

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

I KWARTAŁ 2023 ROKU

I. PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Sprawa 1. Niespełnione warunki udziału w postępowaniu / nadmierne warunki udziału w postępowaniu.

Tryb postępowania: Tryb podstawowy bez negocjacji (art. 275 pkt 1 Pzp)

Pytanie kontrolera krajowego (KK)

W ramach weryfikacji postępowania KK stwierdził, że:

1. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia sprzecznych informacji podanych w wykazie i dołączonych uprawnieniach, przez co ocenił wybraną ofertę niezgodnie z ustanowionymi warunkami udziału w postępowaniu, tj. zaakceptował kierownika robót z uprawnieniami nie spełniającymi wymagań określonych w dokumentacji postępowania (naruszenie art. 128 ust. 4). Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia informacji dotyczących uprawnień kierownika robót. Jednakże po podpisaniu umowy kierownik robót wskazany w ofercie został zmieniony na osobę z uprawnieniami odpowiadającymi warunkom określonym w postępowaniu.
2. Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia poprzez żądanie wykazania się przez kierownika robót uprawnieniami wykraczającymi poza przedmiot zamówienia (naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3) - zamawiający żądał uprawnień nadawanych wg aktualnych przepisów, których zakres wykraczał poza przedmiot zamówienia.

KK zwrócił się z pytaniem o możliwość uznania stwierdzonych naruszeń przepisów za błędy formalne.

Stanowisko DWT

Ad. 1 Wskazana okoliczność umożliwia zakwalifikowanie naruszenia jako formalnego. Wg oświadczenia wykonawca dysponował osobą spełniającą warunki udziału w postępowaniu również w trakcie postępowania, a w postępowaniu została złożona wyłącznie jedna oferta. Błąd nie wpłynął na zaburzenie konkurencji i wybór oferty, które powodowałyby szkodę dla budżetu UE.

Ad. 2 Zamawiający nie powinien żądać od wykonawcy dysponowania osobami z uprawnieniami budowlanymi określonymi przez aktualne przepisy, jeżeli nie ma takiej potrzeby. Powoduje to nieuzasadnione eliminowanie części osób posiadających uprawnienia budowlane wydane w okresach obowiązywania przepisów wcześniejszych i adekwatnych do przedmiotu zamówienia. Rozwiązaniem tego problemu może być np. opisanie uprawnień nie po nazwach z przepisów, ale opisanych funkcjonalnie. Fakt, że w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę powoduje, że szkoda się uprawdopodobnia (możliwe, że inne podmioty nie złożyły oferty ze względu na ustanowiony zawyżony warunek udziału w postępowaniu). W ocenie DWT brak jest uzasadnienia do uznania naruszenia za błąd formalny.

Sprawa 2. Skutki nieuwzględnienia przesłanki wykluczenia związane z przeciwdziałaniem agresji na Ukrainę.

Tryb postępowania: nd.

Pytanie KK

KK zwrócił się z pytaniem, czy przypadek braku uwzględnienia w dokumentacji zamówienia oraz brak dowodów potwierdzających przeprowadzenie weryfikacji pod względem przesłanek wykluczenia przewidzianych w przepisach art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 129), powinien być traktowany jako nieprawidłowość skutkująca pomniejszeniem wydatków na podstawie stawek przewidzianych w Rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, tj. dla rodzaju nieprawidłowości opisanych w pkt 9 lub 11 załącznika do rozporządzenia w zw. z § 6.

Z uwagi na regulację art. 7 ust. 9 ww. ustawy, zgodnie z którym przepisy art. 7 ust. 1 – 8 ustawy znajdują zastosowanie również do postępowań zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego oraz konkursów o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 2 ust. 1 ustawy Pzp lub zamówień lub konkursów udzielanych z wyłączeniem ustawy Pzp, KK zwrócił się z pytaniem, czy analogicznie należy traktować takie same ustalenia w postępowaniach prowadzonych wg tzw. zasady konkurencyjności.

Stanowisko DWT

Przesłanki wykluczenia wprowadzone przepisami ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 129) są obligatoryjne (patrz art. 7 i 22) i powinny być bezwzględnie stosowane zarówno w zamówieniach udzielanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych oraz zasady konkurencyjności. Naruszenie przepisów powinno być każdorazowo analizowane (analogicznie jak naruszenia dot. innych przesłanek wykluczenia) w kontekście definicji nieprawidłowości, tj. przede wszystkim w zakresie wystąpienia potencjalnej lub realnej szkody finansowej dla budżetu w postaci sfinansowania nieprawidłowego wydatku. Jeśli KK potwierdzi wystąpienie przesłanek definicji nieprawidłowości powinien zastosować odpowiednią wskaźnikową stawkę pomniejszenia lub korekty.

Sprawa 3. Przedłużenie terminu realizacji umowy.

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony.

