

Sygn. akt: KIO/KU 80/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 września 2014 roku

Po rozpoznaniu zastrzeżeń z dnia 28 sierpnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Sądeckie Wodociąg Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Wincentego Pola 22, 33-300 Nowy Sącz** dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 sierpnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/KU/111/14) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w miejscowości Przysietnica z odcinkiem do Barcic Gmina Stary Sącz”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
	Magdalena Rams
	Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

„Zastrzeżenia zamawiającego dotyczące Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” z dnia 28 sierpnia 2014 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 sierpnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/KU/111/14) uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą uprzednią w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w miejscowości Przysietnica z odcinkiem do Barcic Gmina Stary Sącz”.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/32(3)/14/BK) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 2 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poinformował zamawiającego, tj. Sąddeckie Wodociąg Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, o wynikach kontroli uprzedniej w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w miejscowości Przysietnica z odcinkiem do Barcic Gmina Stary Sącz”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, iż z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz z SIWZ wynika, że zamawiający w celu oceny spełniania warunku zdolności finansowej wymagał od wykonawców złożenia *„informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składani ofert”*, tj. dokumentu określonego w treści § 1 ust. 1 pkt 9 nieobowiązującego na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 817), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów z 2009 r.”.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog określony został w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), które weszło w życie w dniu 20 lutego 2013 r., zwanego dalej „rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r.”.

Znowelizowane przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. stanowią w § 1 ust. 1 pkt 10, iż zamawiający może żądać *„informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składani ofert”*.

Zatem przepisy rozporządzenia obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, nie wyłączają możliwości potwierdzenia sytuacji finansowej wykonawcy w oparciu o dokumenty wystawione przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, w których wykonawca nie posiada rachunku.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, iż sformułowanie przez zamawiającego w powyższy sposób żądanego dokumentu stanowi naruszenie § 1 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r.

W dniu 28 sierpnia 2014 r. (pismem z dnia 27 sierpnia 2014 r.) zamawiający zgłosił zastrzeżenia od opisanego powyżej wyniku kontroli stwierdzając, iż sformułowany przez niego wymóg dotyczy dwóch odrębnych dokumentów:

1. informacji baku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert

lub

2. informacji baku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert

Zamawiający podniósł, iż analizując pierwszy z powołanych przypadków, odwołanie się do „posiadania przez wykonawcę rachunku” w banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej nie może być traktowane w kategoriach naruszenia postanowień rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 roku, lecz stanowi wyłącznie *superfluum*, będąc tym samym zapisem z logicznego punktu widzenia być może zbędnym, lecz w żadnej mierze nie sprzecznym z postanowieniami rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. Nadto dodał, iż przywołał art. 5 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Prawo bankowe oraz art. 28 ust. 1 ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, z których w ogólności wynika, że środki pieniężne są zapisywane na rachunku bankowym/członka kasy. W konkluzji zamawiający wskazał, że posiadanie przez wykonawcę środków pieniężnych w banku lub SKOK wymaga równoczesnego posiadania przezeń stosownego rachunku w którejś z tych instytucji, wobec powyższego zapis zastosowany przez zamawiającego nie może zostać uznany za sprzeczny z treścią rozporządzenia.

Natomiast, wyjaśniając warunek dotyczący zdolności kredytowej wykonawców, zamawiający wskazał, że w jego zamierzeniu wymóg posiadania przez wykonawcę rachunku bankowego w jednostce (banku albo spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej) nie dotyczył tego przypadku. Rachunek rozumiany był bowiem w znaczeniu technicznym jako

rachunek środków kredytowych, których dotyczy ocena zdolności kredytowej wykonawcy. Nie chodziło więc o „rachunek bankowy” jako wynik zawarcia odrębnej umowy rachunku bankowego, lecz o „rachunek” w znaczeniu technicznym, tj. rachunek kredytowy, w oparciu o który bank (spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa) ewidencjonuje kredyt, stanowiący podstawę oceny zdolności kredytowej wykonawcy. Tym samym również i w tym wypadku odwołanie się do „rachunku” było, być może, zbędne, lecz nie sprzeczne z rozporządzeniem w sprawie dokumentów z 2013 r., jako że jego posiadanie stanowiło warunek sine qua non możliwości oceny zdolności kredytowej wykonawcy przez bank (spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową).

Zamawiający dodał, iż przedmiotowe naruszenie powinno być traktowane jako drobne uchybienie o charakterze formalnym, które w żadnej mierze nie narusza podstawowego celu jaki przyświeca zamówieniom publicznym, a więc uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu.

