

Błędy w postępowaniach
o udzielenie zamówienia
publicznego w projektach
współfinansowanych
ze środków UE

Korekty finansowe za naruszenia

Kwalifikowalność wydatków – znaczenie pojęcia i podstawy prawne ocen

- ▶ Operacje finansowane przez fundusze powinny być zgodne z postanowieniami Traktatu, dokumentami przyjętymi na jego podstawie, politykami wspólnotowymi, w tym dotyczącymi zamówień publicznych

Art. 9 (2) i (5) rozporządzenia 1083/2006

- ▶ Ten przepis rozporządzenia, czyli aktu prawa wspólnotowego, który wywołuje skutek bezpośredni i nie wymaga wdrożenia do krajowych porządków prawnych zobowiązuje do wydawania środków z funduszy zgodnie z dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych. Tak bowiem należy rozumieć „dokumenty przyjęte na podstawie Traktatu (...)” dotyczące zamówień publicznych

Zasady Traktatu i ich wpływ na zamówienia publiczne

- ▶ **Swoboda przepływu towarów** - to np. zakaz żądania wyłącznie krajowych certyfikatów (wyrok ETS z dnia 26 października 1989 r. W sprawie 212/88 Levy)
- ▶ **Swoboda przepływu usług** - usługi w rozumieniu art. 50 TWE Traktatu również roboty budowlane
- ▶ **Swoboda przepływu kapitału** - to np. prawo wyboru banku wystawiającego wadium lub zabezpieczenie należytego wykonania umowy
- ▶ **Swoboda przepływu osób** to np. uznawanie dyplomów i kwalifikacji zawodowych. Dla realizacji tej zasady ustawa o samorządach zawodowych architektów inżynierów budownictwa oraz urbanistów tworzy tzw. wpis tymczasowy

Akty prawne istotne ze względu na ocenę kwalifikalności wydatków

- ▶ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych
- ▶ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju
- ▶ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi ustanawiająca zasady udzielania zamówień publicznych przez jednostki publiczne .
- ▶ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych
- ▶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999

Prawo wspólnotowe - zasady bezpośredniego stosowania dyrektyw

ETS - sprawa C – 103/88

Na prawo dyrektyw może powoływać się jednostka przeciw Państwu. Nigdy odwrotnie.

W systemie finansów publicznych oraz zamówień publicznych oznacza to, że to osoba fizyczna lub wykonawca – osoba prawna – w tym wykonawca zagraniczny, którego prawa naruszono nie wdrażając dyrektyw może na ich brzmienie powoływać się przeciw państwu polskiemu.

ETS -sprawa C- 188/89

Pojęcie Państwa w rozumieniu prawa UE należy traktować abstrahując od jego definiowania w krajowych porządkach prawnych. W orzecznictwie ETS pojęcie *państwa* rozumiane jest bardzo szeroko. Obejmuje ono nie tylko organy administracji centralnej lub samorządowej lub inne organy wykonujące władzę publiczną, ale również podmioty podporządkowane władzy państwowej, znajdujące się pod jej kontrolą i wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne.

Prawo wspólnotowe - zasady bezpośredniego stosowania dyrektyw

ETS - sprawa C - 236/92

Jeśli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo.

ETS - sprawa C – 71/92

Interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, a w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia, do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym”.

Wspólnotowe podstawy prawne ustalania korekt

- ▶ **Art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006**
 - ▶ Państwa członkowskie ponoszą odpowiedzialność za śledzenie nieprawidłowości i dokonując wymaganych korekt finansowych.
- ▶ **Art. 99 rozporządzenia (WE) nr 1083/2006**
 - ▶ Jeżeli państwo członkowskie nie dokona niezbędnych korekt finansowych, Komisja może samodzielnie zdecydować o dokonaniu wymaganych korekt finansowych poprzez anulowanie w całości lub w części wkładu wspólnotowego na rzecz programu operacyjnego.

Krajowe podstawy ustalania korekt

Art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a ustawy o zasadach prowadzenia polityki i rozwoju wskazuje, że Instytucja Zarządzająca:

- ▶ Odzyskuje kwoty podlegające zwrotowi, w tym wydaje decyzje o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań
- ▶ Ustala i nakłada korekty finansowe, o których mowa w art. 98 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006

Taryfikator. Co to takiego?

Dokument wydany na podstawie art. 15a ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju

„Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia Prawa Zamówień Publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy Unii Europejskiej”

Co to takiego – korekta?

