

Instytut Nafty i Gazu
Instytucja Wdrażająca
Centrum Funduszy Europejskich dla Energetyki
ul. Lubicz 25 A
31-503 Kraków

Kraków, dn. 11 maja 2009 r.

ZALECENIE DLA BENEFICJENTÓW

W związku z wątpliwościami związanymi z wymogami w zakresie procedur zawierania umów obowiązującymi w odniesieniu do projektów współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego *Infrastruktura i Środowisko 2007-2013* pragniemy przypomnieć podstawowe zasady obowiązujące w tym względzie. Niniejsze zalecenia mają na celu wskazanie kluczowych zagadnień sformułowanych zarówno w aktach prawa powszechnie obowiązującego, jak i na gruncie wytycznych wydanych przez Ministra Rozwoju Regionalnego.

1. Wybór trybu zawierania umów dla zadań objętych projektem.

Pragniemy przypomnieć, iż beneficjent jest zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych („ustawy PZP”), jeżeli taki obowiązek z niej wynika. W przypadku zamówień nieobjętych zakresem jej stosowania zgodnie z pkt. 4) rozdziału 5.5 Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO IiŚ beneficjent zobowiązany jest zawierać umowy w formie pisemnej oraz stosować tryb przetargu, o którym mowa w art. 70¹-70⁵ kodeksu cywilnego („k.c.”) z uwzględnieniem następujących zasad:

- a) jawności - w szczególności rozumianej jako zamieszczenie ogłoszenia o przetargu (aukcji) w prasie, Internecie lub siedzibie beneficjenta, w zależności od wartości i rodzaju zamówienia. Decyzję o zakresie upowszechnienia informacji o planowanym zawarciu umowy podejmuje beneficjent;
- b) niedyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia - w szczególności rozumianej jako zakaz zawierania w opisie postanowień mogących preferować konkretnych wykonawców

oraz, w przypadku konieczności wskazania konkretnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, obligatoryjne dopuszczenie rozwiązań równoważnych;

c) równego dostępu dla podmiotów gospodarczych ze wszystkich państw członkowskich - w szczególności rozumianej jako zakaz stawiania wymagań powodujących dyskryminację względem wykonawców z innych państw członkowskich. Przykładowo zakazane są wymagania nakładające:

- posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w wykonywaniu zamówienia w Polsce,
- posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizacji zamówień współfinansowanych w ramach funduszy UE lub funduszy krajowych.

d) wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, zgodnie z polskim prawem,

e) odpowiednich terminów - w szczególności rozumianej jako wyznaczenie na składanie ofert terminów umożliwiających wykonawcom zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, przygotowanie i złożenie oferty,

f) przejrzystego i obiektywnego podejścia - w szczególności rozumianej jako obowiązek wyłączania się po stronie beneficjenta z prowadzenia przetargu przez osoby, w stosunku do których zachodzą przesłanki wskazane w art. 17 ust. 1 ustawy PZP.

Wyjątek od wymogu stosowania trybu przetargu, o którym mowa w art. 70¹-70⁵ k. c. przewidziany wytycznymi dotyczy jedynie sytuacji, gdy przepisy szczególne przewidują inny tryb i formę zawierania umowy bądź też przypadku, gdy postępowanie dotyczy umów:

- a) których przedmiot obejmuje zamówienia, o których mowa w art. 4 ustawy PZP,
- b) nieobjętych zakresem stosowania ustawy PZP i dotyczących usług wymienionych w art. 5 ust. 1 ustawy PZP,
- c) których przedmiot obejmuje zamówienia sektorowe, do których mają zastosowania wyłączenia, o których mowa w art. 136 – 138a ustawy PZP.

Ww. umowy beneficjent jest zobowiązany zawierać w sposób oszczędny i celowy, zachowując przy tym formę pisemną, chyba, że przepisy szczególne wymagają innej formy szczególnej, przy czym, jeżeli ogólnie przyjętą praktyką jest zawieranie danej umowy bez zachowania formy pisemnej, zawarcie umowy może być także potwierdzone dowodem księgowym w rozumieniu przepisów o rachunkowości (np. zakup biletów kolejowych, autobusowych).

Zwrócić należy szczególną uwagę, że w przypadku udzielania zamówienia sektorowego, którego wartość jest mniejsza niż 412 000 EUR dla dostaw/usług oraz 5 150 000 EUR dla robót budowlanych, o ile nie zachodzi żadna z przesłanek określonych w pkt. a) - c), konieczne jest stosowanie trybu przetargu, o którym mowa w art. 70¹-70⁵ k. c.

2. Zapewnienie odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji o zamówieniu.

W odniesieniu do zamówień publicznych zasady upubliczniania informacji o zamówieniu regulują na gruncie krajowym przepisy ustawy PZP. W przypadku udzielania zamówień nieobjętych zakresem jej stosowania należy respektować postanowienia zawarte w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską (zapewniające m. in. swobodny przepływ towarów, swobodę przedsiębiorczości, swobodę świadczenia usług, niedyskryminację i równe traktowanie, przejrzystość, proporcjonalność i wzajemne uznawanie) mające swoje odzwierciedlenie w zasadach przywołanych w rozdziale 5.5. pkt. 4) Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO IiŚ.

