

Załącznik nr 1 a

Stosowanie w PO IiŚ stawek korekt odnośnie nieprawidłowości zidentyfikowanych przez audyty KE

1. Cel

Poniższy dokument przedstawia ostateczne stawki korekt, jakie zostały przedstawione stronie polskiej w wyniku audytów KE w zakresie Funduszu Spójności w perspektywie finansowej 2000-2006, Planu Działań dla Polski na lata 2000-2006 oraz PO IiŚ.

2. Ostateczne stawki korekt za błędy wykazane w audytach

2.1. Wymóg posiadania przez wykonawców odpowiedniego sprzętu na etapie składania oferty

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości 10%.

KE zaproponowała nałożenie korekty w wysokości **5%** na wszystkie zamówienia publiczne, w których wykryto niniejsze uchybienie. Niemniej jednak, w przypadku wykrycia tego błędu należy przeanalizować całość dokumentacji przetargowej i jeżeli z zapisów wynika, że:

- a) wymagania faktycznie były postawione na czas realizacji inwestycji (np. z załączników do SIWZ wynika, że proponowany sprzęt/osoby przez wykonawców użyte będą do realizacji zamówienia) oraz
- b) zamawiający dopuszczał dysponowanie sprzętem niezależnie od tytułu prawnego; (np. akceptacja deklaracji, że wykonawcy zostanie udostępniony sprzęt pod warunkiem wygrania przez niego przetargu).

W ww. przypadkach, postawienie takich kryteriów, nie powinno zostać ocenione jako dyskryminacyjne.

Nie uznaje się za błąd przypadku, w którym zamawiający nie określił jednoznacznie etapu, na którym wykonawca musi przedstawić odpowiednie dokumenty potwierdzające zdolności techniczne i osobowe do wykonania danego zamówienia, a z toku postępowania wynika, że żaden z wykonawców nie został odrzucony w trakcie trwania procedury przetargowej.

W przypadku, jeżeli postanowienia dokumentacji przetargowej oraz ogłoszenia są niejednoznaczne i można z nich wywnioskować, że wymaganie to zostało postawione na czas złożenia ofert, należy uznać ten błąd i nałożyć korektę w wysokości **5%**.

IZ PO IiŚ stoi na stanowisku, że uchybienia wymienione w pkt a) – b) można uznać jako błąd nie wynikający z działania lub zaniechania beneficjenta, jednakże jedynie w przypadku postępowań przetargowych prowadzonych pod reżimem ustawy Pzp obowiązującej przed nowelizacją, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r.

2.2. Stosowanie przez oferentów dyskryminujących ograniczeń możliwości spełnienia niektórych kryteriów wyboru łącznie przez wszystkich członków konsorcjum

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości 25%.

Dla powyższej nieprawidłowości KE zaproponowała nałożenie korekty w wysokości **5% lub 10%** w zależności od charakteru naruszenia, na wszystkie zamówienia publiczne, w których wykryto niniejsze uchybienie.

2.2.1 Stawka korekty w wysokości 5% - warunek: ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej niewspółmierne do wielkości zamówienia lub postawiony jest minimalny próg partycypacji (minimalna kwota ubezpieczenia) przynajmniej dla jednego członka konsorcjum

Warunek ten jest akceptowany, gdy całkowitą sumę ubezpieczenia można osiągnąć wspólnie poprzez złożenie polis, ale ubezpieczeni są wszyscy członkowie konsorcjum (brak minimalnego progu partycypacji).

2.2.2 Stawka korekty w wysokości 10% - warunek: średni roczny przychód z działalności operacyjnej wymagany przynajmniej od jednego członka konsorcjum, który spełnia w określonym % lub wykaże się odpowiednią kwotą

Warunek ten jest akceptowany, gdy można go osiągnąć wspólnie poprzez przedstawienie łącznego potencjału konsorcjum (brak minimalnego progu partycypacji).

2.2.3 Brak naruszenia

- 1) Wymóg złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przez wszystkich członków konsorcjum. Uchybienie to ma charakter formalny i nie ma żadnego wpływu na przebieg i wynik postępowania oraz nie ogranicza konkurencji.
- 2) W przypadku stawiania wymagań każdemu z członków konsorcjum, gdy warunek nie daje się sumować (np. wymagane lata doświadczenia, płynność bieżąca) nie występuje podejrzenie zastosowania wymogów dyskryminacyjnych.

Niemniej jednak, w każdym z przypadków należy dokładnie sprawdzić postanowienia dokumentacji przetargowej w celu uzyskania potwierdzenia że postawione warunki wobec poszczególnych członków konsorcjów będą oceniane wspólnie dla całego konsorcjum.

