



2012-12-07
9344
L. dz.
podpis:

WWRPO-VII.441(5.1.1/2009/001).2012.PP.03

Szczecin, dnia 30 listopada 2012 r.

20 WRP
W. S. Kubiński
11.12.2012r

Pan
Robert Adamczyk
Burmistrz Choszczna
ul. Wolności 24
73-200 Choszczno

Dotyczy: Informacji w sprawie zakończenia czynności kontrolnych w projekcie nr RPOWZ/5.1.1/2009/001/Sz pt. „Turystyczno – rekreacyjne zagospodarowanie terenów wokół jeziora Klukom oraz na Miejskiej Górze w miejscowości Choszczno”.

Institucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (IZ RPO WZ) pragnie poinformować o zakończeniu czynności związanych z kontrolą planową projektu nr RPOWZ/5.1.1/2009/001/Sz pt. „Turystyczno – rekreacyjne zagospodarowanie terenów wokół jeziora Klukom oraz na Miejskiej Górze w miejscowości Choszczno”. Mając na uwadze informacje zawarte w protokole z kontroli i Państwa pismo znak: IBPP.I.0222.115.5.2012 z dnia 22.10.2012r. IZ RPO WZ informuje, co następuje:

1)
W nawiązaniu do przesłanych wyjaśnień protokołu z kontroli dotyczących naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP) w postępowaniach pn. „Turystyczno – rekreacyjne zagospodarowanie terenów wokół jeziora Klukom w miejscowości Choszczno” i „Turystyczno – rekreacyjne zagospodarowanie terenów na Miejskiej Górze w miejscowości Choszczno”, IZ RPO WZ informuje, iż:

Zgodnie z zapisami protokołu pokontrolnego, stwierdzono w obu w/w postępowaniach naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy PZP, poprzez żądanie od wykonawców na spełnienie warunku ekonomiczno finansowego dołączenia do oferty „oświadczenia, że wykonawca zobowiązuje się w terminie do 14 dni od zawarcia umowy do ubezpieczenia budowy z tytułu odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej na kwotę nie mniejszą niż wartość kontraktowa robót brutto określona w ofercie”.



W opinii IZ RPO WZ żądanie wymienionego oświadczenia zamiast opłaconej polisy oc, w ramach przedmiotowego postępowania było nieuzasadnione.

Jednakże w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunkiem postawionym przez Zamawiającego jest posiadanie przez Wykonawców ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wymaga od Wykonawców dokumentu na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, czyli polisy ubezpieczenia OC. Dlatego też przedmiotowe oświadczenie ujęte w SIWZ zostało potraktowane przez Zespół Kontrolujący jako inny dokument nie związany z warunkami udziału w postępowaniu. Niezałączenie takiego oświadczenia do oferty nie wpłynęłoby na konieczność wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Wobec powyższego, mając na uwadze, poprawność postawionego warunku w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ Zespół Kontrolujący po ponownej weryfikacji dokumentacji kontroli odstępuje od wykazywania nieprawidłowości związanej z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy PZP.

2)

W nawiązaniu do przesłanych wyjaśnień protokołu z kontroli dotyczących naruszenia ustawy PZP w postępowaniu pn. „Zarządzanie projektem oraz pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją inwestycji pn. Turystyczno - rekreacyjne zagospodarowanie terenów wokół jeziora Klukom oraz na Miejskiej Górze w miejscowości Choszczno”, IZ RPO WZ informuje, iż:

a) Beneficjent (zamawiający) nie dopuścił możliwości wykonania zamówienia przy udziale podwykonawców naruszając tym samym art. 7 ust. 1 na mocy art. 36 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym „wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom”. W świetle powyższego należy zwrócić uwagę, iż zamówienie polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu trudno uznać za specyficzne w stopniu uzasadniającym wprowadzenie takiego ograniczenia. W praktyce wprowadzenie zakazu korzystania z podwykonawstwa ma na celu zapewnienie, że wykonawca zweryfikowany w toku postępowania będzie zdolny do wykonania zamówienia, jednak żadna właściwość usług stanowiących przedmiot zamówienia nie wskazuje, iż korzystanie z podwykonawców mogłoby narazić zamawiającego na nienależyte ich wykonanie. Takie ograniczenie należy uznać za nieuprawnione w świetle art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 5 ustawy PZP.