- ▶ **Korekta** – poprawianie, usuwanie błędów (wg PWN)
- ▶ **Korekta** – pogorszenie warunków umowy poprzez odebranie dotacji (wg MRR)
- ▶ **Metody naliczania korekt**
 - ▶ Metoda dyferencyjna
 - ▶ Metoda wskaźnikowa

Procedura nakładania korekt

▶ **Kontrola postępowania**

- ▶ umowne prawo kontroli
- ▶ przekazanie wyników kontroli;
- ▶ przedstawienie zastrzeżeń do wyników kontroli

▶ **Wezwanie do zwrotu środków**

- ▶ wszczęcie postępowania administracyjnego;
- ▶ decyzja o zwrocie środków;
- ▶ odwołanie do Instytucji zarządzającej (lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy)
- ▶ prawo do sądu

Obszary najczęstszych błędów

- ▶ Wybór trybu zamówienia
- ▶ Ustalanie wartości zamówień
- ▶ Zmiany SIWZ i ogłoszeń
- ▶ Opis przedmiotu zamówienia
- ▶ Warunki udziału w postępowaniu
- ▶ Ocena ofert
- ▶ Zmiany umów

Wybór trybu udzielania zamówienia

- ▶ **Zakaz stosowania zapytania o cenę**
 - ▶ w przypadku usług informatycznych – jeśli nie są standardowe (czyli zawsze)
- ▶ **Zakaz nadużywania zamówienia z wolnej ręki**
 - ▶ w przypadku usług informatycznych – głównie ze względu na prawa autorskie (w tym osobiste)
 - ▶ ze względu na pilność i natychmiastowość
 - ✓ C - 318/94 - organ państwowy obowiązany zatwierdzić projekt może dopuścić się zwłoki lub nakazać zmiany w projekcie i nie może to stanowić nieprzewidywalnej okoliczności i przesłanki do w. r.
 - ✓ C – 394/02 - konieczność wykonania robót, w terminach określonych przez organ właściwy nie stanowi powodów dla odstąpienia od procedur przetargowych

Zamówienia z wolnej ręki

▶ **Zamówienia uzupełniające**

- ▶ Wyłącznie po zamówieniach udzielonych w trybach przetargowych
- ▶ Obowiązek przewidzenia w ogłoszeniu
- ▶ Zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego
- ▶ 3 lata od udzielenia zamówienia podstawowego
- ▶ Wartość !

▶ **Zamówienia dodatkowe**

- ▶ Nieprzewidywalność obiektywna przy zachowaniu należytej staranności
- ▶ Nieprzewycięzalna niemożność oddzielenia od zamówienia podstawowego
- ▶ Bezwzględny brak możliwości ukończenia zamówienia podstawowego bez dodatkowego
- ▶ Wyłącznie w trakcie trwania umowy o zamówienie podstawowe

▶ **Nieudane uprzednie postępowania jako przesłanka**

- ▶ Brak ofert niepodlegających odrzuceniu
- ▶ Wolna ręka czy negocjacje bez ogłoszenia

Procedury przyspieszone

- ▶ Wyłącznie po udowodnieniu **pilności**
- ▶ Czy pilność może być zawiniona przez zamawiającego?
 - ▶ Wg dyrektyw TAK
 - ▶ Wg Komisji Europejskiej – NIE
- Czy niezbędne jest wykazanie, że nie dało się zachować terminów dla innych trybów?
 - Zgodnie z art. 49 ust 3 Pzp – NIE
 - Zgodnie z art. 38 ust 8 dyrektywy 2004/18 - TAK

Wady dotyczące ogłoszenia i SIWZ

- ▶ Brak informacji w ogłoszeniach o zmianie terminu składania (ofert/wniosków)
- ▶ Zbyt krótkie przesunięcie terminu składania (ofert /wniosków)
Zasady stosowania art. 12a ustawy Pzp
- ▶ Wyjaśnianie treści SIWZ czy odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ?
- ▶ Terminy zwracania się o wyjaśnienia w prawie UE i ustawie Pzp
 - ▶ Wnioski o wyjaśnienie złożone w 2 poł. terminu, czy reagować?
 - ▶ Zasady przesuwania terminu składania wniosków/ofert po udzieleniu wyjaśnień
- ▶ Podwykonawstwo w SIWZ. Różnice między Pzp i Kc.
- ▶ Kryteria nie związane z przedmiotem zamówienia – w tym kryteria podmiotowe

Ustalanie wartości zamówień w projektach UE

Projekt to zorganizowany i ułożony w czasie (z określonym początkiem i końcem) ciąg wielu działań, zmierzający do osiągnięcia konkretnego i mierzalnego wyniku, adresowany do wybranych grup odbiorców, wymagający zaangażowania znacznych, lecz limitowanych środków rzeczowych, ludzkich i finansowych.

