

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

IV KWARTAŁ 2021 ROKU

I. PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Sprawa 1. Sumowanie doświadczenia z kilku umów.

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony, stan prawny: ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Pytanie kontrolera krajowego (KK)

Zamawiający wskazał, że uzna warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie, remoncie budynku kubaturowego o wymiarach min. 200 m³, zabytkowego, o wartości nie mniejszej niż 250 tys. PLN brutto.

Wątpliwości KK budzi ocena roboty przedstawionej w wykazie. Robota składa się z trzech zleceń/umów realizowanych na tym samym obiekcie w zbliżonym czasie, a jedna z tych części została potwierdzona protokołem częściowym odbioru robót, który potwierdza realizację określonego zakresu robót, a nie prawidłowe zakończenie realizacji umowy. Wartość przedstawionych i zakończonych robót w ramach zleceń/umów łącznie przekracza wartość 250 tys. PLN brutto.

Stanowisko DWT

W warunkach udziału w postępowaniu zamawiający nie wprowadził wymogu, aby roboty wykazywane w ramach doświadczenia zostały wykonane w ramach jednej umowy. Ogólnie sformułowany wymóg dotyczył cech obiektu (kubatury, zabytkowego charakteru) w jakim miały być prowadzone roboty oraz wartości robót. Zamawiający nie wymagał wykazania się konkretnymi pracami. Tym bardziej z warunku nie wynika, że tylko roboty z w pełni wykonanych umów mogą zostać przedstawione w ramach wykazania warunku udziału w postępowaniu. Posiadane przez wykonawcę doświadczenie nie musi wiązać się z zakończeniem konkretnej umowy, a wykonaniem i odebraniem roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie, remoncie budynku kubaturowego.

Możliwość posłużenia się w celu wykazania posiadania doświadczenia zsumowanym doświadczeniem wynikającym z kilku umów, o ile dotyczą jednej inwestycji znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. KIO 1752/11, KIO 2490/11, KIO 807/11). Ponieważ sumowanie ukończonych robót budowlanych odbywa się w ramach różnych umów dotyczących tej samej inwestycji, to nie ma znaczenia, czy umowa została zrealizowana w pełni czy częściowo i można zaliczyć również roboty ukończone w ramach części umowy. W przypadku ukończenia robót w ramach części umowy dokumentem potwierdzającym, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, może być protokół odbioru częściowego robót, jeżeli wynika z niego taka informacja.

Sprawa 2. Termin składania ofert – wymiar minimalny - godzina upływu terminu wyznaczonego w dniach - graniczna godzina dla uznania, że oferta została złożona w terminie.

Dotyczy wątpliwości zgłaszanych przez poszczególne instytucje zarządzające, dotyczących kwestii związanych z wyliczeniem terminu składania ofert z prawidłowym uwzględnieniem terminu minimalnego oraz dokładnym oznaczeniem daty godzinowej upływu terminu wyrażonego w dniach.

Stanowisko IK UP w MFiPR

Zastosowanie mają przepisy ogólne kodeksu cywilnego, tj. termin podany w dniach może być liczony nazwą dnia lub datą, co oznacza, że są to dni kalendarzowe. Przy wyznaczaniu terminu minimalnego, co do zasady, nie jest istotne, ile zawiera dni roboczych.

Termin liczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, czyli o godzinie 24. Dokładne oznaczenie godziny zależy od rozdzielczości skali oraz systemu zaokrąglania liczb, zastosowanego miernika czasu. Najczęściej czas określany jest w rozdzielczości godzin i minut (hh:mm); czas może być także oznaczony z większą rozdzielczością: godzin, minut i sekund (hh:mm:ss). Przy rozdzielczości z podaniem godzin i minut, godzina wyznaczająca koniec dnia powinna być oznaczona jako 24:00. Przy tej rozdzielczości można zaobserwować tendencję, że upływ dnia utożsamiany jest z godziną 23.59. Nie jest to prawidłowe. W dobie cyfryzacji, odrzucenie (pominięcie) oferty, która wpłynęła do zamawiającego np. w formie elektronicznej, w przedziale czasu pomiędzy godzinami 23:59 a 24:00 stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców lub uczciwej konkurencji.