Ponadto mając na uwadze Postanowienie Zespołu Arbitrów z dnia 26.04.2006r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1137/06) zapisy w SIWZ narzucające wykonawcom wykonanie zamówienia własnymi siłami (bez podwykonawców) naruszają art. 36 ust 3 ustawy PZP (wg. stanu na dzień analizowanego przez arbitrów postępowania) tj. „Zamawiający żąda od wykonawcy wskazania tej części zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić podwykonawcom” jak również naruszają zasady wynikające z art. 7 ust 1 ustawy PZP. Zamawiający poprzez umieszczenie przedmiotowego zakazu w SIWZ wykluczył z

postępowania tych wykonawców, którzy przy realizacji części przedmiotu zamówienia posługiwali by się podwykonawcami. Zgodnie z orzeczeniami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) „podwykonawstwo to reguła przy realizacji zamówień publicznych i zakazanie go w zakresie materialnych części zamówienia pozostaje w sprzeczności z dyrektywami” (Orzeczenie ETS C-389/92). Wobec powyższego IZ RPO WZ uznaje, iż Beneficjent (Zamawiający) w ramach przedmiotowego postępowania naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia wykonawców wynikającą z art. 7 ust 1 ustawy PZP.

Mając na uwadze wskazane w protokole ustalenia oraz w kontekście wyjaśnień udzielonych przez Beneficjenta w przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie naruszenia przez Beneficjenta (Zamawiającego) art. 7 ust. 1 na mocy art. 36 ust. 5 ustawy PZP.

Mając na uwadze zapisy § 10 ust. 7 umowy o dofinansowanie oraz wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w sprawie „Wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, wskaźnik procentowy do obliczenia korekty w zakresie powyższego naruszenia wynosi 5% (na podstawie Aneksu nr 1 do Taryfikatora, tzw. Taryfikatora uszczegóławiającego przyjętego uchwałą Zarządu Województwa nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r. pozycja nr 5).

b) Zgodnie z zapisami protokołu pokontrolnego, stwierdzono naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie warunku: Posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, żądając od wykonawców aby wykazali, iż wykonali: **co najmniej 6 projektów współfinansowanych z funduszy Unii Europejskiej dla Jednostek Samorządu Terytorialnego.**

Zgodnie z opinią wyrażoną w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.03.2011r. (sygn. akt KIO /KD 20/11) dla dokonywania czynności związanych z rozliczaniem inwestycji nie ma znaczenia, czy finansowanie danego zamówienia dokonywane jest z udziałem czy bez udziału środków unijnych i w żadnej mierze nie powinno to wpływać na ocenę doświadczenia w prawidłowym dokonywaniu operacji finansowych, stąd odwołanie się przez Zamawiającego przy opisie warunków udziału w postępowaniu do finansowania inwestycji ze środków UE, uznano za ograniczenie w sposób nieuprawniony dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dysponują osobami mającymi doświadczenie i wiedzę wystarczającą do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. O doświadczeniu Inwestora świadczy wielkość, stopień, złożoność inwestycji, na której pełni funkcję, nie zaś jej sposób finansowania. Dodatkowo poszczególne instytucje zagraniczne przyznające środki finansowe mogą ustalać różne procedury ich wydatkowania, co nie gwarantuje, że wykonawca znający procedury jednej takiej instytucji będzie również dysponował wiedzą w zakresie zasad wydatkowania środków innego źródła.

Jednoczenie wymaganie od wykonawców posiadania doświadczenia w realizacji 6 projektów Zdaniem zespołu kontrolującego stanowi warunek nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia i jest naruszeniem art. 7 ust 1 ustawy PZP poprzez określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu. Określenie warunku doświadczenia przy realizacji sześciu projektów realnie ograniczyło możliwość przystąpienia do przedmiotowego postępowania rzetelnych wykonawców posiadających odpowiednie zasoby finansowe, kadrowe a którym ewentualny krótki okres działalności uniemożliwił wykazanie się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem gwarantującym wykonanie zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: „Celem określenia przez zamawiającego warunków wymaganego doświadczenia jest doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania zamówienia i daje rękojmię należytej jego realizacji. Swoboda zamawiającego w określeniu warunków udziału w postępowaniu jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji, a zatem zamawiający ma obowiązek takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, aby z jednej strony zapewnić należytą realizację zamówienia, zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania a z drugiej nie dopuścić do ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu potencjalnych podmiotów, które są zdolne do realizacji zamówienia publicznego, jednak przez rygorystyczne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu nie mogą złożyć oferty.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 marca 2010 r. KIO/UZP 168/10). Stąd wniosek, iż Zamawiający nie może nadmiernie, nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia określać warunków udziału w postępowaniu przetargowym, ograniczając tym samym uczciwą konkurencję. Zwrócić należy uwagę na literalne znaczenie art. 22 ust. 4 ustawy PZP, mówiącego, iż „Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, (...) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”. Tym samym określenie warunków znacznie przewyższających przedmiot postępowania ewidentnie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Należy też zwrócić uwagę na wyniki audytu Komisji Europejskiej (KE) z 2005r. dotyczącego projektów Funduszu Spójności, w którym KE między innymi podniosła niezasadność stawiania przez Beneficjentów warunku doświadczenia w projektach współfinansowanych ze środków UE.

