

**KWARTALNA INFORMACJA NA TEMAT INTERPRETACJI WYDAWANYCH PRZEZ DEPARTAMENT WSPÓŁPRACY
TERYTORIALNEJ (DWT)
II KWARTAŁ 2020 ROKU**

I. PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Sprawa 1. Badanie dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

Pytanie kontrolera

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunku ekonomicznego należy złożyć potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (roboty budowlane). Wykonawca przedłożył polisę OC, jednakże nie przedłożył dokumentu na potwierdzenie jej opłacenia, a zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentacji w tym zakresie.

Stanowisko DWT

Zamawiający na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu może żądać wyłącznie dokumentów, które zostały określone w *Rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* oraz jakie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji. Rozporządzenie stanowi, że w zakresie warunku ekonomicznego zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Rozporządzenie w obecnym brzmieniu nie wymienia jakie to są dokumenty (nie wskazuje, że musi to być polisa OC i dowody jej opłacenia). Wykonawca samodzielnie decyduje jaki dokument przedłoży. Wykonawca może udowodnić posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej innym dokumentem niż polisa i dowód jej opłacenia, a brak dowodu opłacenia polisy nie świadczy o braku ubezpieczenia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 listopada 2018, KIO 2340/18). W przypadku wątpliwości, czy przedłożone dokumenty są wystarczające dla udowodnienia objęcia ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, zamawiający jest uprawniony do skorzystania z wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie może natomiast żądać uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o dokumenty, których nie wymienił wprost w dokumentacji postępowania (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca 2019 r., KIO 424/19). W takiej sytuacji brak wezwania do uzupełnienia dokumentów o dowód opłacenia polisy, nie jest naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Sprawa nr 2. Moment spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pytanie kontrolera

Z dokumentacji wynika, że wykonawca przedłożył polisę OC, jednakże dokument dotyczył okresu ubezpieczenia już po terminie złożenia oferty. Zamawiający zaniechał wezwania do udzielania wyjaśnień, złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentu, który by potwierdził, że wykonawca na dzień składania ofert był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Stanowisko DWT

Wykonawca jest zobowiązany wykazać – pod rygorem wykluczenia z postępowania – spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, co potwierdza swoim oświadczeniem załączonym do oferty. Taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogą być wystawione z datą bieżącą, ale wezwany wykonawca ma potwierdzić stosowne fakty, których dotyczy oświadczenie wstępne, wymaganymi dokumentami o treści korespondującej z terminem składania ofert (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/17).

Sytuacja podmiotowa wykonawcy powinna być zgodna z postawionymi warunkami w całym okresie postępowania, zarówno na etapie przystąpienia do niego, jak i w jego toku oraz ostatecznie na moment zawarcia umowy. Posiadanie odpowiedniej zdolności podmiotowej, musi trwać w sposób nieprzerwany, chociaż weryfikacja odbywa się w konkretnych momentach (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 kwietnia 2019, KIO 685/19). Przy tym należy zwrócić uwagę, że spełnienie warunku w całym okresie postępowania może być wykazane różnymi dokumentami na różnych etapach postępowania, np. różne polisy na dzień składania ofert i w toku postępowania.

Sprawa nr 3. Wymóg doświadczenia.

Pytanie kontrolera

Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie warunku dot. zdolności technicznej należy złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie. Przy tym należy podać ich rodzaj, wartość, daty, miejsca wykonania i podmioty, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. W celu potwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia wykonawca wykazał się robotą, która na dzień składania ofert oraz na dzień uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp była w trakcie realizacji.

Jako dowód wykonania prac wykonawca przedstawił częściowe protokoły odbioru. W ocenie kontrolera (KK) wystawione poświadczenie nie stanowi dowodu, który potwierdza, że roboty budowlane zostały wykonane należyście (w szczególności z informacjami o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone).