Mając powyższe na względzie stwierdza się, że przy udzielaniu zamówień nieobjętych zakresem stosowania ustawy PZP szczególną uwagę należy zwrócić na upublicznienie informacji o zamówieniu. Podstawowe wymogi wiążą się tu z powołaną w pkt. 1 a) zasadą jawności, ale także zapisami k.c. odnoszącymi się do przetargu oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych, na podstawie którego Komisja Europejska opracowała Komunikat wyjaśniający dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. 2006/C 179/02). Zgodnie z jego treścią „choć niektóre zamówienia są wyłączone z zakresu dyrektyw wspólnotowych w sprawie zamówień publicznych, instytucje zamawiające, które zawierają takie umowy są niemniej jednak zobowiązane do przestrzegania podstawowych postanowień zawartych w traktacie WE”. Zgodnie z ww. opinią zasadą generalną winno być upublicznienie informacji o zamówieniu, zwłaszcza w przypadku zamówień, do których odwołuje się ww. komunikat w części wstępnej (Wprowadzenie). W przekonaniu Komisji Europejskiej w odniesieniu do zamówień nieobjętych stosowaniem dyrektyw ewentualne odstępstwa od wymogu publikowania ogłoszenia mogą funkcjonować na zasadach analogicznych do sformułowanych na gruncie dyrektyw. Zgodnie z pkt. 1.3 komunikatu

normy wynikające z Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską winny być stosowane w przypadku udzielania zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego Wspólnoty, przy czym to do zamawiającego w pierwszej kolejności należy rozstrzygnięcie, czy zamówienie wypełnia to kryterium. Rozstrzygnięcie w tym zakresie winno być oparte o analizę konkretnych uwarunkowań udzielanego zamówienia (np. jego przedmiotu, szacowanej wartości, specyfiki sektora czy miejsca wykonania zamówienia). Na podkreślenie zasługuje również potrzeba zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji na rynku krajowym, ponieważ zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na podstawowe swobody wspólnotowe może powołać się także podmiot krajowy w stosunku do organów własnego Państwa.¹

Pragniemy zachęcić do jak najszerszego upubliczniania informacji o udzielanych zamówieniach, co przyczyni się do zapewnienia przejrzystości i konkurencyjności w procedurze ich udzielania.

3. Dokumentowanie efektywności wydatków.

Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z zapisami rozdziału 5.3 Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO IiŚ za kwalifikowalny może być uznany jedynie wydatek efektywny tj. wydatek zapewniający osiągnięcie najlepszego efektu przy możliwie najniższych kosztach. Ciężar udowodnienia, że wydatek jest efektywny spoczywa na beneficjencie, przy czym domniemywa się, że zasada efektywności poniesienia wydatku jest zachowana w przypadku umów zawieranych z zastosowaniem ustawy PZP lub jeśli umowa została podpisana zgodnie z procedurą zawierania umów przygotowaną przez beneficjenta i zaakceptowaną przez Instytucję Wdrażającą na etapie oceny wniosku o dofinansowanie.

Warto zwrócić uwagę, jak - w wymiarze praktycznym - beneficjent winien dokumentować wypełnienie przesłanki efektywności wydatków. Projekt zmian ww. wytycznych znajdujący się obecnie w fazie konsultacji, przewiduje znaczące uszczegółowienie powołanego rozdziału 5.3. Wymaga się tu, by w przypadku wydatków poniesionych na podstawie umów, do których nie ma zastosowania ustawa PZP ani tryb przetargu z k.c. beneficjent posiadał, o ile to możliwe, dokumenty potwierdzające rozeznanie

¹ Zob. np. wyrok ETS z 12.12.2002 r., de Groot, sprawa C-385/00, pkt. 94.

rynku, wskazujące, iż dana usługa/robota/dostawa została wykonana po cenie nie wyższej od ceny rynkowej. Jeżeli w danym przypadku rozeznanie rynku nie jest możliwe, beneficjent powinien wykazać okoliczności uzasadniające konieczność udzielenia danego zamówienia bez jego dokonania (np. w przypadku umów, do których nie ma zastosowania ustawy PZP - występowanie jednej z przesłanek, o których mowa w art. 67 ustawy PZP). Zatem w przedmiotowej sytuacji zasadą winno być udzielanie zamówień uwzględniające przeprowadzenie rozeznania rynku. Zaleca się gromadzenie dokumentów w tym zakresie, w szczególności, zapytań o cenę wraz z odpowiedziami oferentów, zapytań ofertowych wraz z otrzymanymi ofertami czy też wydruków ze stron internetowych przedstawiających oferty potencjalnych wykonawców. Przedmiotowe dokumenty mogą przyjąć formę pisma, e-maila, wydruku strony internetowej. Co istotne, notatka potwierdzająca przeprowadzenie rozmów telefonicznych z potencjalnymi wykonawcami nie będzie uznawana za udokumentowanie rozeznania rynku.

Pragniemy zwrócić uwagę na treść zalecenia dla beneficjentów z dnia 21 października 2008 r. (dostępnego na stronie internetowej Instytucji Wdrażającej) dotyczącego m. in. zamieszczania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o zamiarze ubiegania się o wsparcie z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego *Infrastruktura i Środowisko 2007-2013*.

Niniejsze zalecenia nie stanowią źródła prawa ani nie obejmują wszystkich aspektów związanych z procedurami zawierania umów dla zadań objętych projektem, koncentrując się wyłącznie na wybranych obszarach tego zagadnienia. Wyrażamy nadzieję, że okażą się przydatne przy formułowaniu wewnętrznych uregulowań określających zasady zawierania umów.