

Załącznik 4

Zalecenia Instytucji Zarządzającej POliŚ dotyczące interpretowania Wytycznych w zakresie kwalifikowania PO liŚ w procesie nakładania korekt

I. PODROZDZIAŁ 5.5 – ZGODNOŚĆ Z PRZEPISAMI PRAWA

1.1 ZASADA JAWNOŚCI – PODROZDZIAŁ 5.5 pkt 4 lit. a WYTYCZNYCH W ZAKRESIE KWALIFIKOWANIA PO liŚ

W treści Zaleceń IZ PO liŚ nr 16/2011 dotyczących interpretacji zasady jawności przedstawionej w podrozdziale 5.5 pkt 4 lit. a oraz pkt 7 Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO liŚ (dalej: Zalecenia) wskazano sposób spełnienia przez beneficjentów zasady jawności, który w ocenie IZ PO liŚ może zminimalizować ryzyko zakwestionowania postępowania beneficjentów przez wskazane w treści dokumentu służby kontrolne Unii Europejskiej.

Zalecenia mają na celu zminimalizowanie ryzyka zakwestionowania przez KE lub inne służby kontrolne UE kwalifikowalności wydatków poniesionych na podstawie umów zawartych w wyniku przetargów, które nie były w wystarczającym stopniu upublicznione. Stosowanie się do zalecenia publikowania ogłoszeń w TED należy traktować jako 'dobrą praktykę', a jednocześnie korzyść dla beneficjenta, który tym samym uzyska pewność, że jego ogłoszenie nie zostanie zakwestionowane z punktu widzenia braku dostatecznego upublicznienia informacji o zamówieniu.

W zakresie nakładania korekt za brak wypełnienia obowiązku dot. publikacji ogłoszenia (zgodnie z załącznikiem nr 2 do zaleceń nr 17/2012), należy podkreślić, że ryzyko korekty istnieje, jednakże każdy przypadek powinien być analizowany indywidualnie i w sytuacji, kiedy ogłoszenie nie było co prawda zamieszczone w ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Tenders Electronic Daily – TED), jednak było upublicznione w inny – wystarczający w danej sytuacji sposób, np. poprzez ogłoszenie w ogólnodostępnej prasie – nie należy nakładać korekty. Podobnie w sytuacji, w której ogłoszenie zostało upublicznione w inny sposób, a wystarczający zakres upublicznienia został potwierdzony przez liczne grono wykonawców, którzy złożyli oferty.

Beneficjent może wykazać spełnienie zasady jawności w inny sposób niż sugerowany w treści Zaleceń, niemniej jednak wówczas na nim spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania zgodności postępowania z prawem UE. Takie wyjaśnienia beneficjent może również przekazać właściwym instytucjom w ramach odpowiedzi na informację pokontrolną.

1.2 ZASADA EFEKTYWNOŚCI WYDATKU – PODROZDZIAŁ 5.5. pkt 6 lit. a ppkt iii) oraz lit. b ppkt iv) WYTYCZNYCH W ZAKRESIE KWALIFIKOWANIA PO IIS

Umowy dotyczące zamówień, o których mowa w podrozdziale 5.5. pkt 6 lit. a ppkt iii) oraz lit. b ppkt iv) beneficjent jest zobowiązany zawierać w sposób efektywny, zachowując przy tym formę pisemną, chyba że odrębne przepisy wymagają innej formy szczególnej. Ze względu na szczególne okoliczności zawarcia ww. umów, czyli przesłanki analogiczne do przesłanek, o których mowa w art. 67 oraz art. 134 ust. 6 ustawy Pzp, przeprowadzenie rozeznania rynku może być niemożliwe. Niemniej jednak beneficjent powinien wykazać efektywność wydatku poniesionego na podstawie ww. umów. W takiej sytuacji nie należy nakładać korekty za brak rozeznania rynku, zgodnie z załącznikiem nr 2 do zaleceń nr 17/2012.