W związku z powyższym w ocenie Zespołu Kontrolującego tak postawiony warunek utrudnił uczciwą konkurencję i nie zapewnił równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy PZP.

Mając na uwadze wskazane w protokole ustalenia oraz w kontekście wyjaśnień udzielonych przez Beneficjenta w przedmiotowej sprawie IZ RPO WZ podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie naruszenia przez Beneficjenta (Zamawiającego) art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Mając na uwadze zapisy § 10 ust. 7 umowy o dofinansowanie oraz wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w sprawie „Wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych

„Źródełków funduszy UE”, wskaźnik procentowy do obliczenia korekty w zakresie powyższego naruszenia wynosi 5% (tabela 4 pozycja nr 5).

3)

W nawiązaniu do przesłanych wyjaśnień protokołu z kontroli dotyczących naruszenia ustawy PZP w postępowaniu pn. „Zamówienie dodatkowe dla zadania: Turystyczno – rekreacyjne zagospodarowanie terenów wokół jeziora Klukom w miejscowości Choszczno”, IZ RPO WZ informuje, iż:

a) W nawiązaniu do zapisów w protokole z kontroli dotyczących naruszenia ustawy PZP w postępowaniu dotyczącym robót dodatkowych (umowa nr ZP-272/ 70353/ RD/ 2011r) do zadania pn. „Turystyczno – rekreacyjne zagospodarowanie terenów wokół jeziora Klukom w miejscowości Choszczno”, IZ RPO WZ informuje, iż poprawność udzielonego zamówienia badana była na etapie weryfikacji wniosku o płatność. **IZ RPO WZ stwierdziła wówczas naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP i względem zamówienia zastosowała korekta finansową.** Na podstawie dokumentacji zgromadzonej podczas kontroli planowej potwierdzono wcześniejsze stanowisko IZ RPO WZ.

W ocenie IZ RPO WZ zamówienie dodatkowe wykonane na podstawie powyższej umowy nie spełnia przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Zamówienie dodatkowe to zamówienie udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, nieobjęte zamówieniem podstawowym i nieprzekraczające łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędne do jego prawidłowego wykonania, którego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Powyższe ma miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji **zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług** (uchwała KIO/KD 35/10).

Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek swych zaniechań, czy też zaniedbań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia innego niż pierwotnie zakładany.

W związku z powyższym IZ RPO WZ podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące wysokości korekty finansowej dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1 na mocy art. 36 ust. 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Jednocześnie informuje, iż zgodnie z treścią wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w sprawie „Wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z

realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE" IZ RPO WZ naliczy korektę do postępowań, w których stwierdzono naruszenie w następujący sposób:

1. W postępowaniu przetargowym pn.: „Zarządzanie projektem oraz pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu nad realizacją inwestycji pn. Turystyczno - rekreacyjne zagospodarowanie terenów wokół jeziora Klukom oraz na Miejskiej Górze w miejscowości Choszczno” za naruszenie art. 7 ust. 1 na mocy art. 36 ust. 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP, nałożona zostanie korekta w wysokości 5 %.

50
5/2

Wysokość korekty obliczana będzie jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (50,00 % - zgodnie z umową o dofinansowanie) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (umowy).

W związku z powyższym, IZ RPO WZ informuje, iż czynności kontrolne zostają zakończone. W sprawie precyzyjnego określenia wysokości korekty finansowej (wraz z odsetkami), Beneficjent zostanie poinformowany odrębnym pismem.

W przypadku pytań lub wątpliwości proszę o kontakt z Kierownikiem Zespołu Kontrolującego p. Pawłem Peta pod nr tel. 91 44 11 145, e-mail: ppeta@wzp.pl

WICEMARSZAŁEK
Andrzej Jakubowski