

Warszawa, dnia 30.08.2018 r.

KU/120/18/DKZP

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. **Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:	Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ – SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4 02-337 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	Budowa gazociągu DN 1000, MOP 8,4 MPa Pogórska Wola – Tworzeń wraz z infrastrukturą towarzystającą
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	19.12.2017 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2017/S 243 - 507642
Wartość zamówienia:	619.237.477,20 zł (148.323.906, 49 euro), w tym: - wartość robót budowlanych: 287.868.196,97 zł (68.952.117,89 euro),

- wartość dostaw inwestorskich: 339.159.807,38 zł
(81.237.827, 82 euro),
- wartość zamówień podobnych: 9.759.472,85 zł
(2.337.654,28 euro)

Środki UE: Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego
w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura
i Środowisko 2014 – 2020

Rodzaj procedury: zamówienie sektorowe

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdza naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie żądania przedłożenia dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących podmiotu trzeciego, określonych w piśmie z dnia 21.05.2018 r. oraz naruszenie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie żądania zastąpienia przez wykonawcę podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby techniczne innym podmiotem lub podmiotami pismem z dnia 14.06.2018 r.

UZASADNIENIE

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 7 pdpkt 2) SIWZ, jednym z warunków udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie potencjału technicznego wykonawcy było dysponowanie „nie mniej niż 4 zespołami układowymi. Każdy taki zespół układowy winien składać się co najmniej z:

a) 5 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych w przedziale od 50 ton do 74,99 ton udźwigu (każda dźwigowa jednostka sprzętowa), lub

b) 4 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych o udźwigu równym lub wyższym niż 75 ton (każda dźwigowa jednostka sprzętowa).

W przypadku, gdy wykonawca dysponuje w ramach jednego zespołu układowego, dźwigowymi jednostkami sprzętowymi zarówno określonymi w pkt. a) i b), wówczas Zamawiający wymaga, aby wykonawca dysponował lub zapewnił dysponowanie 5 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych.

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Wykaz winien był potwierdzać spełnianie ww. warunku oraz zostać sporządzony zgodnie z Załącznikiem nr 9 do SIWZ.

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem IX SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w Rozdziale IX ust. 2 — ust. 10 SIWZ może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Wykonawca Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. (lider), RAFAKO S.A., dalej: Konsorcjum PeBeKa, składając ofertę w ramach przedmiotowego postępowania, wykazując spełnianie ww. warunku częściowo posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego – ROMGOS GWIAZDOWSCY Sp. z o.o.

Na potwierdzenie powyższej okoliczności wykonawca przedłożył zobowiązanie ww. firmy do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji przedmiotowego postępowania m.in. w zakresie:

- 6 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych w przedziale od 50 ton do 75,49 tony udźwigu (każda jednostka dźwigowa),
- 2 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych o udźwigu równym lub wyższym niż 75 ton (każda jednostka dźwigowa).

Tym samym stwierdzić należy, iż wykonawca zaznaczając w załączonym do oferty formularzu JEDZ sekcję α (zgodnie z uwagą informacyjną sformułowaną w Rozdziale IX SIWZ) zadeklarował się, iż w pozostałym zakresie spełnia ww. warunek zdolności udziału w postępowaniu samodzielnie (dysponowanie pozostałymi wymaganymi jednostkami dźwigowymi).

Pismem z dnia 26.04.2018 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Konsorcjum PeBeKa o przedłożenie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego ww. wykonawca przedłożył wymagany wykaz urządzeń

technicznych, w którym m.in. wskazał, jakimi zespołami układowymi będzie dysponować (łącznie 6 zespołów układowych na które składa się 26 szt. jednostek dźwigowych) oraz podstawę dysponowania – zobowiązanie do udostępnienia zasobów/umowa dzierżawy. Konsorcjum przedłożyło jednocześnie m.in. następujące dokumenty:

- deklarację z dnia 9 marca 2018 r. wystawioną przez wydzierżawiającego, tj. MAATS B.V., wraz z tłumaczeniem na język polski gdzie wskazano, że wydzierżawiający oświadcza, iż dysponuje dźwigami bocznymi o udźwigu min. 75 ton i jednocześnie deklaruje, że w przypadku pozyskania przez RAFAKO S.A. przedmiotowego zamówienia wydzierżawi mu na czas całkowitego wykonania prac łącznie 8 sztuk sprecyzowanych dźwigów;
- deklarację z dnia 9 marca 2018 r. wystawioną przez wydzierżawiającego, tj. Europipeline Equipment S.p.a. wraz z tłumaczeniem na język polski, gdzie wskazano, że wydzierżawiający oświadcza, iż dysponuje dźwigami bocznymi o udźwigu min. 75 ton i jednocześnie deklaruje, że w przypadku pozyskania przez RAFAKO S.A. przedmiotowego zamówienia wydzierżawi mu na czas całkowitego wykonania prac łącznie 10 sztuk sprecyzowanych dźwigów.