Stanowisko DWT

Rozporządzenie¹ stanowi, że potwierdzeniem należytego wykonania usług są referencje, ale też inne dokumenty, wystawione przez podmiot na rzecz którego te usługi były świadczone. Jednocześnie w przepisach nie wskazano, że w składanych dokumentach ma zostać użyty zwrot "należyście". A zatem każdy sposób wykazania prawidłowości, poprawności, zgodności z umową zrealizowanej usługi należy uznać za prawidłowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 listopada 2019, KIO 2121/19). Opierając się na wyroku KIO należy uznać, że protokoły odbioru mogą stanowić potwierdzenie należytego wykonania zadania, w szczególności gdy nie zawierają żadnych informacji na temat ewentualnych zastrzeżeń wobec sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, nie ma w ich treści twierdzeń czy uwag dotyczących nienależytego wykonania prac, zamiaru naliczenia kar umownych, czy nieterminowej realizacji umowy, a zamawiający nie wnosi żadnych uwag do realizacji umowy.

Jeśli wyodrębniona część prac odebrana protokołem częściowym w ramach nieukończonego zadania odpowiada warunkom udziału w postępowaniu, to doświadczenie to może zostać wykorzystane w ramach uznania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Decydujący będzie zakres wykonanych prac i ich relacja do postawionych w postępowaniu warunków.

Sprawa nr 4. Podpis pod ofertą.

Pytanie kontrolera

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp mimo, że oferta nie została podpisana przez wykonawcę.

Stanowisko DWT

Dla oceny czy oferta podlega odrzuceniu ze względu na niezachowanie wymaganej formy pisemnej, znaczenie ma treść informacji zawartych w formularzu ofertowym oraz okoliczność, czy brak jest podpisu wykonawcy pod oświadczeniem woli. Z punktu widzenia ważności oferty znaczenie ma, czy istotne postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego znalazły się w podpisanej części formularza ofertowego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 lipca 2018 r., KIO 1381/18). W takim przypadku mimo braku podpisu w innej części formularza oferta może zostać uznana za ważną.

¹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Sprawa nr 5. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia.

Pytanie kontrolera

W ofercie Wykonawcy oświadczenie ws. braku podstaw do wykluczenia, tj. punkt, w którym wykonawca oświadcza, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp został wykreślony. Przedłożone do kontroli dokumenty nie potwierdzają więc, że wyłoniony w postępowaniu wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Stanowisko DWT

Wykonawca zobowiązany jest do spełnienia wszystkich stawianych warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku niepełnego oświadczenia dotyczącego braku podstaw do wykluczenia zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie tej czynności prowadzi do naruszenia przepisów ustawy.

Sprawa nr 6. Błąd zamawiającego w SIWZ – poprzez określenie w przedmiocie zamówienia parametrów pojazdu nieistniejącego na rynku – a naruszenie przepisów ustawy pzp.

Pytanie kontrolera

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający zażądał pojazdu nieistniejącego na rynku (podana błędna moc silnika, w jednostce kW zamiast KM). W postępowaniu wpłynęła jedna oferta, w której oferowane parametry pojazdu odpowiadały błędnym parametrom określonym przez zamawiającego. Na etapie kompletowania dokumentacji do umowy wykonawca zauważył błąd w SIWZ i jednocześnie przyznał, że ten sam błąd powielił w swojej ofercie. Zamawiający nie odniósł się do pisma wykonawcy w tej sprawie, a strony zawarły umowę, w której nadal widniały błędne parametry mocy silnika.

W ocenie KK w zamówieniu doszło do oczywistej omyłki pisarskiej. Kontroler zgłosił wątpliwość czy nastąpiło naruszenie ustawy Pzp i czy naruszenie można uznać za błąd „formalny”, nie wpływający na wynik postępowania i tym samym nie skutkujący nałożeniem korekty finansowej. Do treści SIWZ wpłynęły zapytania od potencjalnych wykonawców, ale żadne z nich nie dotyczyło mocy silnika. Błędna moc silnika nie została zauważona przez potencjalnych wykonawców, stąd nie odgrywała żadnej roli w podjęciu decyzji o przystąpieniu do postępowania.