Podsumowując wskazuję, że jeśli termin składania ofert podany jest w dniach, to oferta, która wpłynęła w dniu ostatnim, do godziny 24.00 włącznie (co jest równoznaczne, w zależności od formatu, z godziną 24.00.00), jest ofertą, która wpłynęła w terminie. Dopiero oferta, która wpłynęła po godzinie 24.00 (np. o godzinie 24.00.00.001) może być uznana za złożoną po terminie. Różnica

czasu przy wysokich rozdzielczościach jest praktycznie niezauważalna. Jeśli jednak godzina oznaczana jest w określonym systemie rozdzielczości, na jej określenie wpływ ma również przyjmowany sposób zaokrąglania liczb, co ma doniosłe skutki prawne. Zatem ocena, czy oferta wpłynęła w terminie, może zależeć od skali rozdzielczości oraz systemu zaokrąglania liczb, który charakteryzuje zastosowany miernik czasu.

II. ZASADA KONKURENCYJNOŚCI

Sprawa 1. Działalność artystyczna.

Pytanie WST

Beneficjent zorganizował koncert muzyki klasycznej i zawarł umowę w trybie tzw. z wolnej ręki z Operą Królewską. Beneficjent powołał się na art. 67 p. 1 ustawy prawo zamówień publicznych (PZP) określający możliwość zastosowania ww. trybu dla zamówień związanych z działalnością twórczą i artystyczną. Umowa obejmowała wynagrodzenie dla wykonawcy z tytułu opracowania programu artystycznego, wynajem sceny, obsługę techniczną, wyżywienie i noclegi dla wykonawców. Beneficjent zawarł umowę o wartości 12 900 EUR, tj. powyżej progu 50 000 PLN, dla którego obowiązuje zamawiającego stosowanie zasady konkurencyjności. WST zgłosił wątpliwość czy beneficjent spełnił przesłanki pozwalające na udzielenie zamówienia z wolnej ręki i czy mógł odstąpić od ogłoszenia zamówienia w bazie konkurencyjności.

Stanowisko DWT

W myśl art. 1 ust. 1 ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 666 ze zm.) utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia oraz powinien wykazywać on łącznie następujące cechy:

- stanowić rezultat pracy człowieka,
- stanowić przejaw działalności twórczej,
- mieć indywidualny charakter.

Koncert spełniał warunki określone w ustawie, zatem mógł być uznany za działalność artystyczną. Tym samym, beneficjent był uprawniony do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w zakresie działalności twórczej i artystycznej.

Odrębnej analizy wymagał jednak aspekt ujęcia w umowie elementów o charakterze techniczno-organizacyjnym. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 9/14 z 3.03.2014) uznała, że czynności takie (np.:

dostawa identyfikatorów, zapewnienie wyżywienia osób biorących udział w organizacji przedsięwzięcia, zapewnienie dźwigów i podnośników do montażu i demontażu sprzętu oświetleniowego, nagłośnieniowego, scenograficznego, uzyskanie wszelkich przewidzianych prawem pozwoleń w związku z organizacją imprezy masowej, itp.) nie są wprost usługami z zakresu działalności twórczej lub artystycznej. Zamówienie na ww. elementy nie może być udzielone w trybie z wolnej ręki.

W takim przypadku należałoby udzielić odrębnych zamówień; z wolnej ręki dla opracowania programu artystycznego i wykonania utworów podczas koncertu oraz odpowiedniego trybu (w zależności od wartości zamówienia) na działania o charakterze techniczno-organizacyjnym.

Sprawa 2. Warunek udziału w postępowaniu - obywatelstwo.

Pytanie Kontrolnego Punktu Kontaktowego (KPK)

Zamawiający określił w ogłoszeniu publikowanym w bazie konkurencyjności warunek posiadania obywatelstwa polskiego. Zamawiający umieścił go w części „warunki dodatkowe”. Ogłoszenie dotyczyło wyboru koordynatora projektu w programie Polska-Białoruś-Ukraina. KPK zapytał czy fakt, że warunek znajduje się w części „warunki dodatkowe” ma znaczenie dla decyzji czy jest to warunek ograniczający konkurencję.

Stanowisko DWT

DWT podzielił opinię KPK, że charakter ogłoszenia nie stanowił uzasadnienia dla postawienia warunku posiadania przez koordynatora międzynarodowego projektu obywatelstwa polskiego.

W opinii DWT nie miało znaczenia czy warunek został zamieszczony w części ogłoszenia „warunki dodatkowe”, gdyż podlegał ocenie na zasadzie TAK/NIE, a zatem mógł ograniczyć konkurencję.