II. KWALIFIKOWALNOŚĆ ROBÓT DODATKOWYCH – PODROZDZIAŁ 6.4.2 WYTYCZNYCH W ZAKRESIE KWALIFIKOWANIA POIIS

2.1 PUBLIKACJA OGŁOSZENIA O ZAMIARZE ZAWARCIA UMOWY

Zgodnie z pkt 6.4.2.2) lit c) ppkt ii) *Wytycznych w zakresie kwalifikowania PO IIS* oraz pkt 20 *Zaleceń IZ PO IIS nr 15/2011 dotyczących interpretacji pkt 6.4.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO IIS Roboty dodatkowe oraz inne wydatki wynikające ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych albo udzielenia zamówień w trybach niekonkurencyjnych*, w przypadku zamówień z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 ustawy Pzp), o których mowa w lit. b ppkt ii) oraz w przypadku negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 1 albo art. 134 ust. 5 ustawy Pzp), o których mowa w lit. b ppkt ii) *Wytycznych w zakresie kwalifikowania PO IIS* beneficjent powinien zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa odpowiednio w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp oraz w art. 62 ust. 2a ustawy Pzp. Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, który określa art. 66 ust. 2 ustawy Pzp istnieje również w przypadku zamówień z wolnej ręki udzielanych na podstawie art. 134 ust. 6 ustawy Pzp.

W przypadku oceny prawidłowości zamówień udzielanych w ww. trybach niekonkurencyjnych decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia w zakresie kwalifikowalności wydatków powinno mieć stwierdzenie, czy zostały spełnione wszystkie przesłanki ustawowe wymienione w art. 67 ust. 1 oraz art. 134 ust. 6 ustawy Pzp. W sytuacjach, gdy jedynym niedochowanym wymogiem jest brak publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy istnieje możliwość odstąpienia od nałożenia korekty.

W odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, do których nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (np. zamówienia sektorowe udzielane w trybie z wolnej ręki, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), nie istnieje obowiązek publikacji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex-ante. W takiej sytuacji beneficjent zobowiązany jest sporządzić jedynie uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zaleca się korzystanie z regulacji zawartych w art. 62 ust. 2a oraz art. 66 ust. 2 ustawy Pzp zarówno w kontekście korzyści, jakie opublikowanie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex-ante stwarza dla zamawiającego (zwiększona ochrona umowy przed unieważnieniem, o której mowa w art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp¹ oraz możliwość skrócenia terminów na wniesienie odwołania w przedmiocie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia), jak i dla wykonawcy (pozyskanie informacji o zamówieniach udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki i ewentualne zakwestionowanie środkiem odwoławczym decyzji zamawiającego).

2.2 *Uznawanie zamówień udzielanych w trybach niekonkurencyjnych za niekwalifikowalne.*

W treści pkt 6.4.2 Sekcja 2, ppkt c) iii) *Wytycznych w zakresie kwalifikowania PO liŚ* zawarto procedurę weryfikacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 albo art. 134 ust. 5 ustawy Pzp oraz wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 albo art. 134 ust. 6 ustawy Pzp. W drodze tej weryfikacji beneficjent ma obowiązek przedłożenia protokołu o którym mowa w art. 96 ustawy Pzp, w którym powinien zawrzeć pełne uzasadnienie faktyczne i prawne dla zastosowania ww. trybów niekonkurencyjnych udzielenia zamówienia. **Przez brak uzasadnienia dla którejkolwiek z przesłanek powodujący niekwalifikowaność z przyczyn formalnych rozumie się więc przede wszystkim faktyczne niespełnienie którejkolwiek z przesłanek udzielenia zamówienia w ww. trybie niekonkurencyjnym.**

Wobec czego, podczas weryfikacji przedmiotowych zamówień winno się w pierwszym rzędzie weryfikować ich zasadność pod względem regulacji zawartych w odpowiednich przepisach ustawy Pzp. W związku z czym, w przypadku faktycznego spełnienia wszystkich przesłanek określonych dla danego trybu, mimo formalnego braku w przedstawieniu pisemnego uzasadnienia istnieje możliwość odstąpienia od nałożenia korekty.

W pozostałych przypadkach należy odpowiednio zastosować regulacje zawarte w pkt. 7, 8, 9 Tabeli nr 1, pkt. 2 Tabeli nr 4 załącznika nr 1 do zaleceń nr 17/2012 oraz pkt 2.7 i 2.11 załącznika nr 1a do zaleceń nr 17/2012.

¹ Zgodnie z art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że udzielając zamówienia z wolnej ręki, działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.