



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

KU/84/23/DKZP

Warszawa, dnia 22.12.2023 r.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. ul. Bytomska 7 70-603 Szczecin
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Rodzaj procedury:	zamówienie sektorowe
Przedmiot zamówienia:	budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony (procedura o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp)
Data wszczęcia postępowania:	23.06.2023 r.
Numer ogłoszenia o zamówieniu:	2023/S 122-386442
Wartość zamówienia:	223.302.218,46 zł, (tj. 50.139.711,35 euro) [223.303.000,00 zł (tj. 50.139.886,83 euro) - wartość wskazana w protokole postępowania (druk ZP-PN) po zaokrągleniu], w tym: 171.770.937,28 zł,

(tj. 38.569.008,73 euro) - wartość zamówienia podstawowego, 51.531.281,18 zł, (tj. 11.570.702,62 euro) - wartość zamówień, o których mowa w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp

Środki UE:

Instrument „Łącząc Europę”, CEF 2

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 124 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, poprzez żądanie w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

UZASADNIENIE

Zgodnie z pkt 4.9 SWZ, zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia żądał od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 2, 3, 6, 7 lit. a-d rozporządzenia.

Następnie, w pkt 4.7. SWZ zamawiający zastrzegł, iż „W przypadku, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń, dokumentów lub podmiotowych środków dowodowych

potwierdzających okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumentie dotyczącym każdego z tych podmiotów, w zakresie pkt 4.9.”.

Należy zauważyć, iż, zamawiający żądał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, podmiotowych środków dowodowych, określonych w punkcie 4.9. SWZ, tj. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 2, 3, 6, 7 lit. a-d rozporządzenia.

Zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 21.12.2023 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień na jakiej podstawie zamawiający zgodnie z 4.7. SWZ żądał powyższego oświadczenia dotyczącego podmiotu trzeciego. Ponadto, poproszono o informację, czy zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia poprzez wyłączenie obowiązku złożenia oświadczenia składanego przez wykonawcę w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 t.j.), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, dotyczącego podmiotów trzecich.

Pismem z dnia 21.12.2023 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „(...) Zamawiający wyjaśnia, iż treść pkt. 4.7. SWZ została sporządzona zgodnie z Uchwałą KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 26 kwietnia 2022 r. (Sygn. akt: KIO/KU 15/22).

W wyżej wymienionej Uchwale Izba zauważa, „...że Zamawiający prawidłowo dokonał interpretacji przepisów ustawowych. Nie ulega wątpliwości, że przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jest przesłanką obligatoryjną, od której badania względem wykonawcy zamawiający nie może odstąpić. Ponadto, art. 119 ustawy pzp nakłada na zamawiającego dodatkowy obowiązek badania przesłanek wykluczenia przewidzianych względem wykonawcy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby. Dyspozycja powyższego przepisu determinuje zatem konieczność badania względem podmiotu trzeciego również przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie przewidując w tym zakresie wyjątków. Uregulowanie wynikające z art. 119 ustawy pzp pozostaje w zgodności z obowiązkiem wynikającym z art. 124 ust. 1 żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz art. 125 ust. 5 ustawy pzp żądania od podmiotu trzeciego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, a więc również wstępnego oświadczenia co do braku wszystkich przesłanek wykluczenia, które zostały przewidziane w dokumentacji postępowania względem wykonawcy, w tym przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp – Część III sekcja C o treści „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że regulacje ustawowe są spójne i jednoznaczne co do obowiązków nałożonych na zamawiającego w zakresie badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu udostępniającego zasoby. Słusznie również Zamawiający odniósł się do regulacji unijnych – motywu 84 oraz art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, z których jednoznacznie wynika obowiązek weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby na tożsamy sposób jak weryfikacja wykonawcy. Dalej podkreślić należy, że niewątpliwie par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia regulując katalog podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać pomija par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, a więc oświadczenie wykonawcy, „w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej”.

Zasadnie jednak Zamawiający zwrócił uwagę na rozbieżność co do żądania podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstawy wykluczenia podmiotu trzeciego z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w treści samego Rozporządzenia, które jednak w par. 5 ust. 1 przewiduje możliwość żądania od podmiotu trzeciego w par. 2 ust. 1 pkt 7 lit. c: „7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu,

o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.”

W świetle powyższego oczywistym jest, iż w zakresie żądania od podmiotu udostępniającego zasoby podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, uregulowanie wykonawcze pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawowymi i unijnymi. Niewątpliwie kolizja norm ustawowych i wykonawczych powinna zostać rozwiązana zgodnie z regułą hierarchiczną *lex superior derogat legi inferiori*, nadającą prymat uregulowaniu ustawowemu, a w konsekwencji prowadzić do uznania, iż przesłanki wykluczenia przewidziane względem wykonawcy muszą zostać zbadane również w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, w tym podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, zgodnie z art. 119 ustawy pzp. W konsekwencji żądanie podmiotowego środka dowodowego określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia od podmiotu udostępniającego zasoby należało uznać za zgodne z ustawą. Właściwie Zamawiający argumentował, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy pzp może regulować wyłącznie kwestie przypisane mu przez ustawę, a ta w art. 119 ustawy pzp jednoznacznie stanowi o obowiązku badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu trzeciego w zakresie identycznym jak przewidziane dla wykonawcy, nie stanowiąc w tym zakresie wyjątków”.

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie natomiast z treścią art. 119 ustawy Pzp, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do treści § 5 ust. 1 rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3–7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści

powyższego przepisu wynika, iż jego zakres – w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Tym samym należy stwierdzić, że żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza treść art. 124 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 617 ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.