

Rodzaj naruszenia:

Błędne szacowanie wartości zamówienia, skutkujące nieprawidłowym wyborem procedury i brakiem upublicznienia zapytania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (TED) – naruszenie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, sekcja 6.5.1 punkt 1 oraz sekcja 6.5.3 punkt 7

Przypadek:

W projekcie zaplanowano zakup specjalistycznego sprzętu i oprogramowania audiowizualnego: serwerów audiowideo do pracy w strukturze CLOUD, serwerów wysokowydajnych z macierzą współdzieloną do stworzenia systemu CLOUD, systemu archiwizacji do systemu CLOUD, mobilnego zestawu kamer, zestawu obiektywów do mobilnych kamer oraz monitorów podglądowych.

Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania odpowiednich przepisów dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania procedury dla wartości powyżej określonego progu. W omawianych sześciu przypadkach o udzielenie zamówienia publicznego doszło do nieuprawnionego podzielenia, co doprowadziło do naruszeń przepisów wynikających z konieczności stosowania odpowiedniej procedury przeznaczonej dla zamówień, których szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub przekracza 209 000,00 euro netto. Mając na uwadze zasady prawidłowego szacowania wartości zamówienia należy stwierdzić, że wskazane postępowania powinny być prowadzone w procedurze przeznaczonej dla zamówień, o wartości szacunkowej równej lub powyżej 209 000,00 euro netto z uwagi na obowiązek łącznego szacowania wartości dla tych zamówień. Przedmiotem zakupu były bowiem dostawy **tożsame funkcjonalnie, możliwe było udzielenie zamówienia w tym samym czasie oraz temu samemu wykonawcy.**

Rekomendacja DIP:

Szacowanie wartości zamówienia należy dokonać w skali całego projektu, uwzględniając wszystkie wydatki przewidziane w projekcie, nawet jeżeli są one pozornie odległe rodzajowo (inne kody CPV) lub zostały zaplanowane do poniesienia w różnym terminie. Szacowanie ma jedynie określić właściwą procedurę wyboru wykonawcy (w zależności od oszacowanej wartości), a nie jest równoznaczne z koniecznością przeprowadzenia jednego dużego postępowania na wydatki jednorodne. W dalszym ciągu możliwe jest przeprowadzenie oddzielnych postępowań dla każdego takiego wydatku z zastrzeżeniem, że każde takie zamówienie musi być dokonane w procedurze jak dla oszacowanej uprzednio łącznej wartości zamówienia. W przypadku wątpliwości co do spełniania ww. przesłanek wskazujących na konieczność sumowania wydatków w celu oszacowania ich łącznej wartości, DIP zaleca w celach ostrożnościowych każdorazowe ich sumowanie (nawet wszystkich wydatków w projekcie) w celu uniknięcia błędu skutkującego wyborem niewłaściwej procedury. W świetle zapisów obecnie obowiązujących Wytycznych, przekroczenie progów unijnych dla wartości zamówienia oznacza w chwili obecnej jedynie wydłużenie terminu na składanie ofert do 30 dni.

Rodzaj naruszenia:

Skrócenie minimalnych terminów na składanie ofert - naruszenie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, sekcja 6.5.3 punkt 5 lit. a tiret vi. („stare” Wytyczne) oraz sekcja 6.5.2 punkt 8 lit. a vi. („nowe” Wytyczne)

Przypadek:

Często powtarzające się przypadki naruszenia, będące efektem błędnego liczenia początkowej oraz końcowej daty biegu terminu upublicznienia.

Rekomendacja DIP:

Zgodnie w Kodeksie Cywilnym oraz zapisami Wytycznych, termin na składanie ofert liczy się od dnia następnego po dniu upublicznienia zapytania ofertowego, a kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli koniec terminu przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Termin na złożenie oferty wynosi w przypadku dostaw i usług nie mniej niż 7 dni, a w przypadku robót budowlanych nie mniej niż 14 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego. W przypadku zamówień o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej 5 225 000 euro w przypadku zamówień na roboty budowlane, 209 000 euro w przypadku zamówień na dostawy i usługi, termin wynosi nie mniej niż 30 dni od daty upublicznienia zapytania ofertowego. DIP sugeruje wydłużanie ww. minimalnych terminów na składanie ofert, w celu zminimalizowania ryzyka błędnego ich wyliczenia.

Rodzaj naruszenia:

Określanie nadmiernych, nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia lub niejasno sprecyzowanych warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich spełniania, utrudniające uczciwą konkurencję - naruszenie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, sekcja 6.5.1 punkt 5 („stare” Wytyczne) oraz sekcja 6.5.2 punkt 6 („nowe” Wytyczne).

