

Warszawa, 15.09.2016 r.

UZP/DKUE/KU/37/16

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

Zamawiający:	Miasto Bielsko-Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku Białej ul. Grażyńskiego 10 43-300 Bielsko-Biała
Rodzaj zamówienia:	roboty budowlane
Przedmiot zamówienia :	Rozbudowa ul. Międzyrzeckiej w Bielsku-Białej” w ramach zadania inwestycyjnego „Rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 942 w Bielsku-Białej”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	62.029.292,19 zł (14.681.836,77 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających: 20.676.430,73 zł (4.893.945,59 euro), realizowanego w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 942 w Bielsku-Białej” o wartości całkowitej przekraczającej 20.000.000 euro

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Zamawiający w pkt 6.4.3) lit. a i b SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej wymagał, aby wykonawcy wykazali, że osiągnęli następujące wskaźniki finansowe:

- a. w każdym z trzech ostatnich lat: zysk ze sprzedaży,
- b. w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat: zysk brutto (przed opodatkowaniem).

W celu wykazania spełniania powyższych warunków zamawiający żądał przedłożenia dokumentu określonego w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia 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 (zwanego dalej: „rozporządzeniem”; Dz. U. z 2013 r., poz. 231), tj. części sprawozdania finansowego: bilans oraz rachunek zysków i strat, z oznaczeniem podmiotu na rzecz którego został sporządzony za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres (a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią o badanym sprawozdaniu, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności).

Pismem z dnia 05.08.2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących ww. opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej w następującym zakresie:

- 1) jakie okoliczności, w tym cechy przedmiotu zamówienia powodują, że wykonawca, który nie wykaże w każdym z trzech ostatnich lat zysku ze sprzedaży, nie byłby zdolny do należytej realizacji zamówienia?
- 2) jakie okoliczności, w tym cechy przedmiotu zamówienia powodują, że wykonawca, który nie wykaże w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysku brutto (przed opodatkowaniem), nie byłby zdolny do należytej realizacji zamówienia?

W piśmie z dnia 19.08.2016 r. zamawiający wyjaśnił, że skoro obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, aby dawały one rękojmię należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, to wobec licznych przypadków upadłości firm budownictwa drogowego na przestrzeni ostatnich lat, zdecydował się zastosować aż trzy mierniki badania wiarygodności ekonomicznej wykonawcy.

Zamawiający wskazał, iż „pozycja „Zysk/strata brutto ze sprzedaży” pokazuje wynik, jaki spółka wypracowała, jeśli weźmie się pod uwagę jedynie przychody i koszty związane bezpośrednio z jej podstawową działalnością. Wykazanie straty ze sprzedaży oznacza, że przychody ze sprzedaży są niższe od kosztów. Taka spółka nie może być uznana za wiarygodnego wykonawcę zamówienia, gdyż prowadzona przez nią produkcja generuje straty. Istnieje duże prawdopodobieństwo upadłości takiej firmy. Jeśli chodzi o zysk brutto oraz płynność, zamawiający wzorował się na zasadach kwalifikacji wykonawców robót budowlanych stosowanych w Wielkiej Brytanii - system constructionline. Zasady te przewidują wykluczenie wykonawcy, który w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat wykazywał stratę brutto (...). Dlatego też dopuszczono, aby w jednym z trzech ostatnich lat wykonawca mógł wykazać stratę brutto. Strata taka może być wynikiem różnych okoliczności i - o ile zdarza się jednorazowo - nie musi świadczyć o złej kondycji finansowej wykonawcy”.

Ponadto zamawiający podkreślił, że „zdaje sobie sprawę z tego, że należałoby określić wymagania również na innych wskaźnikach, jednak przyjęte warunki pozwalają na wykluczenie najłabszych wykonawców, co - notabene - nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.”

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż nie można uznać, że z uwagi na specyfikę prowadzonego postępowania wyłącznie podmioty spełniające warunek osiągnięcia w każdym z trzech ostatnich lat zysku ze sprzedaży oraz osiągnięcia w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysku brutto (przed opodatkowaniem), są zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Okoliczności wskazywane przez zamawiającego, tj. generowanie strat oraz powiązane z tym duże prawdopodobieństwo upadłości firmy, decydujące, zdaniem zamawiającego o tym, że taki wykonawca traci wiarygodność i staje się niezdolny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w żaden sposób nie wskazują, iż takich wykonawców należało automatycznie, tylko na podstawie wskazanych przez zamawiającego kryteriów, uznać za niezdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Należy bowiem stwierdzić, że wskaźnik dodatniego wyniku finansowego nie jest właściwy dla wykazania dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa.

