

Warszawa, dnia ~~26~~ lipca 2011 r.

**ZATWIERDZAM:**



.....  
**Elżbieta Bienkowska**

**Minister Rozwoju Regionalnego**

**Zalecenia IZ PO IiŚ nr 15/2011**

**dotyczące interpretacji pkt 6.4.2 Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO IiŚ**

**Roboty dodatkowe oraz inne wydatki wynikające ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych albo udzielenia zamówień w trybach niekonkurencyjnych**

**Cel wydania Zaleceń**

1. Celem Zaleceń jest:
  - a. określenie relacji i horyzontu czasowego związanych ze stosowaniem Zaleceń IZ PO IiŚ nr 12/2010 (dalej: *Zalecenia nr 12*) dotyczących wymogów kontroli wniosków o płatność w odniesieniu do wydatków wynikających ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych albo udzielenia zamówień w trybach niekonkurencyjnych w kontekście wprowadzenia kwestii kwalifikowalności robót dodatkowych oraz innych wydatków wynikających ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych albo udzielania zamówień w trybach niekonkurencyjnych do najnowszej aktualizacji *Wytycznych w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach PO IiŚ*, (dalej: *Wytyczne*) obowiązującej od 21 czerwca 2011 r.
  - b. wyjaśnienie sposobu interpretacji niektórych postanowień pkt 6.4.2 zaktualizowanych *Wytycznych*.
2. Zalecenia nie mają zastosowania w przypadku weryfikacji wydatków realizowanych w ramach Rocznych Planów Działań finansowanych ze środków pomocy technicznej PO IiŚ.

**Prawo zamówień publicznych UE i kontrola KE**

3. Z orzecznictwa TSUE wynika, że głównym celem zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych, tj. dyrektywy 2004/18 (klasycznej) oraz 2004/17 (sektorowej) jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich UE<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Zob. wyrok TSUE: z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle, pkt 44.

4. W celu osiągnięcia tego celu prawo UE opiera się w szczególności na zasadzie niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasadzie równego traktowania oferentów oraz wynikającym z nich obowiązku przejrzystości<sup>2</sup>.
5. Z ww. względów prawo UE jest niezwykle restrykcyjne, co do dopuszczalnego zakresu zmian w podstawowych umowach o zamówienie publiczne wskazując, że zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia<sup>3</sup>.
6. W szczególności, zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli<sup>4</sup>:
  - a. wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona,
  - b. w sposób znaczący poszerza zamówienie w zakresie, który pierwotnie nie był przewidziany,
  - c. modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.
7. Zawarcie nowego zamówienia powinno być dokonane na zasadach określonych w dyrektywie 2004/18 (klasycznej) lub 2004/17 (sektorowej) przy czym obowiązuje zasada prymatu trybów konkurencyjnych wymagających dokonania publikacji ogłoszenia o zamówieniu<sup>5</sup>.
8. W odniesieniu do przeważającej grupy zamówień, art. 31 dyrektywy 2004/18 określa przypadki, w których zamawiający mogą skorzystać z procedury negocjacyjnej bez obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem TSUE omawiane przepisy:
  - a. zawierają zamknięty katalog wyjątków od zasady obowiązkowego ogłaszania o zamówieniach<sup>6</sup>,
  - b. powinny być interpretowane ściśle<sup>7</sup>,
  - c. obowiązek wykazania wystąpienia okoliczności uzasadniających odstępstwo ciąży na podmiocie, który pragnie z niego skorzystać (zamawiającym)<sup>8</sup>.
9. Kontrola służb Komisji Europejskiej (KE) i Europejskiego Trybunału Obrachunkowego (ETO) dotycząca zgodności z prawem wspólnotowym projektów współfinansowanych z budżetu UE, w zakresie zawierania umów z wykonawcami, opiera się bezpośrednio na przepisach dyrektywy

<sup>2</sup> Zob. wyroki TSUE: z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia pkt 31; z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur pkt 32.

<sup>3</sup> Zob. wyroki TSUE: z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji pkt 44 i 46 z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur pkt 34, wyrok z 13 kwietnia 2010 w sprawie C-91/08 Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main pkt. 37.

<sup>4</sup> Zob. orzecznictwo w przypisie 3.

<sup>5</sup> Zob. wyrok TSUE w sprawie 199/85 Komisja przeciwko Włochom, pkt 13; podobnie wyroki z 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko Republice Włoskiej, pkt 23, oraz wyrok z 2004 r. Komisja przeciwko Republice Włoskiej, pkt 19; wyrok ETS z 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-1949, pkt 13.