Jak nie należy dzielić zamówień?

Zamówienia w ramach instytucji

Zamówienia w ramach projektów UE

Zamówienia w ramach projektów UE
(ta sama instytucja wdrażająca)

Zamówienia w ramach jednego
projektu UE

Wartość projektu a wartość zamówień – czemu to nie to samo?

Rodzaje zamówień
w projekcie

dostawy

usługi

roboty
budowlane

I wszystko
jasne!!

Czyli co z czym łączyć ?

- ▶ Tożsamość zasad obowiązujących w projekcie i w „zwykłych zamówieniach”
- ▶ Decyduje przedmiot a nie podmiot

podobieństwo



zastępowalność



przewidywalność

- ▶ Kod CPV ???

Czas projektu a wartość zamówień

- ▶ Wieloletnie sumowanie – kiedy ?
- ▶ Roczne sumowanie – kiedy ?
- ▶ Jak sumować ze sobą zamówienia z projektów rozpoczynanych w różnym czasie ?
- ▶ A co w kolejnych latach ?

Podstawa prawna – art. 32 ust 4 Pzp

Przykłady - usługi reklamowe

- ▶ Kod CPV: 74410000-6 usługi reklamowe, 79341400-0 usługi prowadzenia kampanii reklamowych
- ▶ W praktyce - zakup usług:
 - ▶ promocja podczas przedsięwzięć kulturalno – promocyjnych: wystawy, koncerty, prezentacje, happeningi, letnie festiwale muzyczne,
 - ▶ realizacja publikacji wydawniczych promujących przedsięwzięcie (foldery, ulotki, plakaty),
 - ▶ publikacja reklamy w gazetach i wydawnictwach,
 - ▶ naklejki, kubeczki, długopisy, smycze, magnesy, karty do gry, stemple promocyjne, pendriv'y, portfele, t-shirty, bluzy polarowe i inne
- ▶ **Wspólny kod CPV = szczególna staranność w ocenie czy wartość należy ustalać łącznie**
- ▶ **Dopiero przesądzenie, że na rynku te świadczenia są grupowane w węższej rozumiane specjalności – można je ew. rozdzielić**

Przykłady cd

- ▶ Zawsze odrębnie usługi wymagające szczególnych kompetencji (np. uprawnień) takie jak ochrona, usługi zdrowotne,
- ▶ Zawsze odrębnie zamówienia o szczególnych cechach - artystyczne, monopolistyczne
- ▶ Asystent i sekretarka – razem
- ▶ Nauczyciel matematyki i nauczyciel j. polskiego – oddzielnie
- ▶ Kuratorzy wystaw – w zależności od specjalizacji (tematyki wystaw)
- ▶ Ankieterzy – wszyscy łącznie

Niebezpieczne uzupełniające

1. Ogłoszenie - 150 + 50% = 225

Wykorzystanie

150 + 60% = niekwalifikowalność zamówienia
uzupełniającego

2. Ogłoszenie 150 + 20% = 180

Wykorzystanie

150 + 30% = niekwalifikowalność całości

Ile można stracić?

- ▶ **100 %** - jeśli podział doprowadzi do całkowitego braku ogłoszenia, a wartość ustalona prawidłowo przekracza wartości z art. 11 ust 8 Pzp
- ▶ **25%** jeśli doprowadzi do ogłoszenia w BZP zamiast w Dz.U. UE a wartość ustalona prawidłowo przekracza wartości z art. 11 ust 8 Pzp
- ▶ **25%** jeśli doprowadzi do braku ogłoszenia w BZP a wartość ustalona prawidłowo jest niższa od wartości z art. 11 ust 8
- ▶ Jeśli zachodziłyby przesłanki do trybu bez ogłoszenia, to korekty winny być ustalane poprzez ocenę, czy nie doszło do ustalenia dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu, oraz czy zaproszono wystarczającą liczbę wykonawców. Korekta wyniesie wówczas **5 -100%**.

