

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

IV KWARTAŁ 2020 ROKU

I. PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Sprawa 1. Warunek udziału w postępowaniu

Tryb: wolna ręka, dostawy

Pytanie kontrolera

Zamawiający (gmina) przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki po zaproszeniu do negocjacji jednego wykonawcy. Przestanką wyboru trybu z wolnej ręki było unieważnienie postępowania prowadzonego uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, w którym nie wpłynęła żadna oferta. Warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat minimum 2 dostaw, każda o wartości co najmniej 100 000 zł brutto.

Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykazał 3 dostawy z cenami: 84 453,11 zł, 149 379,00 zł i 75 376,64 zł. Wykonawca złożył wyjaśnienie, że dostawa w kwocie 84 453,11 zł została zrealizowana dla szkoły. Z uwagi na charakter odbiorcy zastosowanie miała 0% stawka podatku VAT¹, która w przypadku odbiorcy nie będącego placówką edukacyjną wynosiłaby 23%. Wówczas wartość zamówienia brutto przekraczałaby kwotę 100 000 zł.

Zdaniem KK zamawiający popełnił naruszenie polegające na braku pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp.

¹ art. 43 ust 9. oraz art. 83 ust. 1 pkt 26 lit a oraz ust 13, 14, 15 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług

Stanowisko DWT

Zamawiający precyzyjnie określił warunek udziału w postępowaniu, tj. zrealizowanie co najmniej 2 dostaw o cenie nie niższej niż 100 000 zł brutto każda. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi to naruszenie art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Warunek został określony prawidłowo w świetle wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 15.02.2005 r. V Ca 2981/04, zgodnie z którym „pod pojęciem «ceny» należy na gruncie Prawa zamówień publicznych rozumieć cenę brutto (a więc z naliczonym VAT). Taką cenę zamawiający powinien przyjąć na potrzeby oceny i porównania ofert”.

Wyjaśnienie złożone przez Wykonawcę nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zawarł umowę z Wykonawcą wiedząc, że Wykonawca przedstawił informację o zrealizowaniu tylko jednej dostawy powyżej 100 000 zł brutto. Zamawiający, na etapie przygotowania postępowania z wolnej ręki z określonym warunkiem udziału w postępowaniu, mógł zbadać rynek w zakresie wartości dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Sprawa 2. Forma dokumentów

Tryb: przetarg nieograniczony (procedura odwrócona na podstawie art. 24aa ustawy), dostawy, roboty budowlane (2 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte w 2020 r.)

Pytanie kontrolera

Zamawiający, na podstawie art. 10c ustawy odstąpił od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu ofert. W siwz został określony wymóg zachowania formy pisemnej dla ofert oraz dokumentów składanych przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2, ust. 2f, ust. 3 ustawy. Oferty wraz z oświadczeniami wstępnymi zostały sporządzone i złożone w formie pisemnej. Natomiast w wezwaniu do złożenia dokumentów zamawiający określił, że dokumenty i oświadczenia mogą być złożone w formie pisemnej lub

elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawcy uzupełnili dokumenty z zachowaniem zasad określonych w wezwaniu, tj. za pomocą środków komunikacji elektronicznej opatrując je kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający zweryfikował dokumenty i udzielił zamówień.

KK zwrócił uwagę na możliwość naruszenia określonych przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert i zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy złożyli dokumenty w formie niezgodnej z siwz, przez co nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu. Zamawiający przywołał wyrok KIO 169/19 z 13.02.2019 r. wskazując, że złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania stawiane formie pisemnej bez względu na rygor. W wyroku tym wskazano również, iż o ile złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania stawiane formie pisemnej bez względu na rygor, o tyle złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej może już nie spełniać wymagań formy elektronicznej.

KK zwrócił się z prośbą o zajęcie stanowiska, czy w świetle postanowień siwz co do wymogu zachowania formy pisemnej prawidłowe było działanie zamawiającego polegające na dopuszczeniu w trakcie postępowania możliwości złożenia za pomocą środków komunikacji elektronicznej dokumentów i oświadczeń w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stanowisko DWT

Głównym przedmiotem oceny powinno być to, czy zastosowanie przez zamawiającego art. 10c ustawy Pzp było uprawnione zgodnie z przesłankami określonymi w tym przepisie.

Jeśli w postępowaniach wystąpiła przesłanka z art. 10c ustawy, to formę dokumentów złożonych zgodnie z wezwaniem zamawiającego można uznać za uchybienie bez skutków finansowych. Za takim podejściem przemawia zarówno fakt dostosowania się wykonawców do wymagań z wezwania do złożenia dokumentów jak i orzecznictwo KIO w zakresie dokumentów.²

² § 2 rozporządzenia zmieniającego rozporządzenie w sprawie dokumentów z 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1993); orzecznictwo KIO w zakresie dokumentów, np. wyroki KIO nr: KIO 169/19 z 13.02.2019 r., KIO 1686/10 z 13.09.2019 r., KIO 505/19 z 5.04.2019 r., KIO nr 375/20 z 10.03.2020 r.

Sprawa komunikacji elektronicznej jest regulowana przez przepisy bezwzględnie obowiązujące. Na mocy art. 10a ustawy Pzp istnieje obowiązek prowadzenia postępowania (w tym: składanie ofert) za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Od tego obowiązku mogą być odstępstwa – ale tylko takie, które przewiduje art. 10c ust 1 ustawy Pzp. Odstąpienie od formy elektronicznej nie jest uprawnieniem zamawiającego lub jego swobodną decyzją, gdyż ww. przepis zawiera zamknięty katalog przesłanek.

