

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

III KWARTAŁ 2021 ROKU

I. PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Sprawa 1. Określenie minimalnego terminu realizacji zamówienia jako kryterium oceny.

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Pytanie kontrolera krajowego (KK)

Zamawiający przeprowadził postępowanie na roboty budowlane obejmujące przebudowę i rozbudowę targowiska miejskiego. W SIWZ zdefiniował następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena ofertowa brutto (waga 60%);
- 2) termin realizacji zadania (waga 20%);
- 3) długość okresu gwarancji (waga 20%).

Kontroler krajowy zgłosił wątpliwości dotyczące zasad przyznania punktacji w kryterium nr 2 tj. określenie minimalnego terminu na realizację zamówienia – 6 miesięcy.

Stanowisko DWT

W przypadku, gdy zamawiający decyduje się na zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem, w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Opis kryteriów oceny ofert powinien charakteryzować się taką szczegółowością, kompletnością i jednoznacznością, aby umożliwić każdemu, znającemu ich treść, przeprowadzenie obiektywnej oceny.

Opis kryteriów oceny sporządza zamawiający, jako posiadający największą wiedzę dot. przedmiotu zamówienia, w szczególności jego cech i uwarunkowań (tego co jest najważniejsze z punktu widzenia zamawiającego).

Zamawiający przewidując zastosowanie kryterium terminu wykonania zamówienia powinien określić przedział czasowy, w którym oczekuje wykonania zamówienia, obejmującego maksymalny akceptowalny przez niego czas realizacji zamówienia. Uzasadnione może być również wskazanie minimalnego, realnego do dotrzymania terminu, tak żeby nie wymuszać terminów zbyt krótkich, które w efekcie mogą mieć negatywny wpływ na jakość świadczenia. Minimalny termin jest dla

zamawiającego wariantem najbardziej optymistycznym, jednocześnie również racjonalnym, dla określonych w zamówieniu robót budowlanych.

Sprawa 1. Roszczenia podwykonawcy o zapłatę za dostarczone towary.

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Pytanie kontrolera krajowego

W postępowaniu wybrano Wykonawcę, który w trakcie realizowania robót korzystał z usług innego przedsiębiorstwa (dostawa materiałów budowlanych na potrzeby realizacji inwestycji). Wykonawca nie zapłacił w terminie za dostarczone towary, w związku z tym, podwykonawca zwrócił się bezpośrednio do zamawiającego o zapłatę, wskazując na treść art. 143c ustawy pzp.

Wykonawca przedstawił zamawiającemu kopię umowy o współpracy z ww. przedsiębiorstwem na sukcesywną dostawę wyrobów budowlanych na potrzeby wykonania inwestycji (brak poświadczenia zgodności). Jednocześnie oświadczył, że w jego ocenie przedsiębiorstwo to nie jest podwykonawcą w rozumieniu ustawy pzp, a kwestia rozliczeń z tytułu należności za niezapłacone faktury należy wyłącznie do stosunków gospodarczych między nim a tym przedsiębiorstwem.

W toku analizy sprawy zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienia i pisemne uwagi odnośnie zasadności bezpośredniej zapłaty. Wykonawca potwierdził zasadność roszczeń podwykonawcy oraz fakt, że dostarczone materiały zostały użyte w realizacji zamówienia. Zgodził się również na potrącenie kwot wskazanych faktur ze swojego wynagrodzenia.

Zamawiający uznał, że dostawca jest podwykonawcą i przysługują mu słuszne roszczenia o zapłatę bezpośrednią.

Kontroler krajowy zgłosił wątpliwości co do uznania przez zamawiającego podwykonawcy w rozumieniu przepisów ustawy pzp, wbrew opinii wykonawcy, który nie uznał swoich powiązań z przedsiębiorstwem za podwykonawstwo, a także wbrew zapisom art. 143b ust. 8 ustawy pzp (poświadczona za zgodność kopia umowy).