Zysk rozumiany jako dodatni wynik finansowy, stanowi kategorię ekonomiczną, która nie musi być miarodajna dla oceny rzeczywistej kondycji ekonomicznej lub finansowej przedsiębiorcy. Przedsiębiorstwo niewypracowujące zysku może być w doskonałej sytuacji ekonomicznej, którą wyrażają także inne parametry analizy techniczno-ekonomicznej niezwiązanej bezpośrednio z kategorią zysku, np. zrównoważona produkcja dająca stabilne zatrudnienie, postęp techniczny i rosnąca wartość aktywów. Powyższe oznacza, że wymaganie wykazania dodatniego wyniku finansowego uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom rozpoczynającym działalność, realizującym inwestycje lub które w wymaganym okresie dokonały nakładów na własną działalność umożliwiających osiągnięcie zysków w przyszłości (będących w fazie rozwoju), a które są w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością. Tym samym wymaganie od wykonawców wykazania zysku w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej nie jest adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, a tym samym nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego wynika, iż dokonując opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez wymóg, aby wykonawcy osiągnęli w każdym z trzech ostatnich lat zysk ze sprzedaży oraz w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat zysk brutto (przed opodatkowaniem), zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt. 6.4 SIWZ zamawiający zamieścił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez

wykonawców w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej, zgodnie z którym wykonawca musiał wykazać, że:

- 1) osiągnął w ciągu ostatnich trzech lat średni przychód w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”);
- 2) dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości minimum 5.000.000 PLN;
- 3) osiągnął następujące wskaźniki finansowe:
 - a. w każdym z trzech ostatnich lat: zysk ze sprzedaży
 - b. w ciągu dwóch z trzech ostatnich lat: zysk brutto (przed opodatkowaniem)
 - c. w ostatnim roku obrotowym: płynność bieżąca $> 0,8$.

W pkt 6.7 SIWZ „Sposób oceny spełniania warunków w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i Wykonawców, którzy polegają na potencjale innego podmiotu zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp”, zamawiający w ppkt 2) zamieścił informację, że „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą łącznie spełniać warunki udziału w postępowaniu, przy czym warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej określone w pkt 6.4. ppkt 2) i 3) musi spełniać ten lub ci spośród wspólnie ubiegających się wykonawców, który potwierdza spełnianie warunku określonego w pkt 6.4. ppkt 1). Dane dotyczące wykonawców mają podlegać sumowaniu za wyjątkiem, liczby wykonanych zamówień oraz niepodlegających sumowaniu wskaźników finansowych, takich, jak płynność.”

Pismem z dnia 30.08.2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ten lub ci spośród członków konsorcjum, który/którzy osiągnął/osiągnęli wymagany w pkt 6.4.1) SIWZ przychód musi/muszą jednocześnie dysponować określoną w pkt 6.4.2) SIWZ zdolnością finansową oraz osiągnąć określone w pkt 6.4.2) wskaźniki? Czy też ww. wymóg dotyczy (rozłącznie) sytuacji, gdy członek konsorcjum/członkowie konsorcjum o określonym powyżej przychodzie:

- a) dysponuje/ą jednocześnie ww. środkami finansowymi lub zdolnością kredytową,
- albo
- b) osiągnął/osiągnęli jednocześnie określone powyżej wskaźniki finansowe?

W piśmie z dnia 07.09.2016 r. zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Potwierdzamy niniejszym, że w przypadku konsorcjum ten (jeśli przychód jednego wykonawcy jest wystarczający do spełnienia warunku) lub ci (jeżeli konieczne jest sumowanie

przychodów kilku członków konsorcjum) z członków konsorcjum, którzy spełniają warunek w zakresie przychodu musi (muszą) jednocześnie spełniać warunki w zakresie dysponowania środkami oraz wskaźników ekonomicznych. Zamawiający pragnie uniknąć w ten sposób sytuacji, w której jeden z członków konsorcjum wykazuje duże przychody na działalności generującej straty, a inny wykazuje zyskowność działalności minimalnych rozmiarów. Wśród członków konsorcjum musi być co najmniej jedna firma, która pełni rolę „lokomotywy finansowej”. W przypadku, gdy przychód jednego członka konsorcjum jest niewystarczający, wymagania w zakresie wskaźników muszą spełnić również inni członkowie konsorcjum, których przychody składają się na spełnienie warunku. Potwierdzenie dysponowania środkami następuje łącznie, tj. niezależnie od tego ilu wykonawców potwierdza przychód może ten warunek potwierdzić jeden lub kilku z nich”.