<sup>6</sup> Zob.; wyrok TSUE z 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux pkt 59.; wyrok TSUE z 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, pkt 43;

<sup>7</sup> Zgodnie z wyrokiem TSUE z 1985 r. Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej ten sam pogląd TSUE wyraził w wyroku C-57/94, C-385/02; wyrok TSUE w sprawie 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoskiej, wyrok TSUE z 2008 r w sprawie C-157/06 Komisja przeciwko Republice Włoskiej pkt 23, wyrok TSUE w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk pkt. 64, wyrok TSUE z 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 15

<sup>8</sup> Zob. wyrok TSUE z 2006 w sprawie C-410/04 ANAV pkt 26, wyrok TSUE z 2008 r w sprawie C-157/06 Komisja przeciwko Republice Włoskiej pkt 23, wyrok TSUE z 1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 16



2004/18/WE<sup>9</sup>, dyrektywy 2004/17/WE<sup>10</sup> oraz właściwego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej: *TSUE*). Z tego względu, a także z uwagi na ogólne zasady prawa wspólnotowego, dokonując interpretacji przepisów uPzp w kontekście oceny prawidłowości procedur zamówień publicznych dla projektów współfinansowanych z funduszy UE (lub ubiegających się o dofinansowanie) należy stosować zasady tzw. prowsólnotowej wykładni prawa<sup>11</sup>.

### **Relacja między Zaleceniami nr 12 a pkt 6.4.2 Wytycznych.**

#### **Generalna zasada**

10. Warunki kwalifikowalności określone w pkt 6.4.2. pkt 2 lit. c *Wytycznych* należy egzekwować w odniesieniu do zdarzeń<sup>12</sup> powstałych po upływie miesiąca od dnia opublikowania w Monitorze Polskim Komunikatu o zmienionych *Wytycznych*.
11. W sytuacjach o których mowa powyżej w pkt 10, do momentu wejścia w życie aktualizacji *Wytycznych w zakresie kontroli realizacji PO liŚ*, należy również stosować Zalecenia nr 12 – w zakresie w jakim niezbędne jest wykorzystanie list sprawdzających oraz kwestii proceduralnych, służących wykonaniu postanowień pkt 6.4.2 *Wytycznych*.
12. Do wcześniejszych zdarzeń powodujących poniesienie wydatku będącego wynikiem sytuacji określonych w pkt 6.4.2 pkt 2 lit. b stosuje się Zalecenia nr 12 (np. możliwość ich deklarowania mimo braku zgody IP, o której mowa w pkt 6.4.2 pkt 2 lit. c pkt i).

#### **Interpretacja i wyjaśnienie postanowień zawartych w pkt 6.4.2 Wytycznych**

13. Postanowienia pkt 6.4.2 *Wytycznych* odnoszą się do wszystkich typów umów (roboty, usługi, dostawy), o czym świadczy nazwa sekcji odnosząca się nie tylko do robót dodatkowych, ale także do innych wydatków wynikających ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych (czyli np. wszystkich zamówień udzielanych na podstawie art. 62 ust. 1, art. 67 ust. 1 oraz art. 134 ust. 5 i 6 Pzp).
14. Pojęcie robót dodatkowych, stosowane w *Wytycznych*, jest pojęciem szerszym niż zamówienia dodatkowe, o których mowa w przepisach ustawy Pzp, i obejmuje m.in. roboty zamienne. Pojęcia robót dodatkowych i zamówień dodatkowych nie są zatem tożsame.
15. Postanowienie podrozdziału 5.5 pkt 12 *Wytycznych*, z którego wynika, że "Zawarcie z dotychczasowym wykonawcą dodatkowych umów nieobjętych umową podstawową, a niezbędnych do jej prawidłowego wykonania, jest możliwe dla usług lub robót budowlanych, jeśli tych dodatkowych usług lub robót budowlanych nie można było wcześniej przewidzieć, a w przypadku postępowań realizowanych na podstawie ustawy Pzp - po spełnieniu co najmniej jednej z pozostałych przesłanek, określonych w art. 67 ust. 1 pkt. 5 lit. a i b ustawy Pzp", należy interpretować łącznie z wymogami dla zamówień dodatkowych określonych w sekcji 6.4.2 *Wytycznych*.
16. Zgoda IP w danym sektorze PO liŚ na deklarowanie wydatków, o której mowa w podrozdziale 6.4.2 pkt 2 lit c ppkt i), powinna być poprzedzona analizą służb IP, uwzględniającą m.in. dotychczasowe doświadczenia w zakresie kwalifikowania wydatków, o których mowa w podrozdziale 6.4.2 pkt 2 lit b *Wytycznych* i szacowane w związku z tym ryzyko nieprawidłowości.

<sup>9</sup> Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114).

<sup>10</sup> Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1).