Stanowisko DWT

Wykonawca, przedstawiając kopię umowy o współpracy z podwykonawcą na dostawy materiałów do realizacji zamówienia na roboty budowlane, nie poświadczył jej za zgodność z oryginałem (art. 143 c ust 2 pzp). Brak reakcji zamawiającego na wadliwe przedstawienie umowy należy traktować jako błąd formalny. Nie zwalnia on jednak z obowiązku bezpośredniej zapłaty, jeżeli wykonawca nie zapłacił podwykonawcy, pomimo dostarczenia towarów.

Należy również wskazać, że zawarta umowa, której kopię przedstawiono zamawiającemu, spełnia przesłanki umowy o podwykonawstwo określone w art. 2 pkt 9b ustawy pzp. Została ona zawarta w formie pisemnej, przysługuje na jej podstawie płatność podwykonawcy, a jej przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego realizowanego przez wykonawcę wybranego przez zamawiającego (zostało to potwierdzone w przeprowadzonym przez zamawiającego postępowaniu wyjaśniającym).

Sprawa 3. Zmiana umowy o wykonanie zamówienia.

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Pytanie kontrolera krajowego

Zamawiający zawarł umowę o wykonanie robót budowlanych polegających na rewitalizacji parku o pow. ponad 50 ha. W załączniku do umowy został wyszczególniony zakres prac: m.in. odtworzenie historycznego przebiegu ścieżek, budowa altany, punktu informacyjnego, pawilonu, strzelnicy. Wykonawca zobowiązał się wykonać zamówienie według harmonogramu rzeczowo - finansowego w terminie 15 miesięcy od dnia podpisania umowy. Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z dokumentacją i miejscem prowadzenia robót oraz że warunki prowadzenia robót są mu znane. W ww. dokumentacji znalazły się m. in. inwentaryzacja drzewostanu parkowego i zestawienie drzew do wycinki.

Po upływie roku od dnia zawarcia umowy strony podpisały aneks, w którym ograniczyły przedmiot zamówienia m.in. o:

- budowę pawilonu,
- remont strzelnicy,
- wykonanie ścieżek i dróg parkowych o powierzchni ok. 10 000 m²,
- prace związane z zielenią na wyłączonym obszarze 23 ha (poza usunięciem gałęzi itp.).

Zmniejszono kwotę zamówienia o 9 %.

Zawarcie aneksu strony uzasadniły wystąpieniem sytuacji niemożliwej do przewidzenia: w celu odtworzenia historycznego przebiegu dróg i ścieżek w parku konieczna byłaby dodatkowa wycinka drzew, co się wiąże z dodatkowymi kosztami i uzyskaniem stosownych pozwoleń. Jako podstawę aneksu przywołano:

- art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp: zmiana umowy o wykonanie zamówienia publicznego może zostać wprowadzona w przypadku, gdy konieczność zmiany wynika z okoliczności, których

zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy,

- § 20 ust. 1 pkt 4 umowy: zmiana umowy w zakresie zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ jest możliwa pod warunkiem, że wykonanie całości przedmiotu zamówienia napotyka istotne trudności, w szczególności spowodowane brakiem uzyskania planowanego dofinansowania ze środków zewnętrznych.

KK stwierdził, że nie wystąpiły przesłanki, które strony przywołały w aneksie. Zatem umowa została zmieniona z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy pzp. Kontroler nałożył korektę 25% i wszczął procedurę pomniejszania wydatków związanych z zamówieniem.

Stanowisko DWT

Zmiana umowy była nieuprawniona, ponieważ nie zostały spełnione przesłanki art. 144 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy pzp. Art. 144 co do zasady zakazuje wprowadzania zmian do umów, ponieważ umowy są zawarte w wyniku sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wybrana zostaje oferta najkorzystniejsza z punktu widzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny. Jednocześnie ustawodawca wskazuje warunki, po spełnieniu których zmiana umowy jest dopuszczalna.