Ponadto zamawiający wyjaśnił, iż regulacje z pkt 6.7.2. Instrukcji dla Wykonawców (SIWZ) dotyczą także wykonawców, którzy polegają na potencjale innego podmiotu zgodnie z art 26 ust 2b ustawy Pzp.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które zostały opisane powyżej w naruszeniu nr 1.

Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien mieć również na uwadze brzmienie art. 26 ust. 2b oraz art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika natomiast, że do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i

finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że konsorcjum jako wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby także jedną z naczelných zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że uprawnienie do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a także polegania na potencjale innego podmiotu przysługuje wykonawcom z mocy prawa. Ustawodawca w ten sposób stworzył wykonawcom możliwość ubiegania się o zamówienie w sytuacji, gdy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Konstrukcja przedmiotowych przepisów służy zatem umożliwieniu uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy sami nie byłiby mu w stanie sprostać. Normy te tworzą niezależne od woli zamawiającego uprawnienia wykonawców działających wspólnie, polegające na możliwości łączenia m.in. ich wiedzy, doświadczenia, potencjału ekonomicznego czy finansowego oraz na umożliwieniu im korzystania z zasobów podmiotów trzecich.

Z treści siwz oraz z wyjaśnień zamawiającego wynika, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz korzystających z potencjału ekonomiczno-finansowego podmiotów trzecich zdolnością finansową (tj. dysponowaniem środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości minimum 5.000.000 PLN) mógł się wykazać jedynie ten (lub ci) spośród wykonawców (lub podmiotów trzecich), który (lub którzy) jednocześnie spełniał (spełniali) warunek osiągnięcia w ciągu ostatnich trzech lat średniego przychodu w wysokości co najmniej 30.000.000 PLN. Powyższe oznacza, że określoną zdolnością finansową mogli się wykazać jedynie ci spośród członków konsorcjum (lub podmioty trzecie), którzy wykazywali się wymaganym przychodem.

Powyższe powiązanie zdolności finansowej ze zdolnością ekonomiczną (przychodem) ogranicza swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, a także sprzeciwia się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej i finansowej podmiotu trzeciego. Powyższe powiązanie nie jest też proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie stanowi środka niezbędnego do wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia. Nie ma podstaw by twierdzić, że konsorcjum, w którym jeden członek wykazuje zdolność ekonomiczną, a drugi finansową, nie będzie w stanie wykonać zamówienia. Podobnie nie ma podstaw, by twierdzić, że wykonawca posiadający wymagany przychód, ale polegający w zakresie środków finansowych na potencjale podmiotu trzeciego, nie będzie w stanie zrealizować zamówienia. Opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden (lub kilku) z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden (lub kilku) z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może (mogą) potwierdzić zdolność finansową, o ile potwierdza (potwierdzają) zdolność ekonomiczną narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

3. Zamawiający w pkt 7.3.5. SIWZ wskazał, iż „w przypadku, gdy wykonawca wykazując spełnienie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (pkt 6.4. SIWZ) polegać będzie na zasobach innych podmiotów, zamawiający żąda dodatkowo (poza dokumentami wymienionymi w pkt 7.3.3. SIWZ) przedłożenia wraz z ofertą zobowiązania tych podmiotów do ponoszenia wobec zamawiającego solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności za wykonanie zamówienia.”

Art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

W dniu 05.08.2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących podstaw rozszerzenia zakresu odpowiedzialności podmiotów trzecich względem zamawiającego, udostępniających wykonawcy zasób finansowy i ekonomiczny, którzy zobowiązani zostali do ponoszenia wspólnie z wykonawcą solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia.