Pytanie Kontrolnego Punktu Kontaktowego (KPK)

Zamawiający dwukrotnie podpisał aneks do umowy przedłużając termin na wykonanie robót budowlanych (budowa drogi). Zamawiający argumentował konieczność przedłużenia prac wystąpieniem niekorzystnych warunków atmosferycznych. KPK zwrócił się z zapytaniem czy niekorzystne warunki atmosferyczne, wymienione jako przesłanka w umowie, można uznać za wystarczającą przesłankę i potwierdzić prawidłową realizację umowy czy należy jednak uznać za naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Stanowisko DWT

Zamawiający zawarł w SIWZ ogólną klauzulę dotyczącą możliwości zmiany umowy z tytułu „wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych”. Jednak, zgodnie z stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych „(..) zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. liczba dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności).”

Roboty budowlane były zaplanowane na okres zimowy. DWT uznał, że zamawiający nie tylko nie spełnił przesłanki ustawowej dotyczącej opisanego okoliczności pozwalających na zmianę umowy, ale też nie wykazał należytej staranności przygotowując postępowanie. DWT przychylił się do stanowiska KPK o nałożeniu korekty finansowej.

Sprawa 4. Klauzule pracownicze w umowie o zamówienie publiczne.

Pytanie KK

Zamawiający w dokumentach postępowania (SWZ) wskazał czynności, jakie mają być wykonywane w trakcie realizacji zamówienia i które mieszczą się w definicji stosunku pracy z art. 22 § 1Kp. Zgodnie z art. 95 ustawy Pzp, zamawiający określił rodzaj tych czynności, sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób, uprawnienia kontrolne i sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań. W toku kontroli KK zidentyfikował naruszenie dyspozycji art. 438 ustawy Pzp tj. zamawiający nie uwzględnił w treści umowy z wykonawcą klauzul, które korespondują z określonymi na podstawie art. 95 wymaganiami SWZ. KK zwrócił się o potwierdzenie, że naruszenie to:

- pozostaje bez wpływu na prawidłowość przeprowadzonego postępowania oraz realizację zamówienia przez wykonawcę,
- ma charakter wyłącznie formalny i nie wymaga nałożenia korekty finansowej.

Stanowisko DWT

Obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia czy czynności, które są konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia, powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy spoczywa na zamawiającym. W badanym przypadku, zamawiający:

- wpisał klauzule pracownicze w SWZ,

- określił również katalog dokumentów (tj. zanonimizowane kopie umów o pracę), które wykonawca powinien złożyć wraz z oświadczeniem dot. pracowników zatrudnionych na umowę o pracę (wykaz osób).

Wykonawca na moment podpisania umowy złożył wymagane oświadczenie. Nie złożył innych dokumentów potwierdzających stan faktyczny wskazany w tym oświadczeniu. Zgodnie z art. 438 ustawy Pzp umowa z wykonawcą powinna zawierać postanowienia, które dają zamawiającemu prawo do żądania określonych dokumentów, w celu potwierdzenia oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu osób na umowę o pracę. Jeżeli nie zaistnieją okoliczności, które wymagają weryfikacji złożonego przez wykonawcę oświadczenia (np. skargi od pracowników wykonawcy do zamawiającego), zamawiający może oprzeć się na treści tego oświadczenia, jako podstawowego narzędzia do weryfikacji spełnienia wymogu klauzuli pracowniczej.

DWT podzielił ocenę KK, że doszło do naruszenia art. 438 ustawy Pzp oraz dodatkowo zamawiający nie egzekwował przekazania dokumentów niezbędnych do weryfikacji zatrudnienia o pracę, które wskazał w SWZ. Obowiązek kontroli przez zamawiającego zatrudniania przez wykonawcę pracowników na podstawie umowy o pracę dotyczył etapu realizacji umowy o zamówienie publiczne, a nie samego postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy. Uchybienia te w analizowanym przypadku można zatem potraktować jako błędy formalne. Nie wpłynęły one na wynik postępowania oraz zapewnienie uczciwej konkurencji w trakcie procesu wyboru wykonawcy, tym samym nie miały wpływu na naruszenie budżetu środków UE.

Sprawa 4. Klauzule pracownicze w umowie o zamówienie publiczne.

Pytanie KK

Zamawiający określił w SWZ klauzulę pracowniczą zgodnie z art. 95 ustawy Pzp w odniesieniu do trenerów prowadzących szkolenia. Nie określił jednak szczegółowego rodzaju czynności, które uzasadniają zatrudnienie osób na podstawie stosunku pracy. Zgodnie z art. 438 ustawy Pzp treść podpisanych umów zawierała postanowienia dotyczące:

- sposobu dokumentowania zatrudnienia,
- kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,
- sankcji z tytułu niespełnienia wymagań określonych w art. 95 ustawy Pzp.

KK w trakcie weryfikacji stwierdził, że:

- w obu postępowaniach wykonawcy nie zatrudniali osób skierowanych do realizacji zamówienia na umowę o pracę, a zamawiający nie skorzystał ze swoich uprawnień kontrolnych oraz możliwości nałożenia sankcji,
- zamawiający niedostatecznie uzasadnił konieczność zastosowania klauzuli pracowniczej, co mogło mieć potencjalny wpływ na ograniczenie konkurencji w postępowaniu.