Pismem z dnia 10 września 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/32(5)/14/BK) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował o podtrzymaniu stanowiska zaprezentowanego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 22 sierpnia 2014 r., a tym samym o nieuwzględnieniu zastrzeżeń Zamawiającego, podnosząc, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wskazał w Informacji o wyniku kontroli, iż naruszenie § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r. miało wpływ na wynik kontrolowanego postępowania lub na zachowanie uczciwej konkurencji.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł m.in., iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz z SIWZ zażądał dokumentu określonego w treści § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2009 r. nieobowiązującego na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania. A ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 5 kwietnia 2014 r., tj. po dacie wejścia w życie nowego rozporządzenia w sprawie dokumentów (rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r.), które weszło w życie 20 lutego 2013 r., sformułowanie przez zamawiającego żądanego dokumentu stanowi naruszenie § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r.

Nadto dodał, iż faktycznie dokument w postaci informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w zakresie potwierdzenia wysokości posiadanych środków zawsze wiąże się z posiadaniem rachunku, na którym owe środki są przechowywane, jednak nie jest zasadne ograniczanie dokumentów potwierdzających zdolność kredytową wykonawcy, wyłącznie do dokumentów wystawionych przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, w których wykonawca posiada rachunek – bowiem instytucja ta nie musi się specjalizować w udzieleniu kredytów danego rodzaju. Takie było również uzasadnienie wykreślenia spornego zapisu z treści § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów

dokumentów z 2013 r. przedstawione w projekcie nowego rozporządzenia w wersji skierowanej do podpisu Prezesa Rady Ministrów. Uprawnienie do żądania dokumentu wystawionego przez instytucję, w której wykonawca posiada rachunek nie wynika również z przepisów innych ustaw nakazujących podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą posiadanie rachunku bankowego. Przepisy te nie ograniczają bowiem prawa wykonawcy do posiadania kilku rachunków ani do uzyskiwania dokumentu, o którym mowa w rozporządzeniu od instytucji, która rachunku nie prowadzi.

Reasumując dodał, iż z powyższym naruszeniem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wiąże istotnych skutków prawnych, o czym świadczy choćby brak wydanych zaleceń z tym związanych, co nie zmienia faktu istnienia obowiązku wskazania takiego naruszenia w „Informacji o wyniku kontroli”.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Izba, biorąc pod uwagę argumentację zaprezentowaną przez zamawiającego w piśmie z dnia 28 sierpnia 2014 r., argumentację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawartą w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia z dnia 22 sierpnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/32(3)/14/BK) oraz w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 10 września 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W2/421/32(5)/14/BK), za trafne uznała stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzające naruszenie przez zamawiającego dyspozycji § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r., jednocześnie przyjmując ustalenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za własne.

Bezspornym jest, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w zakresie dotyczącym oceny spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej powołał się na treść rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2009 r. Bezspornym jest także, iż w dacie tej (publikacji ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ) obowiązywało już nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów, a mianowicie rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r., które weszło w życie w dniu 20 lutego 2013 r., a więc przed wszczęciem przez zamawiającego postępowania o przedmiotowe zamówienie. Tym samym zamawiający w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mógł żądać od wykonawców dokumentów, o których mowa w nowym rozporządzeniu i w brzmieniu w nim określonym. Niewłaściwym było więc powołanie się na treść nieaktualnego już rozporządzenia w sprawie dokumentów (rozporządzenia z 2009 r.), gdyż jego treść w odniesieniu do dokumentu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, tj., dokumentu potwierdzającego sytuację finansową wykonawcy (posiadania środków lub zdolności kredytowej) uległa zmianie. Zamawiający – zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. - mógł żądać „*informacji banku lub spółdzielczej kasy*

oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składani ofert”, a nie jak jako to błędnie uczynił „*informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składani ofert*”.

Bez znaczenia są tu motywy działania zamawiającego, jak i okoliczność, że obecnie istnieje możliwość otwarcia rachunku bankowego w dowolnym banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, co powoduje, że tak sformułowany wymóg mógłby być spełniony przez dowolny podmiot bez kosztowo i bezproblemowo. Reasumując stwierdzić należy, iż naruszenie przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. faktycznie ma miejsce. Zamawiający nie może bowiem dokonywać zmiany obowiązujących przepisów poprzez zmianę ich brzmienia w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ.

Dlatego też, biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....