2.3. Wydłużenie terminu składania ofert bez publikowania sprostowania dotyczącego ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej / Biuletynie Zamówień Publicznych

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości 25%.

Poniżej przedstawione są proponowane dwie stawki korekt uzależnione od liczby dni przedłużenia ostatecznego terminu na złożenie ofert bez publikacji w Dzienniku Urzędowym UE / Biuletynie Zamówień Publicznych.

Informuję, że w przypadkach gdy termin na złożenie oferty był kilkakrotnie przesuwany, do wyliczenia faktycznego przedłużenia należy zsumować liczbę dni wszystkich przesunięć.

lp.	Ilość dni przedłużenia	Korekta
1	do 10	5%
2	11 i powyżej	10%

IZ PO liŚ stoi na stanowisku, że powyższe uchybienie można uznać jako błąd nie wynikający z działania lub zaniechania beneficjenta, jednakże jedynie w przypadku postępowań przetargowych prowadzonych pod reżimem ustawy Pzp obowiązującej przed nowelizacją, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r.

2.4. Ograniczenie podwykonawstwa

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości 10%.

KE wyjątkowo akceptuje sytuację, w której podwykonawstwo jest zabronione jedynie w odniesieniu do znaczących części zamówienia, których wykonanie decyduje o jakości całego zamówienia.

Niemniej jednak każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie pod kątem potencjalnego, jak i faktycznego ograniczenia podwykonawstwa, które co do zasady jest niedopuszczalne z punktu widzenia prawa europejskiego oraz prawa polskiego. W szczególności jako przykład niedopuszczalnego ograniczenia podwykonawstwa należy wskazać procentowe określenie części zamówienia, której wykonanie nie może być powierzone podwykonawcom.

Jeżeli zostanie stwierdzone naruszenie, należy nałożyć korektę w wysokości **5 %**.

2.5. Konieczność posiadania wcześniejszego doświadczenia w realizacji projektów w Polsce lub wymóg, aby oferent w przeszłości realizował zamówienia współfinansowane przez UE i/lub fundusze krajowe

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości 25%.

Stosowanie ww. warunków wobec wykonawców jest niedopuszczalne. W przypadku wykrycia tego uchybienia powinna zostać zastosowana korekta w wysokości **25%**.

Stawka korekty **100%** powinna zostać zastosowana jeżeli postawione wymagania miały na celu wykluczenie określonych wykonawców z udziału w postępowaniu.

Stawka korekty **10%** może zostać zastosowana w przypadku, gdy postępowanie przetargowe ogłoszone było przed datą wydania przez KE w listopadzie 2007 wytycznych COCOF odnośnie nakładania korekt (taryfikator KE).

2.6. Zmiany warunków zamówienia po podpisaniu umowy

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości od 25 do 100 %.

Praktyka tego rodzaju (tzn. zmiana charakteru zamówienia i oczekiwań w nim zawartych) narusza zasadę równego traktowania oferentów.

2.6.1 Gdy zamówienie zostało udzielone zgodnie z procedurami zamówień publicznych i nastąpiło zmniejszenie zakresu zamówienia bez proporcjonalnego zmniejszenia wartości umowy lub w przypadku, gdy zmiana dotyczy wykonywania innych prac w ramach umowy

W przypadku wykrycia tego uchybienia umowa pierwotna powinna zostać skorygowana o faktyczną wartość zmiany umowy oraz powinna dodatkowo zostać zastosowana korekta wysokości **25%**.

2.6.2 Gdy zamówienie zostało udzielone zgodnie z procedurami zamówień publicznych i gdy nastąpiło zmniejszenie zakresu zamówienia wraz z proporcjonalnym zmniejszeniem wartości umowy lub w przypadku, gdy zmiana dotyczyła wykonywania innych prac w ramach umowy.

W przypadku wykrycia tego uchybienia powinna umowa zostać zastosowana korekta wysokości **25%** w odniesieniu do ostatecznej kwoty umowy.

Zgodnie z Taryfikatorem KE, do zmian w umowie po udzieleniu zamówienia może być stosowany pewien ograniczony stopień elastyczności, pod warunkiem, że są spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) instytucja zamawiająca nie zniekształca ogólnej struktury zaproszenia do składania ofert lub dokumentacji przetargowej poprzez zmianę podstawowych elementów udzielonego zamówienia,
- 2) zmiany, jeżeli zostały zawarte w zaproszeniu do składania ofert lub w dokumentacji przetargowej, nie mają istotnego wpływu na otrzymane oferty. Podstawowe elementy udzielania zamówienia dotyczą w szczególności wartości umowy, rodzaju prac, terminu wykonania, warunków płatności i używanych materiałów. Zawsze niezbędne jest przeprowadzenie oddzielnej analizy dla danego przypadku.