Stanowisko DWT

Zgodnie z ustawą Pzp zamawiający ma obowiązek oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane, wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kp. Należy to oceniać w odniesieniu do wskazanych

przez zamawiającego szczegółowych czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, które mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Zaniechanie wskazania przez zamawiającego tych czynności jest niezgodne z art. 95 ustawy Pzp.

W analizowanych przypadkach ogólnie sformułowany zakres czynności nie mógł stanowić podstawy do oceny czy czynności realizowane przez trenera w ramach szkolenia mają charakter czynności z Kodeksu pracy. Jednocześnie potwierdzeniem, że charakter czynności zrealizowanych przez trenerów w zamówieniach nie zawierał cech stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kp może być fakt, że szkolenia:

- zostały zrealizowane w ramach projektu w programie Interreg,
- nie były wydarzeniami cyklicznymi,
- ich realizacja zamknęła się w jednym dniu roboczym.

Zamawiający zgodnie z ustawą Pzp nie może wymagać zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób fizycznych wykonujących czynności, które nie mieszczą się w dyspozycji art. 22 § 1 Kp. Wykonawca ma możliwość zatrudnienia takich osób np. na podstawie umów cywilnoprawnych. Zamawiający nie powinien ograniczać konkurencji pomiędzy wykonawcami wprowadzając obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w sytuacji kiedy nie znajduje to uzasadnienia. Potwierdzeniem tego jest wyrok KIO (KIO 1040/15, KIO 1043/15): należy podkreślić, że wymóg zatrudnienia na umowę o pracę powinien być dopuszczalny jedynie wówczas, gdy jest to "uzasadnione charakterem zamówienia", a więc organizacja realizacji zamówienia pociąga za sobą określone miejsce, czas i kierownictwo wykonawcy (podwykonawcy) nad zaangażowanym personelem.[...] W żadnym stopniu postawione kryterium nie może być postrzegane jako utrudnienie konkurencji."

DWT podzielił stanowisko KK dotyczące nieuprawnionego zastosowania klauzuli pracowniczej w obu postępowaniach. Mogło ono mieć potencjalny wpływ na ograniczenie konkurencji.

II. ZASADA KONKURENCYJNOŚCI

Sprawa 1. Odstąpienie od zastosowania procedury zasady konkurencyjności.

Pytanie KPK

Beneficjent uzyskał zgodę na zmianę w projekcie i zakup środków higienicznych/dezynfekcyjnych w związku z COVID-19. Beneficjent podpisał aneks do umowy o dofinansowanie w październiku, a produkty nabył w lutym kolejnego roku. Beneficjent zakupił ww. produkty z pominięciem procedury zasady konkurencyjności, opierając się na wytycznych Instytucji Zarządzającej, mówiących o możliwości odstąpienia od ww. procedury w przypadku zaistnienia pilnej potrzeby zawarcia umowy, powodowanej przesłankami, których nie można było przewidzieć (<https://www.pbu2020.eu/en/news/1487>). KPK wyraził wątpliwość czy zakup produktów w trzy miesiące po uzyskaniu zgody na ich nabycie można traktować jako pilną potrzebę.

Stanowisko DWT

DWT przychylił się do stanowiska KPK, uznając powyższe postępowanie za naruszenie. Gdyby istniała pilna potrzeba nabycia tych środków, to beneficjent powinien kupić je niezwłocznie po podpisaniu aneksu do umowy o dofinansowanie.

W tym przypadku powołanie się na nagłą potrzebę/wyjatkową sytuację, której nie dało się przewidzieć, w opinii DWT nie znajduje uzasadnienia.

Sprawa 2. Zaniżona szacunkowa wartość zamówienia.

Pytanie KK

Beneficjent ustalając szacunkową wartość zamówienia wyliczył ją jako średnią z kwot zamieszczonych w budżecie wniosku o dofinansowanie z 2017 r. oraz szacunkowej wyceny z 2021 r. Uzyskana w ten sposób wartość zamówienia nie przekroczyła 50 tys. zł netto. Beneficjent zamieścił ogłoszenia na stronie platformy zakupowej zamiast w Bazie Konkurencyjności. Otrzymał ofertę na kwotę przekraczającą 50 tys. zł. netto, która dopiero w wyniku negocjacji została zmniejszona. Beneficjent nie przedstawił KK żadnych dokumentów/wyjaśnień z szacowania kwot zamieszczonych we wniosku o dofinansowanie. KK wyraził wątpliwość co do sposobu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia i prawidłowości trybu wyboru wykonawcy.

Stanowisko DWT

DWT przychylił się do stanowiska KK. Beneficjent przy wszczęciu postępowania powinien uwzględnić aktualne ceny oraz oprzeć się na realiach rynkowych panujących w 2021 r. tj. na aktualnym wyniku szacowania. Ogłoszenie powinno być zamieszczone w Bazie Konkurencyjności.