Biorąc pod uwagę ww. informacje oraz wynikające z treści wykazu urządzeń technicznych dotyczące podstawy dysponowania ww. urządzeniami, zamawiający stwierdził, iż Konsorcjum PeBeKa, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 7 pkt 2) SIWZ, polega na zdolnościach technicznych podmiotów, które wystawiły ww. deklaracje, tj. MAATS B.V. oraz Europipeline Equipment S.p.a., na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy.

W związku z tym zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, pismem z dnia 21.05.2018 r. zwrócił się do wykonawcy: Konsorcjum PeBeKa z prośbą o udzielenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów m.in. w zakresie:

- jednolitego dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego, tj. MAATS B.V. w celu wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełniania, w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby — warunków udziału w postępowaniu;
- jednolitego dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego, tj. Europipeline Equipment S.p.a. w celu wykazania braku istnienia wobec niego podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełniania, w zakresie w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby — warunków udziału w postępowaniu;
- pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. MAATS B.V. potwierdzającego, że do dnia składania ofert, tj. 26 kwietnia 2018 r. rzeczony podmiot oddał wykonawcy do

dyspozycji niezbędne zasoby (zdolność techniczna) na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie z treści ww. dokumentu powinien wynikać zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu, tj. MAATS B.V., sposób wykorzystania zasobów podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia oraz czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą;

- pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Europipeline Equipment S.p.a. potwierdzającego, że do dnia składania ofert, tj. 26 kwietnia 2018 r. rzeczony podmiot oddał wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby (zdolność techniczną) na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie z treści ww. dokumentu powinien wynikać zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu, tj. Europipeline Equipment S.p.a., sposób wykorzystania zasobów podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia oraz czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Ponadto, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wezwał do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1) — pkt 11) SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia dotyczących każdego z ww. podmiotów.

Konsorcjum PeBeKa udzieliło wyjaśnień w wymaganym przez zamawiającego terminie (do 29.05.2018 r.) pismem z dnia 28.05.2018 r. Jednocześnie w przedmiotowym piśmie wykonawca nie przedłożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotów MAATS B.V. oraz Europipeline Equipment S.p.a. Wykonawca już na wstępie swojego pisma wskazał, że wypełnił wykaz urządzeń technicznych mając na względzie fakt, iż część sprzętu, jaki powinien być wskazany w Załączniku nr 9 do SIWZ stanowią urządzenia, które będą udostępnione przez podmioty trzecie (dla których załączył stosowne dokumenty) a część zostanie przekazana na mocy umowy dzierżawy.

Odnosnie sprzętu, który będzie mu wydierżawiany przez podmioty MAATS B.V. oraz Europipeline Equipment S.p.a., wykonawca poinformował, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i poglądami doktryny dysponowanie przez niego w sposób bezpośredni

sprzętem wymaganym przez zamawiającego nie jest udostępnieniem potencjału w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp. Dysponowanie sprzętem na mocy umowy dzierżawy jest dysponowaniem bezpośrednim, niewymagającym jego udostępnienia przez podmiot trzeci. Nadto wykonawca zwrócił uwagę, iż zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ wskazany miał zostać sprzęt wchodzących w skład zespołów układkowych. Wykonawcy mogą więc dysponować takim sprzętem samodzielnie (własność, dzierżawa, leasing) albo w trybie użyczenia potencjału zgodnie z art. 22a ustawy Pzp.

Wykonawca podkreślił jednocześnie, że podmioty MAATS B.V. i Europipeline Equipment S.p.a. nie są podmiotami, na których zdolnościach wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy realizacji robót budowlanych. Ww. firmy nie będą wykonywać żadnych prac ani udostępniać sprzętu w trybie art. 22a ustawy Pzp. Ich rola ogranicza się tylko i wyłącznie do wydzierżawienia wykonawcy sprzętu – dźwigów bocznych, bez ich obsługi. Sprzęt ten będzie wykorzystywany przez zespoły układkowe, brygady prowadzące spawanie montażowe zarówno wykonawcy jak i podwykonawców wskazanych w ofercie. Należy podkreślić, że stosowne dokumenty dotyczące podwykonawców posiadających zasoby w zakresie prowadzenia robót budowlanych przedłożono w ofercie. Z uwagi na powyższe, zdaniem wykonawcy, złożenie dokumentów o których mowa w wezwaniu z dnia 21.05.2018 r. nie było konieczne.