Przypadek 1:

W treści zapytania ofertowego przedstawiono następujący warunek dotyczący doboru wykonawcy i podpisania z nim umowy: „Zamawiający uzależnia podpisanie umowy z wybranym w wyniku niniejszego postępowania dostawcą od pozytywnej weryfikacji dostawcy przez instytucję finansującą zamówienie w formie leasingu finansowego”. Opisany warunek nie jest precyzyjny, ponieważ nie zawarto w zapytaniu ofertowym żadnych informacji wyjaśniających jakimi kryteriami będzie się kierowała instytucja finansująca przy weryfikacji danego dostawcy. Nie przybliżono także oferentom żadnych szczegółów dotyczących tego, jaka instytucja finansująca będzie ich weryfikowała jako potencjalnych wykonawców/dostawców. Takie zapisy omawianego zapytania ofertowego mogły rodzić wątpliwości potencjalnych

oferentów i prowadzić do niezłożenia oferty wskutek nieprecyzyjnie określonego warunku udziału w postępowaniu a tym samym jego spełniania lub niespełniania.

Przypadek 2:

Beneficjent określił warunek udziału wykonawców wskazujący, że potencjalny wykonawca musi legitymować się określonym doświadczeniem i posiadać „minimum jedno wdrożenie przedmiotu oferty na terenie Rzeczypospolitej Polskiej”. Tak kategorycznie sformułowany i nieuzasadniony zapis dyskryminował oferentów, którzy legitymowali się doświadczeniem we wdrożeniu przedmiotu oferty na terenie innych krajów. Postawienie takiego warunku udziału w postępowaniu automatycznie wykluczyło podmioty posiadające podobne doświadczenia, ale zdobyte na innych rynkach, nie mniej innowacyjnych niż teren Rzeczypospolitej Polskiej. Omawiane ograniczenie o charakterze geograficznym mogło mieć swój skutek w ilości pozyskanych ofert w odpowiedzi na przedmiotowe zapytanie ofertowe.

Rekomendacja DIP:

Należy stosować warunki udziału korzystając z praktyki wynikającej ze stosowania rozwiązań ustawy PZP oraz orzecnictwa w tym zakresie, a w szczególności unikać warunków nadmiernych, nie mających uzasadnienia ani w przedmiocie zamówienia, ani w rzeczywistych oczekiwaniach zamawiającego wobec zamówienia i jego realizacji – zwłaszcza takich warunków, których wskazanie w żaden sposób nie zapewni realizacji zamówienia na wyższym poziomie lub na które w praktyce dostawca nie ma żadnego wpływu lub ma wpływ nieznaczny. Częstym błędem np. jest mniemanie, że długoletnie funkcjonowanie oferenta na rynku przekłada się na wyższy poziom świadczonych przez niego usług lub dostaw. Przyjmuje się, że dopuszczalne jest żądanie wykazania adekwatnego doświadczenia poprzez realizację max 3 podobnych (rodzajowo i wartościowo) dostaw lub robót w okresie odpowiednio ostatnich 3 i 5 lat (chyba że oferent działa krócej na rynku). W orzecnictwie przeważa opinia, że w większości przypadków wystarczające jest żądanie 2 podobnych realizacji, przy założeniu, że prawidłowa realizacja tylko jednej dostawy lub usługi mogła być wynikiem przypadku/korzystnego zbiegu okoliczności i jako taka może być niewystarczająca w celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia. W miarę możliwości – jeśli przedmiotem zamówienia są dostawy, usługi lub roboty budowlane o powszechnym charakterze, dostępne „z półki”, o ustalonej jakości – DIP sugeruje zrezygnować z formułowania jakichkolwiek warunków udziału, zastępując je precyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia lub stosując liczne pozacenowe kryteria wyboru odnoszące się do przedmiotu zamówienia (termin wykonania, okres gwarancji, szybkość reakcji serwisu itp.)

Rodzaj naruszenia:

Dokonanie istotnej zmiany warunków zamówienia (umowy) w stosunku do zapytania ofertowego i złożonej oferty - naruszenie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, sekcja 6.5.3 punkt 14 („stare” Wytyczne) oraz sekcja 6.5.2 punkt 17 („nowe” Wytyczne).

Przypadek 1:

Beneficjent przeprowadził postępowanie wyboru dostawcy sprzętu dermatologicznego. W zapytaniu ofertowym wskazano termin wykonania zamówienia jako 30 dni od jego udzielenia. Umowa z wykonawcą została podpisana w dniu 29.04.2016 r. i zobowiązywała ona wykonawcę do dostarczenia sprzętu w terminie „...30 dni od złożenia pisemnego zamówienia przez kupującego. Sprzedawca ponosi pełną odpowiedzialność za należyte wykonanie przedmiotu umowy w wyżej wymienionym terminie. Zamówienie zostanie złożone nie później niż do dnia 31.07.2016 r. W przypadku braku złożenia zamówienia w powyższym terminie, niniejsza umowa wygasa”. Zamówienie sprzętu – po podpisaniu umowy - zostało złożone 04.07.2016 r.

