

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

II KWARTAŁ 2019 ROKU

I. PZP

Sprawa nr 1. Weryfikacja w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy

Stanowisko Kontrolera Krajowego (KK)

Zamawiający przed udzieleniem zamówienia na roboty budowlane o wartości szacunkowej ok. 530.000 euro nie wezwał wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wymienionych w ogłoszeniu i siwz. Zamawiający wyjaśnił, że informację z KRK i odpis z KRS wykonawcy pozyskał od innego zamawiającego i dokumenty te „dołączył informacyjnie” do dokumentacji własnego postępowania.

KK stwierdził w szczególności:

- naruszenie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”) poprzez niewezwanie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania;
- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 13, 14, 21 i ust. 5 pkt 1 PZP poprzez niewykluczenie wykonawcy, który (...) nie wykazał braku podstaw wykluczenia;
- pozyskanie dokumentów (informacji z KRK i odpisu z KRS) z innych źródeł niż dopuszczone w art. 26 ust. 6 PZP oraz w § 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „rozporządzenie”), co skutkowało m.in. brakiem możliwości prawidłowego potwierdzenia ich aktualności.

KK stwierdził, że brak weryfikacji w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy pozostaje w sprzeczności z art. 7 ust. 3 PZP, który uprawnia do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. KK uznał, że takie działanie stanowi naruszenie procedur w zakresie zamówień publicznych, które może powodować potencjalną szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej.

Stanowisko DWT

Zgodnie z art. 26 ust. 2 PZP, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Oznacza to, że na etapie przygotowania postępowania poniżej progów unijnych zamawiający może podjąć decyzję, czy w danym postępowaniu będzie wzywać do składania oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Jeżeli zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 2 PZP, to wskazuje ten zamiar w ogłoszeniu (art. 41 pkt 7a PZP) i siwz (art. 36 ust. 1 pkt 6 PZP) określając wykaz oświadczeń i dokumentów, których będzie żądać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W takim przypadku zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wskazanych dokumentów.

Potwierdza to opinia Urzędu Zamówień Publicznych (UZP).¹ Wynika z niej, że użycie przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2 PZP zwrotu „zamawiający może wezwać” oznacza tylko i wyłącznie fakultatywność określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu i siwz katalogu oświadczeń lub dokumentów z rozporządzenia. Zatem, jeżeli zamawiający opisze w ogłoszeniu i siwz wymagane

¹ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/dokumenty-na-potwierdzenie-speelnienia-warunkow-udzialu-w-postepowaniu-oraz-braku-podstaw-do-wykluczenia2.-aktualnosc-dokumentow-w-swietle-nowelizacji-ustawy-pzp>

oświadczenia lub dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, to jest zobowiązany na gruncie art. 26 ust. 2 PZP wezwać do ich złożenia wykonawcę, który złożył ofertę najwyższej ocenioną. Jeżeli zamawiający w ogłoszeniu i siwz nie wymieni stosownych oświadczeń lub dokumentów z art. 25 ust. 1 PZP, to nie ma podstaw do wezwania o ich przedłożenie, także na późniejszym etapie postępowania.

Opinia UZP znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO oraz w piśmiennictwie. W uchwale z 10 maja 2018 r. (sygn. akt KIO/KD 17/18) Izba nie zgodziła się z argumentacją, że stosowanie art. 26 ust. 2 PZP daje zamawiającym dowolność weryfikacji dokumentów składanych jako dowody potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Fakultatywny charakter wezwania należy rozumieć w ten sposób, że ustalenie konieczności wezwania do uzupełnienia określonych dokumentów uzależnione jest od decyzji zamawiającego. Jednak decyzja w tym zakresie musi być podjęta przed wszczęciem postępowania. Z chwilą upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu musi być jasne, jakich dokumentów zamawiający będzie żądać od wykonawców. Zamawiający nie może odstąpić od żądania dokumentów na późniejszym etapie. Przeciwna interpretacja groziłaby naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równości i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości. Jeżeli zamawiający skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 2 PZP i w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w siwz określił wymogi dowodowe w zakresie art. 25 ust. 1 i 5 PZP, to na późniejszym etapie postępowania nie może dowolnie zmieniać reguł oceny podmiotowej wykonawców. Pogląd ten jest prezentowany jednogłośnie również w piśmiennictwie.²

Dlatego wezwanie do złożenia dokumentów jest czynnością obligatoryjną dla zamawiającego. Zaniechanie tej czynności stanowić będzie nie tylko naruszenie przepisów Pzp, ale także może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla samego wykonawcy (wyrok KIO z 17 sierpnia 2017 r.; sygn. akt KIO 1597/17).