Stanowisko DWT

Orzecznictwo w zakresie interpretacji art. 87 ustawy Pzp może być pomocne dla określenia charakteru popełnionego błędu, a tym samym określenia czy strony zawarły ważną umowę. Jak wskazują orzeczenia izby, (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2012 r. KIO 842/12, 849/12) tego typu błąd należy traktować jako oczywistą omyłkę pisarską. Mając na uwadze powyższe oraz to, że potencjalni wykonawcy nie zgłosili zapytań do tej części SIWZ, można uznać, że oczekiwania zamawiającego – pomimo błędnego zapisu w SIWZ – były oczywiste dla wykonawców. Ustawa Pzp nie daje odpowiedzi na pytanie czy w wyniku błędu zamawiającego, zawarł on ważną umowę z wykonawcą i odsyła do przepisów Kodeksu cywilnego (kc). Zgodnie z

art. 65 ust. 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, niż opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Zamawiający i wykonawca przed podpisaniem umowy „porozumieli się” co do tego, że w postępowaniu był błąd. Podpierając się przepisami kc, art. 65 ust. 1, należy stwierdzić, że oświadczenia woli obu stron były dla stron umowy jasne. DWT zwrócił się do KK o ponowną analizę i uzyskanie opinii prawnej, w szczególności w kwestii naruszenia art. 7 ust 1 poprzez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia lub art. 93 ust 1 pkt 7, tj. zawarcia wadliwej umowy.

Decyzja Kontrolera

KK zadecydował, iż użycie błędnego oznaczenia mocy silnika było błędem o charakterze oczywistej omyłki pisarskiej. Powyższe spowodowało naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, jednakże bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a samo naruszenie nie spowodowało zaburzenia równego dostępu do zamówienia.

Powyższe wpłynęło również na brak możliwości stwierdzenia naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ stwierdzona w postępowaniu wada musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale musi też wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Niedostatecznie precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia nie zalicza się do katalogu przypadków wymienionych w art. 146 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, a także nie miało wpływu na wynik postępowania o zamówienie publiczne.

Sprawa nr 7. Oczywista omyłka rachunkowa.

Pytanie kontrolera

Formularz oferty wymagał wpisania przez wykonawców: kwoty brutto, kwoty netto oraz kwoty podatku VAT. Wykonawca popełnił błąd wpisując kwotę podatku VAT stanowiącą w przeliczeniu 8,13% kwoty netto. Zamawiający poprawił ofertę wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, traktując ww. błąd jako oczywistą omyłkę rachunkową. Zamawiający poprawił kwoty w taki sposób, że kwota brutto pozostała niezmienną. Ww. oferta oceniona została jako najkorzystniejsza. KK zgłosił wątpliwość czy zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 ustawy Pzp wybierając jako najkorzystniejszą ofertę podlegającą odrzuceniu. Zamawiający nie określił w SIWZ stawki VAT, w opinii KK nie mogło zatem dojść do omyłki w rozumieniu art. 87, ponieważ nie wystąpiła ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów.

Stanowisko DWT

W opinii DWT w omawianym przypadku mamy do czynienia z błędem, który można poprawić w trybie art. 87 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09 z 29 stycznia 2010 r.). Zgodnie z ww. wyrokiem poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy oraz poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Stawki VAT są określone z mocy prawa. W omawianym przypadku, na artykuł objęty zamówieniem obowiązuje tylko stawka VAT 8%. Stąd, omyłkę należy traktować jako omyłkę rachunkową, która nastąpiła w wyniku oczywistej omyłki pisarskiej. Istotne jest też, że zamawiający nie zmienił w ofercie ceny brutto, którą wykonawca zaoferował. Zamawiający porównując ceny ofert porównuje ceny brutto. Zatem pomyłka w cenie netto i stawce VAT nie miała wpływu na zasadę uczciwej konkurencji. W opinii DWT czynności zamawiającego mają cechy wymienione w ww. wyroku, a tym samym błąd kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2. pkt 2 ustawy Pzp.

Sprawa nr 8. Niespójność w dokumentacji oraz określenie warunków umowy niezgodnie z SIWZ.