W zapytaniu ofertowym nie została przewidziana możliwość dokonywania żadnych zmian zapisów umownych. Z zapisów wskazanych powyżej jasno wynika, że postanowienia zawartej umowy zawierają zapisy inne od warunków postawionych w zapytaniu ofertowym. W omawianej umowie w sposób nieuprawniony zezwolono Wykonawcy na wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie wykraczającym poza ten, który został opisany w zapytaniu ofertowym. Dodatkowo warto zwrócić uwagę na niejednoznaczność terminologii używanej przez Zamawiającego, która miała wpływ na zaistnienie ww. nieprawidłowości. Moment udzielenia zamówienia to zgodnie z przyjętym orzecznictwem moment podpisania umowy z wykonawcą a nie przesłania dodatkowego dokumentu pn. zamówienie, które to zdarzenie miało miejsce w opisanym przypadku. Ta istotna zmiana postanowień umowy w stosunku do zapytania ofertowego i oferty wykonawcy w niedozwolony sposób wydłuża termin wykonania przedmiotu zamówienia i jest naruszeniem „Zasady konkurencyjności”, która stanowi, że: Nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy, o której mowa w pkt 12, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że w zapytaniu ofertowym została przewidziana możliwość dokonania takiej zmiany oraz zostały określone warunki takiej zmiany. Powyższe zapytanie ofertowe nie przewidywało takiego zakresu i warunków zmiany umowy.

Przypadek 2:

W upublicznionym zapytaniu ofertowym Wnioskodawca w ramach planowanego terminu realizacji zamówienia zastrzegł: „w przypadku niedotrzymania terminu dostawy urządzenia w terminie do 20.12.2016 r. dostawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 30 % netto wartości kontraktu”. Taki zapis nie znalazł się ostatecznie w zawartej umowie z wykonawcą. W opinii DIP, zapis odnoszący się do kar umownych jest istotnym elementem umowy, który nie powinien być w niej pominięty i w opisanej sytuacji zapewnić miał spójność między zapisami zapytania ofertowego i oferty a postanowieniami umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający/beneficjent powinien zadbać nie tylko o to, aby dokonać wyboru wykonawcy zamówienia, zgodnie z kryteriami ustalonymi w zapytaniu ofertowym, ale także, aby postanowienia zapytania ofertowego (warunki zamówienia w nim zawarte) znalazły się w umowie z wykonawcą.

Przypadek 3:

W zapytaniu ofertowym jako przedmiot zamówienia wskazano rozbudowę z przebudową budynku laboratorium, zagospodarowanie terenu nieruchomości oraz przebudowę sieci zewnętrznej kanalizacji deszczowej. Ponadto zakresem przedmiotu zamówienia było objęte wykonanie kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla przedsięwzięcia inwestycyjnego. W ww. zapytaniu wskazano termin realizacji przedmiotu zamówienia „od dnia zawarcia umowy do dnia 01.10.2016 r.” W zwycięskiej ofercie jako termin realizacji zamówienia wskazano okres tożsamy z wymogami postawionymi w Zapytaniu ofertowym: „od dnia podpisania umowy do 01.10.2016 r.”. Jednym z załączników do Zapytania ofertowego był Wzór umowy jaką zamawiający zamierza zawrzeć z Oferentem, który złoży najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszelkie wymagania, w której w §2 pkt 1 wskazano, iż „Wykonawca przystąpi do realizacji zamówienia niezwłocznie po podpisaniu umowy i zakończy jego realizację nie później niż do dnia.....”. Jednocześnie w Zapytaniu ofertowym nie została przewidziana możliwość dokonywania żadnych zmian zapisów umownych. W umowie zawartej z wybranym wykonawcą w §2 pkt 1 wskazano, iż „Wykonawca przystąpi do realizacji zamówienia niezwłocznie po podpisaniu umowy i zakończy jego realizację nie później niż do dnia 01.10.2016 r. Termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie ustala się na 15 grudnia 2016 r.”. Należy zauważyć, iż postanowienia zawartej umowy zawierają zapisy inne od warunków postawionych w Zapytaniu ofertowym i załączonym do niego wzorze umowy. W podpisanej umowie w sposób nieuprawniony zezwolono Wykonawcy na wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie wykraczającym poza ten, który został opisany w Zapytaniu ofertowym. Z zapisów Zapytania ofertowego w sposób jednoznaczny wynika, iż wybudowanie budynku oraz wykonanie niezbędnej dokumentacji i uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku należy traktować łącznie jako przedmiot zamówienia i czas na jego wykonanie określono na 1.10.2016 r., a nie jak to wyrażono w umowie z Wykonawcą – w terminie do dnia 15.12.2016 r. (termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie).

