5. Ocena spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu

Pytanie KK

KK poprosił o interpretację w zakresie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu oraz czy doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcy, który podlegał wykluczeniu.

W treści SIWZ zamawiający, w zakresie warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, zażądał aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat wykonali jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektów kubaturowych - o wartości minimum 100 000 zł brutto.

W zwycięskiej ofercie wykonawca wykazał, że wykonał „wymianę instalacji elektrycznej wewnętrznej linii zasilającej i obwodów administracyjnych w budynkach mieszkalnych wielorodzinnych”. Zgodnie z prawem budowlanym „wymiana” nie wpisuje się w zakres roboty budowlanej, jaką jest budowa lub przebudowa.

Stanowisko DWT

Zamawiający w SIWZ określił warunek dotyczący zdolności technicznej wykonawców, tj. wykonawca musi wykazać, „że w okresie ostatnich pięciu lat wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektów kubaturowych o wartości minimum 100 000 zł brutto”.

Jednocześnie, należy podkreślić, że zapisy SIWZ definiowały budowę jako: budowę „zasilającej instalacji wewnętrznej elektrycznej, oświetleniowej i teletechnicznej”.

Dodatkowo, przedmiar robót precyzował roboty związane z pracami dotyczącymi instalacji elektrycznej. W związku z czym, potencjalni wykonawcy mogli zapoznać się z charakterem prac, jakich wymaga zamawiający w tym zakresie.

Ponadto, zamawiający zdefiniował w SIWZ dokumenty i oświadczenia, jakie ma złożyć wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał obowiązek przedstawienia „wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat (...)”. Zamawiający nie sprecyzował jednak jakich robót budowlanych. Ocena spełnienia warunku mgła odbywać się zatem wyłącznie w oparciu o wykaz robót budowlanych. Wymiana instalacji, jak wskazywał zamawiający, jest robotą budowlaną.

Także we Wniosku o przeprowadzenie procedury zamówienia publicznego, zamawiający nie skonkretyzował robót budowlanych formułując warunek konieczny udziału: „(...) posiadanie jednej referencji dotyczącej wykonania robót budowlanych o zbliżonym zakresie i wartości (...)”.

Mając na uwadze powyższe DWT uznał, że:

1. zamawiający miał prawo uznać, że wykazana przez wykonawcę robota budowlana „wymiana instalacji elektrycznej wewnętrznej linii zasilającej (...)” jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia i zakresem robót zdefiniowanych przez zamawiającego jako budowa,
2. „wymiana instalacji elektrycznej wewnętrznej linii zasilającej” spełnia przesłankę SIWZ określającą sposób weryfikacji spełnienia warunku,

3. „wymiana instalacji elektrycznej wewnętrznej linii zasilającej” spełnia także warunek konieczny określony we Wniosku o przeprowadzenie procedury zamówienia publicznego.

Tym samym, zdaniem DWT, nie ma uzasadnienia dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp.

III. ZASADA KONKURENCYJNOŚCI

Sprawa nr. 6 Szacowanie wartości zamówienia

Pytanie Euroregionu

Euroregion zwrócił się z pytaniem, czy sposób wyboru wykonawców był prawidłowy.

Beneficjent (stowarzyszenie) założył, że w ramach projektu zorganizuje cztery tematyczne spotkania weekendowe dla dzieci oraz jeden tematyczny obóz.

We wniosku aplikacyjnym dla każdego z tych wydarzeń beneficjent zaplanował stałe wydatki, na które składały się: wyżywienie, zakwaterowanie, transport, wynajem sal, zajęcia tematyczne, trenerzy i opiekunowie, fotograf. Wydarzenia różniły się drobnymi elementami, np. w jednym zaplanowano dodatkowo wizytę w muzeum (bilety wstępu i przewodnik), w kolejnym wynajem sceny i nagłośnienia w związku z zajęciami tanecznymi (dotyczy obozu), zróżnicowaniem zajęć tematycznych.

W żadnej z poszczególnych kategorii wydatków (wyżywienie, zakwaterowanie itd.) suma zaplanowanych w budżecie wydatków nie przekroczyła 50 000 PLN netto. Budżet zaplanowany we wniosku o dofinansowanie na organizację czterech weekendowych spotkań przekroczył 50 000 PLN netto. Środki zaplanowane w budżecie na organizację tematycznego obozu przekroczyły 50 000 PLN netto.

W zestawieniu wydatków beneficjent do każdej kategorii wydatków przedstawił oddzielną fakturę. W przypadku jednego z wydarzeń faktury do każdej z kategorii wydatków zostały wystawione przez jednego wykonawcę. W innych - dla całego wydarzenia jeden wykonawca wystawił faktury dla kilku kategorii wydatków (np. za wyżywienie, zakwaterowanie, wynajem sal i opiekunów). Beneficjent poniósł wszystkie wymienione wydatki bez zachowania zasady konkurencyjności. Beneficjent argumentował, że tego typu usługi nie wymagają łączenia.

Stanowisko DWT

Beneficjent, który nie jest zobowiązany do stosowania Pzp, wartość szacunkową zamówienia ustala dla pojedynczego projektu. Oznacza to, że Beneficjent musi dokładnie przeanalizować budżet projektu w celu zidentyfikowania tych zamówień, które powtarzają się. Zamówienia te podlegają sumowaniu.