Zamawiający we wzorze umowy określił okres obowiązywania umowy jako: „umowa zostaje zawarta na okres do dnia otrzymania przez zamawiającego końcowej płatności (...)”. Termin ten nie był tożsamy z terminem wskazanym w SIWZ i wzorem oferty załączonym do SIWZ, w których zamawiający zamieścił zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia do dnia 31 maja 2021 r.

W postępowaniu złożono tylko jedną ofertę, w której wykonawca zobowiązał się do realizacji zamówienia w terminie do dnia 31 maja 2021 r. Strony podpisały umowę w brzmieniu jak we wzorze, tj. z terminem realizacji innym niż określony w SIWZ i ofercie.

KK zgłosił wątpliwość czy niespójne treści dokumentów oraz podpisanie umowy o treści innej niż wskazywał SIWZ powodują nieważność umowy.

Stanowisko DWT

Opisana rozbieżność w dokumentach nie naruszyła zasady równego dostępu do zamówienia dla potencjalnych wykonawców, gdyż każdy miał dostęp do takiego samego zakresu informacji. Ponadto, treść ogłoszenia i wzór oferty w SIWZ były zbieżne, a jedynie wzór umowy zawierał inny termin realizacji zadania. Nie można zatem uznać, że doszło do naruszenia polegającego na niezgodności treści ogłoszenia z SIWZ, bo niespójność zaszła w samym SIWZ. Termin realizacji zamówienia nie stanowił też kryterium oceny ofert w tym zamówieniu.

Warunki określone we wzorze umowy nie zostały zmienione przy jej podpisaniu. Wykonawca wyraził w umowie wolę przyjęcia na siebie zobowiązania innego niż wskazane w ofercie. Dla rozstrzygnięcia czy strony zawarły ważną umowę zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego (kc) odwołujące się do ogólnych zasad wyznaczających granice swobody umów, przewidzianych w art. 353(1) tej ustawy. Jak wynika z ww. przepisu strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem swoboda umów stanowi w istocie swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego przez umowę, obejmuje zatem nie tylko umowy tworzące stosunek zobowiązaniowy, ale także umowy zmieniające ten stosunek oraz rozwiązujące go (wyrok SN z dnia 18 stycznia 2001r., sygn. akt: V CKN 193/00).

W opinii DWT rozbieżności powstałe w samym SIWZ należy uznać za błąd formalny nie mający wpływu na wynik postępowania. W zakresie ważności zawartej umowy należy uznać, że nie nastąpiło naruszenie przepisów art. 353(1) kc oraz art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zatem strony zawarły ważną umowę.

Sprawa nr 9. Niespójność ogłoszenia o zamówieniu z SIWZ

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu określił datę złożenia i otwarcia ofert o jeden dzień wcześniejszą niż ta określona w SIWZ. Jako datę właściwą zamawiający uznał datę określoną w ogłoszeniu, traktując ww. błąd jako oczywistą omyłkę pisarską. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, obie w terminie wynikającym z ogłoszenia. Kontroler zgłosił wątpliwość czy zamawiający dochował zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanowisko DWT

Ustawa Pzp przewiduje minimalny zakres informacji, jakie powinny zostać zawarte w ogłoszeniu (art. 41) oraz tych, które zamawiający zamieszcza w SIWZ (art.36). Nie oznacza to, że dokumenty te zawsze będą tożsame, gdyż inne jest ich przeznaczenie i funkcja w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotne jest jednak zachowanie spójności obu dokumentów. Norma zgodności treści SIWZ z treścią ogłoszenia wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców, wyrażonego w art. 7 ust.1 ustawy. Fakt wpisania w ogłoszeniu o zamówieniu innej daty złożenia ofert i ich otwarcia niż w SIWZ jest rozbieżnością, która może bezpośrednio wpłynąć na postępowanie. Tym samym, w opinii DWT naruszenie to mogło mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców i na rozstrzygnięcie przetargu, co potencjalnie powodować mogło szkodę w budżecie UE.