Na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp umowa może zostać zmieniona, jeśli w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie określono zakres ewentualnych zmian, ich charakter oraz sposób realizacji. Pozwala to zamawiającemu na etapie przygotowania postępowania przewidzieć możliwość dostosowania treści umowy do zmieniających się warunków rynkowych w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp umowa może zostać zmieniona, jeśli konieczność zmiany wynika z okoliczności, których zamawiający działający z należytą starannością nie mógł przewidzieć, a wartość zmiany nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

W opinii DWT:

1. nie wystąpiły okoliczności zewnętrzne, których zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie udzielania zamówienia - w zakresie opisanym w aneksie. Stan drzewostanu rok po zawarciu umowy nie jest okolicznością zewnętrzną, której zamawiający nie mógł przewidzieć w momencie udzielania zamówienia;
2. zarówno zamawiający (już na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia), jak i wykonawca (zawierając umowę), znali stan zalesienia parku oraz zestawienie drzew do wycinki, a działający z należytą starannością zamawiający przewidując historyczny przebieg

dróg i ścieżek powinien uwzględnić konsekwencje związane z realizacją prac w ramach zamówienia w tym zakresie;

3. ustawodawca wymaga jednoznacznego określenia warunków zmian umowy, a we wzorze umowy załączonym do SIWZ przewidziano możliwość zmiany umowy jednoznacznie wskazując jako okoliczność wprowadzenia zmiany tylko brak uzyskania planowanego dofinansowania ze środków zewnętrznych.

II. ZASADA KONKURENCYJNOŚCI

Sprawa 1. Badanie tożsamości zamówienia i właściwe określenie szacunkowej wartości.

Pytanie kontrolera krajowego

KK miał wątpliwości czy beneficjent wybrał prawidłowy tryb wyłonienia wykonawcy realizując 2 osobne zamówienia w formie zapytań ofertowych skierowanych do 3 potencjalnych oferentów (ogłoszenie na stronie internetowej, brak ogłoszenia w Bazie konkurencyjności). Łącznie, zamówienia przekroczyły kwotę 50 tys. zł netto. Wydatki dotyczyły:

- promocji online za pośrednictwem profili influencerskich,
- promocji w zagranicznych kanałach online.

W przypadku obydwu zamówień został wybrany ten sam oferent. Beneficjent tłumaczył, że charakter działań promocyjno-marketingowych w obydwu zadaniach jest zupełnie różny, więc mógł podzielić zamówienie.

Stanowisko DWT

Analizowane zamówienia powinny być szacowane łącznie. W przypadku, gdy dokonany szacunek przekroczyłby próg zasady konkurencyjności, zamawiający powinien zastosować Bazę Konkurencyjności w celu upublicznienia ogłoszeń. Zabronione jest zaniżanie wartości szacunkowej zamówienia lub jego podział skutkujący zniżeniem jego wartości szacunkowej. Zamawiający ma możliwość dzielenia zamówienia w częściach, jednak wartość szacunkową w takim przypadku oblicza się sumując wartość wszystkich części zamówienia.

W badanych zamówieniach należy zwrócić uwagę na możliwość wystąpienia łącznie 3 przesłanek dotyczących tożsamości: przedmiotowej, czasowej i podmiotowej:

- tożsamość czasową potwierdzają ramy realizacji projektu;

- tożsamość podmiotową potwierdza badanie rynku i obecność na nim wielu podmiotów, które oferują usługi promocyjne w Internecie (oraz fakt wygrania obu postępowań przez jednego wykonawcę);
- tożsamość przedmiotową obu zamówień potwierdza oparcie ich o promocję online w Internecie oraz to, że beneficjent za ich pomocą chce osiągnąć finalnie jeden cel tj. uzyskanie e-zasięgu dla założonej liczby odbiorców i promocję produktów turystycznych, i regionu.