Sprawa 3. Wyłączenie stosowania zasady konkurencyjności w zakresie uznania zamówienia za usługę badawczą.

Pytanie KK

KK zidentyfikował zamówienie, jako zamówienie sektorowe, które zostało przeprowadzone na podstawie wewnętrznego regulaminu zamawiającego (poniżej progu stosowania ustawy PZP). Zamawiający nie dochował jednak w ogłoszeniu terminu dla złożenia ofert, wynikającego z zasady konkurencyjności. Dla robót budowlanych i zamówień sektorowych powyżej 50 tys. PLN netto do

progu stosowania ustawy należy zachować 14 dniowy termin składania ofert. Wątpliwości KK wzbudziły wyjaśnienia zamawiającego przedstawione w procedurze skargowej w efekcie nałożenia korekty tj. zamawiający uznał, że realizował zamówienie na usługę badawczą.

Stanowisko DWT

W opinii DWT istotne dla interpretacji czy zamówienie można traktować jako zamówienie na usługę badawczą są:

- analiza dokumentacji zamówienia, zwłaszcza treści umowy i protokołu odbioru oraz regulaminu na podstawie którego udzielono zamówienia,
- podstawowa działalność prowadzona przez zamawiającego.

Przed wszystkim jednak, istotna jest wykładnia pojęcia usługi badawczej, którą należy utożsamiać z pojęciem "badań naukowych" zdefiniowanym w ustawie prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, tj.: badania naukowe są działalnością obejmującą:

- badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne;
- badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Dokonując wykładni art. 4 pkt 3 lit e) ustawy PZP, warto zwrócić również uwagę na wyrok:

- WSA w Warszawie V SA/Wa 2626/14;
- NSA II GSK 1984/15.

W przypadku, gdy zgodnie ze stanem faktycznym, zamówienie nie spełnia tych przesłanek, nie można uznać go za zamówienie na usługę badawczą.

Sprawa 4. Szacowanie wartości zamówienia zgodnie z zasadą konkurencyjności.

Pytanie KK

Zamawiający na podstawie rozeznania telefonicznego sporządził szacunek wartości zamówienia poniżej progu stosowania zasady konkurencyjności. Następnie, po kilku dniach skierował zapytanie ofertowe do wykonawców, w tym również tych, których pytał na etapie szacowania wartości.

Wyłoniony wykonawca, zaoferował realizację usługi w cenie wyższej niż próg stosowania zasady konkurencyjności. Wątpliwości KK wzbudziło, czy w oparciu o szacunkową wartość zamówienia,

mając na uwadze fakt, że ostateczna wartość różniła się od szacowanej, można uznać postępowanie zamawiającego za prawidłowe.

Stanowisko DWT

W trakcie weryfikacji administracyjnej zamawiający przedstawił notatkę z szacowania wartości zamówienia oraz dokumentację dot. wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wewnętrznymi regulacjami dla zamówień nie objętych ustawą PZP. Rozeznanie telefoniczne i sporządzenie notatki z szacowania zostało poprzedzone oszacowaniem wartości zamówienia we wniosku o dofinansowanie. Potwierdza to zachowanie właściwej ścieżki audytu. Złożone w postępowaniu oferty, przekroczyły próg zasady konkurencyjności. Nie jest to przesłanka do kwestionowania poprawności postępowania zamawiającego. Nie wpływa na to również fakt, że wśród oferentów znalazły się firmy, spośród których szacowano wartość zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że szacowanie wyraża się w kwocie netto, oferty składane są zaś w kwocie brutto.

Należy również wziąć pod uwagę, że cena ostateczna jest wypadkową wielu czynników, niezależnych od wykonawców dostarczających w danym czasie usługę i może być zmienna w różnych okresach (np. ograniczenie dostępnych miejsc noclegowych przed rozpoczynającym się sezonem wakacyjnym, obostrzenia sanitarno – epidemiologiczne związane z COVID-19, dostępność wykwalifikowanych trenerów itp.). Natomiast opierając się na wartości szacunkowej zamówienia, zamawiający decyduje o wyborze trybu, zgodnie z zasadami programowymi oraz obowiązującym prawem.

Sprawa 5. Tożsamość podmiotowa zamówienia.