W wyjaśnieniach z dnia 19.08.2016 r. zamawiający podniósł, że „art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) był niezgodny z prawem UE, w szczególności z pkt 45 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Przepisy obu dyrektyw przewidują solidarną odpowiedzialność podmiotów trzecich udostępniających sytuację ekonomiczną i finansową za realizację zamówienia. Tymczasem art. 26 ust. 2e Pzp z jednej strony rozszerzał solidarną odpowiedzialność na podmioty udostępniające inny potencjał, z drugiej zaś - ograniczał tę odpowiedzialność do „szkody zamawiającego powstałej wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy”. Pierwsza z tych niezgodności została naprawiona nowelizacją ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., druga nie. Wszczynając postępowanie i mając świadomość niezgodności art. 26 ust. 2e z przepisami prawa UE, zamawiający zastosował wprost jednoznaczne i nadające się do bezpośredniego stosowania zasady określone w uchwalonej wcześniej dyrektywie 2014/24/UE, której art. 63 ust. 1 akapit 3 stwierdza:

<<Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.>>

Wymaganie solidarnej odpowiedzialności podmiotów udostępniających wykonawcy swoją sytuację ekonomiczną i finansową jest więc w pełni zgodne z przepisami prawa europejskiego, właściwie zabezpiecza interesy zamawiającego i chroni go przed ewentualnymi korektami wynikającymi z niezgodności przepisów ustawy Pzp z prawem UE.

Biorąc pod uwagę powyższe rozbieżności, w celu uniknięcia wątpliwości co do zakresu i charakteru odpowiedzialności podmiotów trzecich, zamawiający wprowadził jednoznaczne wymaganie załączenia stosowanego oświadczenia jedynie przez podmioty udostępniające swoją sytuację ekonomiczną i finansową.”

W nawiązaniu do powyższego należy zauważyć, że co do zasady normy dyrektyw są skierowane do państw członkowskich i tym samym nie znajdują bezpośredniego zastosowania, ale podlegają wdrożeniu do porządków krajowych. W wyjaśnieniach zamawiający tłumaczył, że zastosował wprost przepisy prawa europejskiego z uwagi na niezgodność art. 26 ust. 2e z przepisami prawa UE, a także przez wzgląd na fakt, iż wspomniane przepisy były jednoznaczne i nadawały się do bezpośredniego stosowania.

Ustanowiona w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasada bezpośredniej skuteczności dyrektyw oznacza, że uprawnienia przyznane jednostkom przez prawo unijne mogą być powoływane przed organami krajowymi w celu ich wykonania, o ile zostaną spełnione wszystkie wymienione niżej warunki:

- a) przepisy dyrektywy są precyzyjne i bezwarunkowe;
- b) z norm dyrektyw wynikają prawa jednostek wobec państwa;
- c) upłynął termin implementacji dyrektywy przez dane państwo członkowskie, a jej normy nie zostały implementowane albo implementacja jest nieprawidłowa.

Kontrolowane postępowanie zostało wszczęte w dniu 21 grudnia 2015 r., a termin składania ofert upłynął w dniu 6 kwietnia 2016 r.

Jednocześnie należy wskazać, że termin implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, do której odwołuje się zamawiający, upłynął 18 kwietnia 2016 r., natomiast przed tą datą zastosowanie miała Dyrektywa 2004/18WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty, dostawy i usługi.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać, że nie zaistniały ww. przesłanki bezpośredniego stosowania dyrektywy, a tym samym zamawiający nie był uprawniony do bezpośredniego zastosowania art. 63 ust. 1 akapit 3 dyrektywy 2014/24/UE. W podanym zakresie zamawiającego wiązała norma art. 26 ust. 2e ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym na dzień wszczęcia postępowania.

Oznacza to, że żądanie zamawiającego przedłożenia wraz ofertą przez podmioty udostępniające wykonawcy zasób finansowy i ekonomiczny zobowiązania tych podmiotów do ponoszenia wobec zamawiającego wspólnie z wykonawcą solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia, stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

4. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ (pkt 7.1.4) żądał od wykonawców przedłożenia m.in: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 – 8, pkt 10 i 11 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Takich samych dokumentów zamawiający żądał od podmiotów, na zasoby których powołują się wykonawcy wykazujący spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt 7.3.4 SIWZ).

Wykonawca Konsorcjum: ENERGOPOL POŁUDNIE Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania opisanego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia zamieścił w wykazie robót niżej wymienione roboty budowlane wykonane przez podmioty, które zobowiązały się do udostępnienia swoich zasobów wykonawcy:

1. wykonane przez VAHOSTAV – SK, a.s., tj:

- „Autostrada D1 Dubna Skala-Turany”,

- „D1 Sverepec-Vritizer, 2 odcinek autostrada D1 na km 4.900-9.595.”