Opis przedmiotu zamówienia

- ▶ **Stosowanie nazw własnych bez uzasadnienia**
 - ▶ Stosowanie nazw własnych z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych
 - ▶ Stosowanie nazw własnych i niedopuszczenie rozwiązań równoważnych
 - ▶ Nazwa własna jako przykład
- ▶ Dyskryminacja bezpośrednia (wykonawców)
- ▶ Dyskryminacja pośrednia (producentów)
- ▶ **Opis o dyskryminacyjnym charakterze** - ukryte w opz rozwiązania wskazujące na konkretny produkt

Opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu

- ▶ **Celowa dyskryminacja** - Uzyskanie przez zamawiającego informacji, iż dany podmiot nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a następnie ustalenie ich właśnie w taki sposób jest czynem zabronionym na podstawie art. 6 ust 1 UOOKiK (SOKiK sygn. akt XVII Ama 23/06)
- ▶ **Uprawnienia TAK - żądanie autoryzacji NIE.** Zabronione w świetle teoria urzędzeń kluczowych (*essential facilities doctrine*), sformułowanej we wspólnotowym prawie konkurencji.
 - ▶ **Błędne wyroki KIO** - z dnia 21 maja 2009 sygn. akt KIO/UZP 590/09; z dnia 9 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 802/09; z dnia 3 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1089/09; z dnia 1 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 986/08
 - ▶ **Prawidłowe wyroki KIO** - z dnia 4 grudnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP, wyrok ZA z dnia 26 września 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2630/05, wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-726/05, UZP/ZO/0-529/05.

Ustalanie warunków – konkretne problemy

- ▶ **Blankietowość warunku** (brak opisu sposobu spełniania) - wada
 - ▶ Wyrok SO w Łodzi z dnia 8 listopada 2007 r.
 - ▶ Wyrok SO w Toruniu z dnia 06 grudnia 2007 r. sygn. akt VI Ga 87/07
- ▶ **Zdolność kredytowa**
 - ▶ Łączne spełnianie przez konsorcjum – dobrze, ale... (tzw. wędrujący milion)
 - ▶ Polisa ubezpieczeniowa – wystarczy jedna !
- ▶ **Doświadczenie**
 - ▶ Ograniczanie oświadczenia wyłącznie do nabytego w Polsce (KIO/UZP 2017/10)
 - ▶ długość okresu prowadzenia działalności
 - ▶ podwykonawstwo obowiązkowe czy nie ? (**Wyroki KIO/UZP 1265/10; KIO/UZP 1333/10**)
 - ▶ Nieadekwatność doświadczeń do przedmiotu świadczenia
 - ▶ Źródło finansowania zamówienia (różnice między zamówieniami wykonawczymi i nadzorowaniem projektu)

Ustalanie warunków – konkretne problemy

▶ Dysponowanie osobami

- ▶ Znajomość j. polskiego ZA UZP/ZO/0-2409/06
- ▶ Posiadanie obywatelstwa - BZP z dnia 15 lutego 2010 r. nr ogłoszenia 31059-2010
- ▶ Wpis na listę członków samorządu zawodowego (stan przeszły – stan obecny)

▶ Wady w ustalaniu warunków dla konsorcjów

Co się sumuje a co nie ?

Kłopoty z żądaniem pełnomocnictw i dokumentów 1

- ▶ Brak informacji o żądanych dokumentach
 - ▶ Zawarcie w ogłoszeniu lub SIWZ wyłącznie powtórzenia normy prawnej o dokumentach zamiennych od wykonawców zagranicznych
 - ▶ Żądanie w drodze wezwania z art. 26 ust 3 dokumentów nie żądanych w SIWZ i ogłoszeniu
- ▶ Nie uznawanie dokumentów zgłoszonych przez Państwa UE do Komisji jako potwierdzające wymagania określone w dyrektywach
- ▶ par. 5 ust 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.... – certyfikaty przedmiotowe i podmiotowe tylko z UE i EOG. Dyrektywa – również z krajów, które podpisały umowy o równym traktowaniu

Kłopoty z żądaniem pełnomocnictw i dokumentów 2

- ▶ Prawo właściwe do oceny prawidłowości pełnomocnictwa (art. 12 ustawy Ppm)
- ▶ Wady co do formy żądanych dokumentów:
 - ▶ żądanie poświadczenia tłumaczeń przez tłumacza przysięgłego,
 - ▶ żądanie notarialnego potwierdzenia za zgodność z oryginałem,
 - ▶ sposób potwierdzenia kopii pełnomocnictw
- ▶ Różne znaczenie pojęć w różnych językach („referencje”)

Dopuszczalność powołania na potencjał podmiotów trzecich

- ▶ **Techniczny** – najprostsze zasady
- ▶ **Osobowy**
 - ▶ udostępnianie pośrednie
 - ▶ udostępnianie bezpośrednie
- ▶ **Finansowy**
 - ▶ szczególne zasady weryfikacji potencjału posiadanego przez podmiot trzeci (obowiązek żądania dokumentów)
 - ▶ brak możliwości powołania na potencjał wykazywany zdolnością ubezpieczeniową

Dopuszczalność powołania na potencjał podmiotów trzecich (c.d.)