Sprawa nr 10. Interpretacja UZP ws. dopuszczalności zawierania aneksów do umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu przewidzianego na wykonanie tego zamówienia w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanowisko UZP przekazane do MFiPR

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1-6 tego przepisu. Zmiana umowy o zamówienie będzie zatem dopuszczalna, jeśli będzie odpowiadać co najmniej jednej z przesłanek ww. artykułu. Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (kc), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W kontekście zagadnienia przedstawionego przez wnioskodawcę, mając na względzie ww. odesłanie do przepisów kc, konieczne jest również odwołanie się do ogólnych zasad wyznaczających granice swobody umów, przewidzianych w art. 353(1) tej ustawy. Jak wynika z ww. przepisu strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem swoboda umów stanowi w istocie swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego przez umowę, obejmuje

zatem nie tylko umowy tworzące stosunek zobowiązaniowy, ale także umowy zmieniające ten stosunek oraz rozwiązujące go (wyrok SN z dnia 18 stycznia 2001r., sygn. akt: V CKN 193/00). Analiza dotycząca tego, czy zawarcie aneksu do umowy nie wykracza poza normy przewidziane w art. 353(1) kc winna odnosić się zarówno do treści stosunku prawnego rozumianej jako treść postanowień określających prawa i obowiązki stron, jak również do jego celu tj. skutku który ma być osiągnięty w następstwie wykonania tych postanowień. Z samego tylko faktu, że aneks zmieniający umowę w sprawie zamówienia publicznego został zawarty po upływie terminu przewidzianego na wykonanie tego zamówienia nie można wywodzić, że zmiana umowy jest niezgodna z art. 353(1) kc, ani z art. 144 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp, ani w inny sposób niedopuszczalna. Zamawiający może zatem zmienić umowę o zamówienie publiczne po upływie terminu na wykonanie świadczenia głównego, pod warunkiem, że zmiana ta jest zgodna z treścią art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Sprawa nr 11. Interpretacja UZP dot. wyliczenia łącznej wartości zmian umowy zgodnie z postanowieniami art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Stanowisko UZP przekazane do MFiPR

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Ww. przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 72 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który przewiduje, że „ponadto i bez konieczności sprawdzania, czy warunki określone w ust. 4 lit. a)-d) zostały spełnione, umowy można również modyfikować bez konieczności przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą, gdy wartość modyfikacji jest niższa niż obie następujące wartości: (i) progi określone w art. 4; oraz (ii) 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz niższa niż 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane. Niemniej jednak modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. W przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie łącznej wartości netto kolejnych modyfikacji”.

Analiza ww. przepisów pozwala na stwierdzenie, że modyfikacja umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o ww. podstawę prawną jest dopuszczalna, jeśli pociąga za sobą nieznaczną zmianę jej wartości. Przepisy te pozwalają na wielokrotne dokonywanie zmian, z zastrzeżeniem, że ich łączna wartość nie może przekroczyć wartości w nich określonych. Powyższe wskazuje, że w ramach określonych w przepisach wartości granicznych zmian umowy tj. 10% i 15% wartości wynagrodzenia, należy uwzględnić zarówno zmiany umowy zwiększające jak i zmniejszające zakres świadczenia. Ustawa Pzp jak i dyrektywa klasyczna odwołują się bowiem

ogólnie do zmian wartości wynagrodzenia a nie tylko takich, które towarzyszą zmianom polegających na jego zwiększeniu (zmiana zmniejszająca wartość zamówienia także ma wymierną wartość). Konieczne jest zatem łączne uwzględnianie skumulowanej wartości poszczególnych zmian. Zatem na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia zarówno: potrącanie wartości zmian dokonanych in minus ze zmianami in plus, jak również pomijanie w obliczeniach zmian zmniejszających wartość umowy np. z uwagi na zaniechanie realizacji określonych świadczeń i opieranie się tylko na zmianach tę wartość zwiększających.