Dodatkowo, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, tj. potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Należy jednak wskazać, że pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Opinia UZP w kwestii aktualności oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO.³

W związku z tym działanie zamawiającego mogło naruszyć zasadę przejrzystości postępowania, określoną w art. 7 ust. 1 PZP. Dokumentacja przetargowa nie wskazywała jednoznacznie i precyzyjnie czy, w jaki sposób i na jakiej podstawie prawnej zostanie przeprowadzona weryfikacja podmiotowa wykonawcy w zakresie braku podstaw wykluczenia. Nieprecyzyjne zapisy w ogłoszeniu i siwz mogły ograniczyć potencjalny krąg wykonawców. Natomiast brak pełnej i prawidłowej weryfikacji wykonawcy ograniczył prawdopodobieństwo złożenia oferty korzystniejszej w następnym postępowaniu, jeżeli przedmiotowe postępowanie podlegałoby unieważnieniu w wyniku takiej weryfikacji.

II. Konkurencyjność

Sprawa nr 2. Podział zamówienia na części w celu ominięcia procedury konkurencyjności

Pytanie KK

Czy Beneficjent mógł zrezygnować z poniesienia wydatków na umowę zlecenie dla dwóch osób zaangażowanych w realizację projektu wydatku w oparciu o zasadę konkurencyjności?

Beneficjent poinformował KK, że:

- na cały okres trwania projektu planuje zaangażować łącznie 2 osoby na umowę zlecenie, tj. menedżera projektu i menedżera kreatywnego. Szacunkową wartość wydatków na umowy zlecenia

² I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Warszawa 2017 (komentarz do art. 26); M. Jaworska (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Warszawa 2018, Legalis (komentarz do art. 26).

³ Przykładowe wyroki KIO z: 19 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2056/17); 31 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 114/18); 1 marca 2018 roku (sygn. akt KIO 280/18).

ustalił w oparciu o stawkę godzinową i oszacowaną ilość godzin pracy przewidzianych na realizację zadań w projekcie;

- nie dysponuje odrębnym dokumentem określającym szacunkową wartość zamówienia dla kosztów osobowych;

- szacowane koszty kwalifikowalne określił we wniosku o dofinansowanie i nie ponawiał szacowania;

- po 31 marca 2019 r. obowiązki menedżera projektu i menedżera kreatywnego będą realizowane w ramach umowy o pracę a nie umów zlecenia jak zostało to zadeklarowane we wcześniejszej korespondencji, a zsumowana wartość zawartych umów zlecenia do 31 marca w żadnym z przypadków nie przekroczy 50 000 PLN netto.

Stanowisko DWT

Zgodnie z podręcznikiem programu Beneficjent ustala wartość szacunkową zamówienia dla projektu, jeśli nie jest podmiotowo i przedmiotowo zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych. Beneficjent ustala wartości zamówienia nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi.

Oznacza to, że Beneficjent musi dokładnie przeanalizować budżet projektu w celu zidentyfikowania tych zamówień, które się powtarzają. Zamówienia te podlegają sumowaniu. W przypadku gdy wartość powtarzających się zamówień w projekcie przekroczy 50 000 PLN netto, Beneficjent jest zobowiązany stosować zasadę konkurencyjności.

Z kalkulacji przygotowanych na potrzeby wniosku o dofinansowanie i przedstawionych przez Beneficjenta wynika, że zarówno w przypadku zatrudnienia menedżera projektu jak i menedżera kreatywnego szacowana wartość wydatków przekraczała 50 000 PLN netto. Beneficjent planował realizację tych zadań poprzez umowy cywilnoprawne. Beneficjent zadeklarował zmianę formy realizacji zadań w marcu 2019 r. w związku z pytaniami KK dotyczącymi przestrzegania zasady konkurencyjności. Przekształcenie formy realizacji obowiązków z umowy cywilnoprawnej na umowę o pracę nie zwalnia beneficjenta z dopełnienia obowiązków dla wartości zamówienia oszacowanego we wniosku o dofinansowanie w momencie zawierania pierwszych umów zlecenie z menedżerem projektu i menedżerem kreatywnym (odpowiednio lipiec i październik 2018 r.).

W omawianym przypadku Beneficjent powinien był zastosować zasadę konkurencyjności i upublicznić zapytanie ofertowe w Bazie Konkurencyjności na moment realizacji wydatków związanych z zatrudnieniem menedżera projektu jak i menedżera kreatywnego.

W takich przypadkach do pomniejszenia zastosowanie ma pozycja 3 taryfikatora: niedopełnienie obowiązku odpowiedniego ogłoszenia o zamówieniu o wartościach niższych niż określone w przepisach...". Możliwość obniżenia korekty uzależniona jest od sposobu zapewnienia konkurencyjności przez Beneficjenta. W trakcie oceny możliwości obniżenia korekty KK powinien wziąć pod uwagę wszelkie formy upowszechnienia informacji o zamówieniu, które służą zapewnieniu konkurencyjności. KK powinien je przeanalizować odrębnie w odniesieniu do każdego wydatku.