2.7. Bezpośrednie zlecanie zamówień dodatkowych

W odniesieniu do bezpośredniego zlecania robót dodatkowych w trybach niekonkurencyjnych w przypadkach gdy nie było wystarczających przesłanek do zastosowania ww. trybu, KE proponuje nałożenie korekt w wysokości od **25%** do **100%** wartości dodatkowego kontraktu:

- 1) 25% korekty na wszystkie zamówienia dodatkowe jeżeli suma zamówień dodatkowych nie przekraczała progu 50% zamówienia podstawowego oraz progów wynikających z dyrektyw;
- 2) 100% korekty na wszystkie zamówienia dodatkowe, których suma wartości przekracza progi wynikające z dyrektyw lub odnoszących się do kwoty przekraczającej próg 50% zamówienia podstawowego w przypadku zamówień poniżej kwot wynikających z progów dla stosowania procedury UE. (Dla ustalenia kwestii przekroczenia progów z dyrektyw, sumowanie wartości zamówień dodatkowych należy odnosić do tych jednostkowych zamówień, które uznano za udzielone z naruszeniem przepisów prawa. Zatem, należy zsumować tylko wartości zamówień udzielonych nieprawidłowo i jeżeli ta suma przekracza progi wynikające z dyrektyw należy nałożyć korektę w wysokości 100%, bez względu na to, czy przekroczono próg 50 % zamówienia podstawowego. Niemniej, należy jednocześnie pamiętać, że w odniesieniu do zamówień, których wartość przekracza próg 50% wartości zamówienia podstawowego zawsze musi zostać zastosowana korekta 100% bez względu na to, czy suma wartości nieprawidłowo udzielonych zamówień dodatkowych przekracza progi wynikające z dyrektyw. Do szacowania wartości zamówień w odniesieniu do 50% progu zamówienia podstawowego należy więc brać pod uwagę sumę wszystkich zamówień dodatkowych, zarówno uznanych za prawidłowe, jak i zawartych z naruszeniem prawa).

Wszystkie przypadki bezpośredniego zlecenia robót dodatkowych powinny być indywidualnie weryfikowane, a przedstawione przesłanki użyte do podpisania kontraktu w trybie niekonkurencyjnym powinny być bardzo ściśle i zawężająco interpretowane zgodnie z orzecnictwem ETS oraz opiniami Prezesa UZP.

2.8. Dyskryminujące kryteria wyboru, zakładające, że zamawiający będzie uwzględniał jedynie doświadczenie zdobyte przez oferenta po uzyskaniu przez niego stosownych polskich uprawnień budowlanych lub posiadanie stosownego doświadczenia zdobytego w Polsce

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości 25 %.

IZ PO IiŚ zaleca, aby beneficjenci nie stosowali w dokumentacji wymogu wskazującego na **polskie** uprawnienia budowlane.

W/w. warunek **nie** jest uznawany za dyskryminujący w następujących przypadkach użycia w stosunku do potencjału kadrowego:

- wskazania w dokumentacji przetargowej odwołania do uprawnień budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (która umożliwia wprost uznawanie uprawnień zdobytych za granicą),

- występowania twierdzących odpowiedzi Zamawiającego na pytania, czy za doświadczenie zawodowe zamawiający uzna okres przepracowany przez kandydata poza terenem Polski,
- gdy potencjalny wykonawca złożył ofertę przedstawiając eksperta z doświadczeniem zdobytym w innym kraju i nie został odrzucony z tego powodu.

W sytuacji wystąpienia którejś z ww. okoliczności nie powinna zostać nałożona żadna korekta.

W pozostałych przypadkach, a więc w sytuacji uznawania przez Zamawiającego za dopuszczalne jedynie doświadczenia lub uprawnień zdobytych na terenie Polski powinna zostać nałożona korekta w wysokości **10%**.

Niemniej jednak należy mieć na uwadze również zmianę ustawy w powyższym zakresie jaka miała miejsce w dniu 2 grudnia 2009 r. W wyniku zmiany, zamawiający nie powinien żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających przynależność do danej izby samorządu zawodowego lub zdobyte doświadczenie, a weryfikacja doświadczenia personelu wykonawcy odbywać się może na podstawie oświadczenia.

Jeżeli w wyniku przeprowadzonych kontroli dla postępowań ogłaszanych po dacie wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2010 r. stwierdzone będą przypadki wpisywania jako wymaganie przynależność do odpowiedniej izby samorządu zawodowego wraz z żądaniem dokumentów potwierdzających lub wykryte zostaną przypadki respektowania jedynie doświadczenia zdobytego w Polsce należy rozważyć stosowanie maksymalnych stawek korekt przedstawianych w taryfikatorze.