Wartość umowy jaka stanowi punkt odniesienia dla ww. zmian, należy wskazać, że chodzi o zwaloryzowaną wartość pierwotnie zawartej umowy, jednak bez uwzględnienia ewentualnych późniejszych modyfikacji innych niż indeksacja (waloryzacja). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 72 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE do celów obliczenia ceny wspomnianej w ust. 2 (de minimis) i ust. 1 lit. b) (zamówienia dodatkowe) i c) (zmiana nieprzewidywalna), aktualizowana cena jest wartością referencyjną, w przypadku gdy umowa zawiera klauzulę indeksacji. Przepis ten został przeniesiony na grunt prawa polskiego najpierw w art. 144 ust. 1d ustawy Pzp, a następnie w art. 455 ust. 4 nowego PZP. Zgodnie zatem z art. 144 ust. 1d ustawy Pzp, jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 lit. b i pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień.

II. KONKURENCYJNOŚĆ

Sprawa nr 1. Wartość progów zamówień w kontekście ustalania właściwych minimalnych terminów składania ofert.

Stanowisko MFiPR

Stanowisko sformułowane zostało w związku z wątpliwościami zgłaszanymi przez poszczególne IZ do punktu 6.5.2.10) Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków (...)², dotyczącymi wartości progów zamówień dla ustalania właściwych minimalnych terminów składania ofert.

Przepisy nie podają wprost kwot wartości zamówień, od których uzależniony jest minimalny termin składania ofert. Odsyłają w przedmiotowym zakresie do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (dalej: rozporządzenie). W związku z tym, zaleca się uwzględnianie w procedurze zasady konkurencyjności progów wyższych, właściwych odpowiednio dla usług i dostaw. Zgodnie z obecnym brzmieniem rozporządzenia jest to równowartość 214 000 euro. Jeśli chodzi o wartość zamówień sektorowych, właściwym progem jest kwota będąca równowartością 428 000 euro.

² W przypadku programów EWT i EIS przepisy Wytycznych przeniesione zostały do właściwych podręczników programowych (patrz: zasada konkurencyjności).

Dla zamówień sektorowych poniżej ww. progu, termin minimalny wynosi 14 dni, a powyżej tego progu – minimum 30 dni.

W procedurze zasady konkurencyjności, obowiązujące terminy minimalne należy uznać za odpowiednio długie. To oznacza, że w procedurze zasady konkurencyjności (inaczej niż jest to w przypadku zamówień podlegających przepisom ustawy Pzp, w szczególności art. 9a Pzp), zamawiający, stosując prawidłowo terminy minimalne, nie musi uzasadniać, że uwzględnił złożoność zamówienia w wymiarze terminu, jaki wyznaczył. Należy przyjąć, że – co do zasady – określony w Wytycznych/przepisach termin minimalny uwzględnia w swoim wymiarze także złożoność zamówienia oraz ewentualny czas potrzebny na sporządzenie oferty.

III. KWALIFIKOWALNOŚĆ WYDATKÓW

Sprawa nr 1.

Pytanie WST

Czy kary umowne pomniejszają wydatki kwalifikowalne w projektach Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa oraz jak je należy rozliczać w raportach.

Stanowisko DWT

Kary umowne (w tym kary za odstąpienie od umowy, czy kary za opóźnienie) nie stanowią dochodu w projekcie, nie pomniejszają wydatków kwalifikowalnych w projekcie. Kary umowne mogą być rozliczone w raportach w następujący sposób:

Sposób 1. Faktura wystawiona na pełną wartość zlecenia (100%). Jeśli faktura jest wystawiona przez wykonawcę na pełną wartość zlecenia, bez pomniejszenia o kary umowne, w raporcie **należy zaakceptować 100% wartości faktury**. Dotyczy to następujących sytuacji:

- Beneficjent zapłacił 100% wartości faktury, a następnie odzyskał wartość kary umownej.
- Beneficjent zapłacił wykonawcy kwotę pomniejszoną o wartość kary umownej (czyli 100% wartości faktury minus wartość kary umownej). Stanowi to wyjątek od zasady faktycznego poniesienia wydatku.

Potrącenie kwoty kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy należy traktować jako potrącenie (na zasadzie kompensaty).

Sposób 2. Faktura wystawiona na wartość zlecenia pomniejszoną o kary umowne. Jeśli faktura była wystawiona od razu przez wykonawcę o wartość pomniejszoną to w raporcie **należy zaakceptować tę kwotę, która jest na fakturze**.