W związku z powyższym, pismem z dnia 14.06.2018 r. zamawiający uznał, iż w odniesieniu do ww. podmiotów MAATS B.V. i Europipeline Equipment S.p.a. zachodzą podstawy do wykluczenia zgodnie z ustawą Pzp, skoro podmioty te nie wykazały ich braku. Działając na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp zażądał od wykonawcy zastąpienia ww. podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby techniczne innym podmiotem lub podmiotami oraz przedłożenia w odniesieniu do innego podmiotu lub podmiotów stosownych dokumentów.

Wykonawca uzupełnił nowy wykaz sprzętu przy piśmie z dnia 18.06.2018 r.

Mając na uwadze powyższe podnieść należy, iż przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp określa działania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Działania owe polegają na obligatoryjnym zażądaniu od wykonawcy, aby w sytuacji, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie wykazał posiadania zasobu lub braku podstaw do wykluczenia – samodzielnie wykazał ten zasób lub zastąpił ten podmiot trzeci innym podmiotem trzecim. W tym celu należy

najpierw przybliżyć procedurę uzupełniania dokumentów, którą określa art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonuje weryfikacji wykonawcy pod kątem wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ale jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji w rankingu ofert.

Przedłożenie przez ww. wykonawcę – w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp – dokumentów niepotwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub dokumentów niepotwierdzających niepodleganie wykluczeniu, lub nieprzedłożenie wszystkich lub niektórych z tych dokumentów aktualizuje obligatoryjny wymóg wezwania przez zamawiającego o uzupełnienie tych dokumentów lub przekazanie stosownych wyjaśnień. Powyższe reguluje przepis z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który jest jedyną regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie dokumentów w przedmiocie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (niezależnie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego).

Co istotne, jakiegokolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawca w momencie składania ofert opierał się jedynie na własnych zdolnościach. Omawiany art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza bowiem odrębnej od art. 26 ust. 3 zasady uzupełniania dokumentów dla podmiotów trzecich. Umożliwia on wykonawcy, na okoliczność uzupełnienia dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się w tym zakresie na zdolnościach podmiotów trzecich. Nie jest natomiast dopuszczalna sytuacja w której dochodzi do rozszerzenia potencjału, tj. nie ma takiej możliwości, ażeby wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku na etapie składania oferty, na późniejszym etapie postępowania (uzupełnianie dokumentów) powoływał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego. Szerzej powyższa kwestia omówiona została w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych pt. *Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych*.¹

¹ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/relacja-art.-22a-ust.-6-do-art.-26-ust2.-3-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>

Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania, w pierwszej kolejności podkreślić należy, iż wykonawca Konsorcjum PeBeKa wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 7 pdpkt 2) SIWZ, polegał na potencjale podmiotu trzeciego jedynie w zakresie 8 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych. Wykazując warunek w pozostałym zakresie wykonawca bazował na potencjale własnym – w załączonym do oferty formularzu JEDZ zaznaczył sekcję α. Powyższe znalazło potwierdzenie w przekazanym na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazie urządzeń oraz wyjaśnieniach udzielonych przez wykonawcę pismem z dnia 28.05.2018 r. w ramach których wyraźnie wskazał, iż sprzęt przewidziany do wdzierżawienia od MAATS B.V. i Europipeline Equipment S.p.a. stanowi jego potencjał własny. Jak wynika bowiem z powyższych ustaleń, wykonawca w ramach przedmiotowej procedury nie mógł polegać na potencjale podmiotów trzecich zakresie szerszym, niż wynikający pierwotnie z treści oferty (8 szt. dźwigowych jednostek sprzętowych).

Zważywszy, że z treści dokumentów przedłożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego sformułowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, iż Konsorcjum PeBeKa wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 7 pdpkt 2) SIWZ, uznać należy, iż zamawiający nie miał podstaw do żądania przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dokumentów oraz wyjaśnień określonych w piśmie z dnia 21.05.2018 r. oraz żądania zastąpienia przez wykonawcę, na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby techniczne innym podmiotem lub podmiotami, sformułowanego w piśmie z dnia 14.06.2018 r.

Tym samym, formułując żądania w powyższym zakresie zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z ustawą Prawo zamówień publicznych. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 171a ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