Pytanie KK

Mikrobeneficjent przeprowadził zamówienie na aplikację internetową w dwóch językach (polski i słowacki). W ramach mikroprojektu przygotowano jeszcze podstronę internetową i broszurę. Broszura została zamieszczona na podstronie i w aplikacji, a jej treści i zdjęcia są zbieżne z treścią merytoryczną aplikacji oraz strony internetowej. Beneficjent wybrał wykonawcę bez zastosowania zasady konkurencyjności oraz nie przedstawił dokumentacji dotyczącej szacowania wartości zamówienia. KK przyjął dla celów ustalenia wartości zamówienia, kwotę wskazaną we wniosku o dofinansowanie, która po przeliczeniu przekraczała 50 tys. PLN (z wniosku nie wynikało, czy była to kwota brutto czy netto).

Łączna suma przedstawionych do refundacji kosztów przekroczyła próg zasady konkurencyjności (wszystkie kwoty przedstawiono w raporcie jako kwoty netto=brutto). KK uznał, że sposób wyboru wykonawcy powinien zostać przeprowadzony zgodnie z zasadą konkurencyjności, z możliwością składania ofert częściowych.

Stanowisko DWT

Mikrobeneficjent nie udokumentował ścieżki audytu dla szacowania wartości zamówienia, przed jego udzieleniem, należy więc, dla celów badania wartości zamówienia i określenia trybu jego realizacji, przyjąć kwotę zaplanowaną we wniosku o dofinansowanie. Z jednym zamówieniem mamy do czynienia w przypadku, gdy spełnia ono łącznie 3 przesłanki dotyczących tożsamości: przedmiotowej, czasowej i podmiotowej.

DWT nie podzielił opinii KK, że zamówienie aplikacji mobilnej można było uznać za zamówienie tożsame podmiotowo. Analizując przedstawione do rozliczenia wydatki dla usług, należało zwrócić uwagę, czy możliwe jest, aby jeden wykonawca dostarczył wszystkie zamówione usługi. Zamówienie spełniające kryterium tożsamości podmiotowej to takie, które bez żadnego trudu może zrealizować pojedynczy wykonawca. Na rynku działają firmy, które realizują kompleksowe usługi w zakresie IT (programowania). Przygotowanie i opracowanie aplikacji mobilnej, podstrony internetowej oraz opracowanie graficzne publikacji powinno traktować się jako jedno zamówienie.

Jednak, podmioty takie, nie specjalizują się w usługach jakie miały być zrealizowane na potrzeby tego zamówienia tj.:

- tłumaczenie tekstu;
- merytoryczne artykuły (tematem było rola i zachowania pszczół) służące jako treść aplikacji;
- korekta i składanie tekstu.

W każdej z tych usług konieczne było posiadanie kierunkowej wiedzy specjalistycznej oraz doświadczenia i umiejętności popartej oficjalnymi dokumentami lub certyfikatami (np. egzamin lingwistyczny czy tytuł naukowy). Dodatkowo, w przypadku opracowania treści merytorycznej istniał wymóg aby przygotowały ją osoby mające wiedzę, wykształcenie i praktykę w temacie oraz aby przeprowadziły badania w terenie celem zebrania materiału do napisania artykułu.

Należało zatem wyłączyć ww. usługi z zakresu zamówienia i potraktować jako odrębne.

Również kody CPV, jako pomocnicze w analizie, nie wskazywały, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Sprawa 5. Obowiązek stosowania zasady konkurencyjności w przypadku wyłączenia podmiotu z obowiązku stosowania przepisów ustawy PZP.

Pytanie KPK

Beneficjent zrealizował zamówienie o wartości 108 495 PLN na podstawie zapytania ofertowego, powołując się na ustawę z dnia 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (art. 26 ust. 4a). Na mocy tej ustawy beneficjent był zwolniony ze stosowania przepisów ustawy PZP. KPK zgłosił wątpliwość czy

beneficjent, którego zamówienie na zakup świadczeń zdrowotnych jest zwolnione ze stosowania przepisów ustawy PZP jest jednocześnie zwolniony ze stosowania zasady konkurencyjności.

Stanowisko DWT

Zgodnie z przepisami regulującymi zasadę konkurencyjności w przypadku, gdy na podstawie obowiązujących przepisów prawa innych niż ustawa PZP wyłącza się stosowanie ustawy PZP, zamawiający nie musi stosować zasady konkurencyjności (Programme Manual Part I punkcie 6.4.5.1 ppkt 1.1 4 dla Programu Polska-Białoruś-Ukraina).