2.9. Dyskryminujące kryteria wyboru, dotyczące wymogu złożenia zaświadczenia z właściwej izby inżynierów budownictwa jako dokumentu potwierdzającego, że osoby proponowane do wykonania zamówienia publicznego posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości 25 %.

IZ PO IiŚ zaleca, aby beneficjenci nie stosowali w dokumentacji wymogu wskazującego na przynależność do właściwej izby inżynierów budownictwa.

Zgodnie z dyrektywą 2005/36/WE z dnia 7 września 2005 r. Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz. Urz. UE L 255 z 30.09.2005, str. 22, z późn. zm.), termin na implementację prawa wspólnotowego do krajowego porządku prawnego upłynął w dniu 20 października 2007 r. Rzeczpospolita Polska w tym czasie nie implementowała przepisów ww. dyrektywy pozwalających na tymczasową rejestrację w regionalnej izbie inżynierów budownictwa osobom, które zdobyły uprawnienia zawodowe na terytorium innych państw członkowskich. W zakresie uznawania uprawnień do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. możliwości uzyskania tymczasowej

rejestracji w regionalnej izbie inżynierów budownictwa Rzeczpospolita Polska implementowała przepisy dyrektywy 2005/36/WE w dniu 13 grudnia 2008 r. ustawą z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów oraz ustawy - Prawo budowlane (Dz. U. nr 210, poz. 1321.). Zgodnie z art. 33d ust 2 ww. ustawy w brzmieniu nadanym ww. nowelizacją, w zakresie nieuregulowanym ustawą, do zasad uznawania kwalifikacji zawodowych lub świadczenia usług transgranicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. nr 63, poz.394).

Zgodnie ze stanowiskiem IA oraz KE, biorąc pod uwagę powyższe, należałoby uznać, że w okresie 20.10.2007 r. – 13.12.2008 r. wymaganie złożenia zaświadczenia z właściwej izby inżynierów budownictwa jako dokumentu potwierdzającego, że osoby proponowane do wykonania zamówienia publicznego posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności było żądaniem, które mogło wpłynąć na zachowanie konkurencji i równego traktowania wykonawców i w związku z tym podlega korekcie. W powyższym przypadku IZ zaleca stosowanie stawki korekty 5 %¹.

W/w. warunek **nie** jest uznawany za dyskryminujący w stosunku do postępowań o udzielenie zamówień publicznych o wartości szacunkowej poniżej tzw. „progów unijnych” ze względu na fakt, że ewentualne zakłócenie konkurencji miało charakter marginalny, ponieważ takie zamówienia przeważnie nie są w zakresie zainteresowania podmiotów zagranicznych, co powoduje, że dyskryminacja związana z brakiem możliwości uzyskania tymczasowej rejestracji w regionalnej izbie inżynierów budownictwa mogłoby mieć charakter czysto teoretyczny. Zatem z powyższego powodu w odniesieniu do takich postępowań nie należy nakładać sankcji w postaci korekty finansowej. Powyższe postępowanie jest akceptowane przez służby Komisji Europejskiej (wyniki audytu KE w ramach RPO województwa podkarpackiego).

2.10. Część robót przewidzianych w umowie podpisanej z wybranym oferentem została już wykonana przez innego wykonawcę

Zgodnie z Taryfikatorem KE – korekta w wysokości od 25%.

Taka sytuacja nie jest zgodna z dyrektywami UE dotyczącymi zamówień publicznych, na kontrakty w których ww. naruszenie wystąpiło powinna zostać nałożona korekta w wysokości **25%.**

¹ Należy jednak mieć na uwadze, że służby KE w analogicznych przypadkach dotychczas proponowały stawkę 10 %.

2.11. Brak wystarczającego uzasadnienia dla zastosowania procedury negocjacji bez ogłoszenia o zamówieniu lub nieuprawnione stosowanie przyspieszonych terminów w trybach podstawowych

Zastosowanie procedury bez wcześniejszego ogłoszenia powołujące się na np. termin zakończenia projektu, koniec roku budżetowego nie jest wystarczające. Proponuje się nakładanie korekt w analogicznych przypadkach w wysokości **100%** wartości kontraktu.

W przypadku procedury w trybie przetargu nieograniczonego, gdy doszło do nieuprawnionego skrócenia terminu składania ofert lub w przypadku przetargu ograniczonego skrócenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo i/lub skrócenia terminu składania ofert bez spełnienia przesłanek zaleca się nałożenie korekty wysokości **10%**.