▶ **Ekonomiczny**

konieczność bezpośredniego stosowania dyrektyw

▶ **Doświadczenie i wiedza**

kontrowersje wobec obowiązku udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia

Udostępnianie potencjału a udział w realizacji zamówienia

- ▶ Potencjał techniczny, finansowy, ekonomiczny i osobowy – zrozumiałe zasady
- ▶ Doświadczenie i wiedza – tożsamy przepis – różne interpretacje:
 - ▶ Brak obowiązku uczestnictwa w realizacji zamówienia
 - ▶ Obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia
 - ▶ Obowiązek podwykonawstwa

Dokumenty wskazujące na prawo do korzystania z potencjału

- ▶ Krąg podmiotów, które mogą udostępnić potencjał,
- ▶ Pisemne zobowiązanie – czy wystarczy ?
 - ▶ Większa elastyczność dyrektywy
 - ▶ Wady braku dopuszczalności żądania umowy
- ▶ Niezbędna treść zobowiązania,
- ▶ Interpretacja pojęcia „pisemny”,

Dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających potencjał

Prawo żądania przez Zamawiającego

- ▶ **Żądać czy nie żądać ?**
- ▶ Niezgodne z prawem brzmienie elektronicznego formularza UZP

„wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy” (cyt: formularz ogłoszenia o zamówieniu www.uzp.gov.pl)

- ▶ Wątpliwe podstawy do uzupełniania dokumentów dotyczących podmiotów trzecich

Ocena ofert

- ▶ Żądanie pieczęci, oznaczeń, parafowania, czytelnego podpisu
- ▶ Uzupełnienie ofert
 - ▶ Uzupełnienie o niezalączony parafowany wzór umowy
 - ▶ Uzupełnienie harmonogramów
 - ▶ Uzupełnienie kosztorysów
- ▶ Niewyjaśnienie ceny rażąco niskiej (brak uszczerbku dla budżetu)
- ▶ Ocena w oparciu o kryteria
 - ▶ Niezastosowanie regulaminu komisji do oceny ofert
 - ▶ Stosowanie kryteriów nie podanych w SIWZ
 - ▶ Stosowanie podkryteriów nie podanych w SIWZ – (różnice między Pzp a dyrektywami)
- ▶ Kryteria nietypowo opisane
 - ▶ Ustalanie znaczenia kryterium ceny wobec kryteriów niecenowych
 - ▶ Poddanie ocenie w kryterium ceny wyłącznie najlepszych niecenowo

Unieważnienie postępowania

- ▶ Nadużywanie przesłanki z art. 93 ust 1 pkt 6 Pzp
O ile przedsiębiorca (wykonawca) działa zgodnie z prawem ma prawo liczyć, że interes publiczny nie sprzeciwi się osiągnięciu przezeń celów gospodarczych. (Uchwała TK sygn. akt. W8/96)
- ▶ Nadużywanie przesłanki z art. 93 ust 1a Pzp
Prawo do unieważnienia ze względu na brak środków z UE, nawet gdy zamawiający pozyskał inne zamiennie środki (dotację celową na to zamówienie) – wyrok KIO
- ▶ Nadużywanie przesłanki z art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp
Podawanie podczas otwarcia ofert kwoty niższej od faktycznie posiadanej wyłącznie w celu umożliwienia unieważnienia przetargu.

Zmiana umów

- ▶ Zamieszczanie w SIWZ uchylonego w 2008 r. brzmienia art. 144 Pzp jako przesłanki zmiany umów (niezgodne z prawem UE w świetle wyroku ETS C - 454/06)
- ▶ Zwiększanie zakresu zamówienia w drodze aneksu do umowy przy jednoczesnym zwiększeniu wynagrodzenia
- ▶ Zmniejszanie zakresu umowy, bez pomniejszenia wynagrodzenia

Dziękuję za uwagę.

**Grupa Doradcza Sienna Sp z o.o.
ul. Górnośląska 1/188
00-443 Warszawa
tel: 22 654 77 41
e-mail: grupasienna@grupasienna.pl**