<sup>11</sup> Por. wyrok TSUE z 10.04.1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen.

<sup>12</sup> Przez „zdarzenie” należy rozumieć w szczególności:

- datę podpisania umowy po przeprowadzeniu procedury niekonkurencyjnej
- datę podpisania aneksu do umowy,
- datę wydania polecenia zmiany.

Pomocniczo przy prowadzeniu analizy przez IP można oprzeć się na postanowieniach zaleceń nr 12. Wyrażenie zgody powinno być zaakceptowane przez członka kierownictwa reprezentującego daną IP.

17. Do czasu uzyskania przez IZ PO liŚ ostatecznego potwierdzenia z KE możliwości uznania za kwalifikowalne wydatków będących wynikiem poleceń Inżyniera Kontraktu/Inspektora Nadzoru (w szczególności Poleceń Zmiany) akceptowanych przez beneficjenta lub aneksów do umów związanych z realizacją kontraktu w zakresie prowadzącym do zwiększenia zakresu (pozycji) przedmiaru robót do wykonania w stosunku do zakresu przewidzianego w kosztorysie ofertowym i w konsekwencji zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, właściwa IP nie może wydać zgody na kwalifikowanie ww. wydatków. Dla wydatków tych nadal stosuje się procedurę, o której mowa w pkt 16 b Zaleceń nr 12, czyli ww. wydatki powinny być wyłączone z wniosków o płatność beneficjenta. Do pozostałych typów wydatków określonych w sekcji 6.4.2 pkt 2 lit. b pkt i) oraz ii) IP może wyrazić zgodę na ich deklarowanie zgodnie z warunkami określonymi w pkt 16.
18. IP zobligowane są zapewnić poinformowanie wszystkich beneficjentów w swoim sektorze o wydanej przez IZ PO liŚ interpretacji *Wytycznych* (niniejsze Zalecenia).
19. W celu usprawnienia procesu weryfikacji wydatków, wynikających ze zwiększenia wartości zamówień podstawowych albo udzielenia zamówień w trybach niekonkurencyjnych, dopuszcza się możliwość ich weryfikacji na odrębny wniosek beneficjenta przed włączeniem ww. wydatków do wniosku o płatność. Wzór formularza wniosku stanowi załącznik nr 1 do niniejszych Zaleceń. Przy weryfikacji należy odpowiednio wykorzystać listy sprawdzające określone w załączniku nr 1 do Zaleceń nr 12.
20. W odniesieniu do pkt 6.4.2.2) lit c) ppkt ii) *Wytycznych* przyjmuje się, że 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* beneficjent powinien zamieścić obligatoryjnie ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa 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.
21. Wzór ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* określony w załączniku III *rozporządzenia Komisji (WE) Nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1564 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG (Dz. U. L 313 z 28.11.2009, s.3)* wskazuje, że ma ono zastosowanie zarówno do zamawiających „klasycznych” jak i „sektorowych”.
22. Biorąc pod uwagę powyższe, IZ PO liŚ w celu zapewnienia przejrzystości postępowania zaleca, aby beneficjenci publikowali ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy również w przypadku udzielania **zamówień sektorowych** z zastosowaniem trybów z „wolnej ręki” lub „negocjacji bez ogłoszenia”.



Załącznik nr 1

Wzór wniosku o wstępną weryfikację prawidłowości poniesionych wydatków

[Miejscowość, data]

Do: Właściwa IP/IPII

**Wniosek  
o wstępną weryfikację prawidłowości wydatków poniesionych w wyniku:  
zwiększenia wartości zamówień podstawowych / wprowadzenia zmiany /  
udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym<sup>1</sup>**

Zwracam(y) się z wnioskiem o przeprowadzenie wstępnej weryfikacji prawidłowości wydatków poniesionych w zakresie:

*[opisać przedmiot i wartość zamówienia podstawowego, wartość i zakres zwiększenia zamówienia podstawowego].*

Uzasadnienie faktyczne i prawne, potwierdzające poniesienie wydatku zgodnie z prawem krajowym i wspólnotowym w dziedzinie zamówień publicznych

Do wniosku załączam dokumenty będące podstawą poniesienia wydatków<sup>2</sup>:

1. *aneks do umowy,*
2. *protokół z udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym<sup>3</sup>,*
3. *umowę w sprawie zamówienia publicznego*
4. *inne dokumenty<sup>4</sup>*

W imieniu Zamawiającego:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

<sup>1</sup> Niepotrzebne skreślić.

<sup>2</sup> Wskazać prawidłowe.

<sup>3</sup> Zgodnie z art. 96 ustawy Pzp.

<sup>4</sup> Wskazać, jeżeli jest uzasadnione.