2. wykonane przez Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., tj.:

- „Budowa obejścia ul. Kamienieckiej w m. Ząbkowice Śląskie w ciągu drogi wojewódzkiej nr 382”.

Wykonawca nie przedstawił aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 i pkt 10 i 11 ustawy Pzp dla jednego z członków zarządu podmiotu, na zasoby którego się powoływał – VAHOSTAV – SK, a.s., tj. pana AAA. Z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego z dnia 19.08.2016 r. wynika, że fakt ten nie został stwierdzony przez członków komisji przetargowej i tym samym zamawiający nie wzywał wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Ponadto, ww. wykonawca nie przedstawił aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 i pkt 10 i 11 ustawy Pzp dla jednego z członków zarządu podmiotu, na zasoby którego się powoływał - Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., tj. pana BBB. Z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego z dnia 19.08.2016 r. wynika, że „zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie sposobu i zasad reprezentacji firmy Centrum Nowoczesnych Technologii S.A. Wykonawca w odpowiedzi przedstawił z własnej inicjatywy dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, podpisane przez Pana CCC - Prezesa Zarządu oraz Panią DDD - Prokurenta (vide: załącznik do wyjaśnień). Z treści odpowiedzi wynika ponadto, że dokumenty te zostały podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji na dzień składania ofert. Zamawiający, na podstawie tego oświadczenia, uznał więc, że Pan BBB nie był już w dniu składania ofert członkiem Zarządu (fakt ten nie był jeszcze odzwierciedlony w przedłożonym wraz z ofertą aktualnym odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 10.02.2016 r.)”.

Należy zauważyć, że uzupełnione dokumenty rzeczywiście podpisane zostały zgodnie z określonymi w KRS zasadami reprezentacji, jednakże nie można z tego faktu wnioskować o braku konieczności przedstawienia aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 i pkt 10 i 11 ustawy Pzp dla jednego z członków zarządu podmiotu, na zasoby którego się powoływał - Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., tj. pana BBB. Zgodnie z załączonym do oferty odpisem z KRS z dnia 10.02.2016 r. podmiotu, na zasoby którego się powoływał się wykonawca - Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., w skład organu zarządzającego wchodzi pan CCC oraz pan BBB i wobec nich ustawa Pzp nakłada obowiązek przedstawienia aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 i pkt 10 i 11 ustawy Pzp celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie wzywał wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów

Ponadto, zgodnie z pkt 7.1.6 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawcy, aby dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania złożył aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Na podstawie pkt 7.3.4 SIWZ takich samych dokumentów zamawiający żądał od podmiotów, na zasoby których powołują się wykonawcy wykazujący spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie zgodnie z pkt 7.6.3 SIWZ zamawiający wymagał, aby dokumenty sporządzone w języku obcym składane były wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zgodnie z § 7 ust. 4 rozporządzenia dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania wykonawca Konsorcjum: ENERGOPOL POŁUDNIE Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył odpowiednie dokumenty z pkt 7.1.6. SIWZ podmiotu, na zasoby którego się powoływał wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. VAHOSTAV – SK, a.s., które zostały sporządzone w języku słowackim. Jednocześnie w ofercie brak jest tłumaczenia powyższego dokumentu na język polski.

Z dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego z dnia 19.08.2016 r. wynika, że zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia tłumaczenia ww. dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe należy wskazać, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie wiążący i nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, w okolicznościach wskazanych w tym przepisie. Zamawiający nie dysponują zatem swobodą w decydowaniu o przeprowadzeniu czynności badania ofert i w zwracaniu się do wykonawców o uzupełnienie brakujących dokumentów, bądź też dokumentów zawierających błędy. Przedstawiony pogląd podzielany jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 24 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 694/12) stwierdzono, że „przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania”.

W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający obowiązany był do wezwania konsorcjum wykonawców ENERGOPOL POŁUDNIE Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Sp. z o.o. do uzupełnienia ww. dokumentów podmiotów trzecich, na zasoby których konsorcjum się powoływało, tj. aktualnych informacji KRK oraz przetłumaczonych na język polski dokumentów dotyczących składek na ubezpieczenie. W oparciu o złożone dokumenty brak było bowiem podstaw do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zaniechanie wezwania konsorcjum wykonawców ENERGOPOL POŁUDNIE Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Usługowo-

Handlowe „M+” Sp. z o.o. do złożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 171a ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

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.