Beneficjent, aby prawidłowo ustalić, czy ma do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami, powinien przeprowadzić analizę wystąpienia tożsamości przedmiotowej, czasowej oraz podmiotowej.

W oparciu o dane przedstawione we wniosku aplikacyjnym oraz zestawieniu wydatków można stwierdzić, że:

- tożsamość przedmiotową potwierdzają powtarzające się w każdym z wydarzeń kategorie wydatków zaplanowanych do poniesienia, w skład których wchodzi zapewnienie transportu, noclegu, wyżywienia uczestników spotkania oraz zapewnienia zajęć tematycznych, opiekunów / trenerów czy też wynajmu sal lub odpowiedniego dla rodzaju wydarzenia sprzętu oraz usługi fotograficzne. Działania te realizowane są w celu identycznego przeznaczenia - organizacji spotkań weekendowych oraz obozu dla dzieci;
- tożsamość czasowa została potwierdzona przez Beneficjenta poprzez wskazanie w jakich terminach planuje on zrealizować założone w projekcie wydarzenia;
- tożsamość podmiotową potwierdza fakt istnienia na rynku szeregu podmiotów oferujących minimum łącznej usługi zakwaterowania i wyżywienia. Tożsamość podmiotową potwierdził sam Beneficjent przeprowadzając rozeznania rynku na realizację usługi wyżywienia i noclegu

w związku z organizacją obozu (notatka z rozeznania rynku). Dostępność takiej usługi Beneficjent potwierdził również poprzez wykazanie w zestawieniu wydatków faktur wystawionych za usługę zakwaterowania i wyżywienia przez jednego wykonawcę.

Zgodnie z zasadą konkurencyjności zabronione jest zaniżanie wartości szacunkowej zamówienia lub jego podział skutkujący zaniżeniem jego wartości szacunkowej. Wobec tego, Beneficjent nie może dzielić jednego zamówienia na części, jeśli szacunkowa wartość każdej z nich liczona oddzielnie powodowałaby wyłączenie ze stosowania procedur.

W opinii DWT doszło do nieuzasadnionego podziału zamówienia na zamówienia o niższej wartości i naruszenia obowiązujących procedur. W omawianym przypadku Beneficjent powinien był zastosować zasadę konkurencyjności i przeprowadzić postępowanie na zasadach obowiązujących w chwili realizacji projektu.

Beneficjent był zobowiązany do upublicznienia zapytania ofertowego. W takich przypadkach do pomniejszenia zastosowanie ma pozycja 3 taryfikatora: „niedopełnienie obowiązku odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu o wartościach niższych niż określone w przepisach...”.

Sprawa nr 7. Rozwiązania równoważne w zasadzie konkurencyjności

Pytanie KK

KK zwrócił się z pytaniem, czy doszło do naruszenia kryterium równoważności w zamówieniu przeprowadzonym zgodnie z zasadą konkurencyjności

KK stwierdził wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej polegającej na uprzywilejowaniu konkretnego oferenta poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia jego produktów bez wypełnienia kryterium równoważności. KK wskazał na fakt, że zamawiający posłużył się kartami produktów konkretnego producenta, dopuścił dla tych urządzeń rozwiązania równoważne, ale nie określił dokładnie, co uzna za takie rozwiązanie.

Zamawiający upublicznił postępowanie zgodnie z wymaganiami programowymi, tj.: na swojej stronie internetowej (w Biuletynie Informacji Publicznej), w siedzibie oraz wysłał informacje o postępowaniu do trzech potencjalnych wykonawców.

Stanowisko DWT

DWT nie podzielił stanowiska KK, że użycie kart katalogowych urządzeń konkretnego producenta bez wskazania zakresu równoważności stanowi nieprawidłowość, i wymaga pomniejszenia wydatku z zastosowaniem stawki 25%.

Z zasady konkurencyjności obowiązującej w programie na moment ogłoszenia zamówienia nie wynikało, aby mikrobencficjent miał obowiązek wskazywania zakresu lub parametrów równoważności. Zamówienie, z uwagi na swoją wartość poniżej 30 tys. euro, zostało zrealizowane bez stosowania ustawy Pzp. Użycie w opisie przedmiotu zamówienia katalogowych urządzeń konkretnego producenta i dopuszczenie równoważności nie jest sprzeczne z zasadami obowiązującymi w programie.

DWT, na podstawie doświadczeń z audytów operacji, uwzględnił również opinię Instytucji Audytowej (IA) dotyczącą stosowania „równoważności” w opisie przedmiotu zamówienia. IA stoi na stanowisku, że dla uznania, że w opisie przedmiotu zamówienia dopuszczono elementy równoważne wystarczające jest użycie ustawowego zwrotu „lub równoważny”. W takim przypadku IA nie nalicza wydatków niekwalifikowalnych. DWT poinformował kontrolerów krajowych o praktyce IA oraz o swoim stanowisku w zakresie korekt i pomniejszeń w przypadku naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w piśmie z 17.04.2018 roku.

Stanowisko to ma swoje odzwierciedlenie również w rozporządzeniu z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień. Zgodnie z pkt. 20 załącznika do rozporządzenia nieprawidłowością jest „opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który odnosi się do określonego wyrobu, źródła, znaków towarowych, patentów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie odniesienie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i dopuszczono rozwiązania równoważne”.