Rekomendacja DIP:

Należy ostrożnie i jasno formułować zapisy zapytania ofertowego pod kątem istotnych postanowień przyszłej umowy tj. np. terminu dostawy, okresu gwarancji itp., ewentualnie już na tym etapie postępowania precyzyjnie wskazać, który z tych elementów umowy może się zmienić, w jakich okolicznościach i w jakim zakresie. Za istotne postanowienia uznaje się w skrócie takie, które wpływają lub przynajmniej mogłyby wpłynąć na krąg potencjalnych oferentów. Przykładowo, termin wykonania zamówienia jest istotnym postanowieniem, gdyż na jego podstawie oferent podejmuje decyzję o udziale w postępowaniu (rozważa, czy jest w stanie zrealizować zamówienie w wymaganym terminie czy też nie). Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, z istotną zmianą umowy mamy do czynienia w następujących przypadkach:

- „jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”,
- „jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane”,

- „gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia”.

Zgodnie z ostatnią przesłanką, istotną zmianą nie jest taka, która wprowadza postanowienia mniej korzystne dla wykonawcy i jest to zgodne z założeniami przesłanki nr 1 (w takim przypadku bowiem krąg oferentów ulega potencjalnie ograniczeniu w stosunku do pierwotnych postanowień).

Rodzaj naruszenia:

Nierówne traktowanie wykonawców i brak transparentności postępowania - naruszenie Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, sekcja 6.5.1 punkt 4 („stare” Wytyczne) oraz sekcja 6.5 punkt 1 („nowe” Wytyczne).

Przypadek:

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 04.03.2016 r. przez upublicznienie zapytania ofertowego na stronie internetowej Wnioskodawcy oraz przesłaniu w tym samym dniu zapytania ofertowego do 4 potencjalnych oferentów oraz upublicznieniu w Dzienniku Urzędowym UE. W zapytaniu ofertowym upublicznionym na stronie internetowej Wnioskodawcy termin realizacji zamówienia, tj. termin dostawy linii paletyzacji i foliowania określono na 3 miesiące od daty podpisania umowy/złożenia zamówienia. Z kolei w zapytaniu ofertowym upublicznionym w Dzienniku Urzędowym UE termin realizacji zamówienia określono na 2 miesiące od udzielenia zamówienia.

W omawianej sytuacji Zespół kontrolujący DIP stwierdził, że w ww. procedurze udzielenia zamówienia doszło do naruszenia przepisów zawartych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 w zakresie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Rozbieżność w informacjach dotyczących terminu realizacji zamówienia zawartych w zapytaniu ofertowym upublicznionym na stronie Beneficjenta i zapytaniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE stanowi naruszenie „Zasady konkurencyjności”, która stanowi, że: Wszyscy wykonawcy mają taki sam dostęp do informacji dotyczących danego zamówienia publicznego i żaden wykonawca nie jest uprzywilejowany względem drugiego, a postępowanie jest przeprowadzone w sposób transparentny. Uczciwa konkurencja oznacza możliwość uzyskania zamówienia przez wielu odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy działając zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami mogą złożyć konkurencyjną ofertę. Opisana rozbieżność stawiała w uprzywilejowanej sytuacji tych z potencjalnych oferentów, którzy o treści zapytania dowiedzieli się ze strony internetowej Wnioskodawcy (dłuższy termin dostawy).

Rekomendacja DIP:

Należy zadbać o jednakowe upublicznianie i udostępnianie **wszelkich** informacji dotyczących zamówienia, w szczególności takich, które mają potencjalny wpływ na decyzję o złożeniu oferty, jej

kształt oraz na krąg ewentualnych oferentów. DIP zwraca uwagę, że **w taki sam sposób należy upublicznić wszystkie dokumenty** dotyczące postępowania, czyli np. dokumentację techniczną, rysunki, opracowania, przedmiary robót. Niedopuszczalna jest np. sytuacja, kiedy z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w zapytaniu ofertowym wynika, że do złożenia oferty niezbędne jest zapoznanie się z projektem technicznym, który dostępny jest w siedzibie zamawiającego. W przypadku, kiedy potencjalni oferenci kierują do Zamawiającego pytania lub uwagi dotyczące postępowania, odpowiedzi na takie pytania należy udostępnić innym oferentom **w takiej samej formie**, w jakiej skierowano do nich zapytanie ofertowe (czyli upublicznić w Internecie lub wysłać bezpośrednio do oferenta).