Jeśli nie wystąpiła przesłanka pozwalająca na odstąpienie od obowiązku nałożonego na zamawiającego na mocy art. 10a Pzp, to oznacza, że doszło do naruszenia prawa, które należy ocenić w świetle definicji nieprawidłowości. Naruszenie prawa w zakresie obowiązku komunikacji elektronicznej mogło mieć wpływ na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców i stanowić naruszenie zasad udzielania zamówień, czyli otwarcia na konkurencję oraz równego traktowania wykonawców. W tym kontekście bezpodstawne wykluczenie komunikacji elektronicznej może oznaczać negatywne skutki finansowe dla beneficjenta.

UWAGA: W nowym prawie Pzp ustawodawca zrezygnował z odwołania się do formy pisemnej wskazanej w art. 78 KC. W uzasadnieniu do ustawy podkreślono, że pojęcia „pisemnie” nie można utożsamiać z formą pisemną oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 KC. Nowa ustawa Pzp wprowadza zasadę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się pisemnie, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. Pisemność jest zdefiniowana jako sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.³ Zasadą jest, że komunikacja odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, poza wyjątkami dopuszczonymi w ustawie. Dla wielu istotnych czynności w postępowaniu został przypisany obowiązek stosowania konkretnej, dopuszczonej formy lub form.

³ Art. 20 ust. 1 i art. 7 pkt 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.).

II. KWALIFIKOWALNOŚĆ WYDATKÓW

Sprawa 1. Kwalifikowalność wydatku za audyt raportu końcowego w Programie PBU 2014-2020 – nabór drugi i trzeci dla mikroprojektów

Pytanie audytora

Czy faktura za audyt projektu (dot. mikroprojektu) może być zapłacona po zakończeniu okresu realizacji projektu?

Stanowisko DWT

Instytucja Zarządzająca dopuszcza możliwość zapłaty za audyt raportu końcowego projektu po okresie wdrażania, pod warunkiem, że Beneficjent wymieni ten wydatek w sprawozdaniu końcowym projektu wraz z przewidywaną datą płatności.

Przewidywana data płatności za audyt wskazana w sprawozdaniu końcowym nie może być jednak dłuższa niż 3 miesiące od daty złożenia raportu końcowego przez Beneficjenta do WST. Beneficjent powinien opisać wydatek w liście dokumentów potwierdzających poniesienie wydatku, w polu „uwagi” jako „Wydatek nieopłacony – przewidywana data płatności”.

Korzystając z tej możliwości Beneficjent musi przedstawić do WST potwierdzenie wykonania przelewu za audyt w terminie do 14 dni od daty faktycznej zapłaty lub na prośbę WST w terminie wcześniejszym (na przełomie roku obrachunkowego programu). Potwierdzenie takie jest następnie przesyłane do IZ.

Sprawa 2. Weryfikacja administracyjna wniosku o płatność w zakresie pomocy publicznej

Pytanie kontrolera

KK zwrócił się o interpretację pytania (nr 44) z listy sprawdzającej do weryfikacji administracyjnej wniosku o płatność: *Czy w trakcie realizacji projektu zidentyfikowano przesłanki świadczące o wystąpieniu nieprzewidzianej w umowie o dofinansowanie pomocy publicznej (dotyczy pomocy udzielonej beneficjentowi oraz udzielonej przez beneficjenta)?*

Czy projekt należy rozumieć literalnie jako całość działań wszystkich partnerów, czy pytanie

nr 44 i tym samym ocena kontrolera ma ograniczać się do realizacji działań w projekcie przez konkretnego partnera w konkretnym wniosku o płatność?

Stanowisko DWT

Ocena kontrolera odnosi się do konkretnych działań realizowanych przez konkretnego partnera w projekcie. W związku z tym w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 44 z listy sprawdzającej, KK udziela odpowiedzi pozytywnej lub negatywnej. Treść odpowiedzi zależy od tego czy KK zidentyfikuje lub nie przesłanki wystąpienia nieprzewidzianej pomocy publicznej w odniesieniu do realizowanych działań partnera w projekcie.

Potwierdzam zgodność kopii z dokumentem elektronicznym:

Identyfikator dokumentu	1700741.5023984.3745060
Nazwa dokumentu	Biuletyn interpretacji DWT za IV kw 2020.pdf
Tytuł dokumentu	Biuletyn interpretacji DWT za IV kw 2020
Sygnatura dokumentu	DWT-IV.6642.8.2021
Data dokumentu	2021-03-15 14:03:59
Skrót dokumentu	8EB0665BCD54C37AC0FA2DA2B557423C62262A A1
Wersja dokumentu	1.6
Data podpisu	2021-03-15
Podpisane przez	Magdalena Bednarczyk-Sokół; MFiPR Zastępca Dyrektora Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego karta
Akceptacja	Rudzińska Magdalena, 2021-03-12 16:47:51, wersja 1.4 (naczelnik wydziału, Departament Współpracy Terytorialnej (DWT), Wydział Systemów Zarządzania i Kontroli (DWT-IV)) Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej
	EZD 3.100.1.1.32243
Data wydruku:	2021-03-16 10:01:01
Autor wydruku:	Chowicka Ewa