

UZP/DKUE/KU/105/14

### **Informacja o wyniku kontroli uprzedniej**

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

<b>Zamawiający:</b>	Sądeckie Wodociągi Sp. z o.o. ul. Wincentego Pola 22 33-300 Nowy Sącz
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	roboty budowlane
<b>Przedmiot zamówienia :</b>	zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa i rozbudowa sieci wodociągowej rozdzielczej oraz kanalizacji sanitarnej w dzielnicy Helena Gmina Nowy Sącz”
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	51 376 628,59 PLN (tj. 12 160 436,60 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających – 8 562 771,43 PLN (tj. 2 026 739,43 euro Łączna wartość projektu: ponad 20 mln euro netto

#### **Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

Naruszenie ustawy Pzp skutkujące zaleceniem usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania w ramach przedmiotowej procedury zamawiający w pkt 9.2.c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Sekcji III pkt 2.2) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się

wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. wykażą się m.in. osiągnięciem średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży (liczonego jako średnia arytmetyczna) w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, w wysokości minimum 15 mln zł. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zamawiający wymagał przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), dalej jako: „rozporządzenie”.

Jak wynika z treści oferty złożonej przez wykonawcę PRO- LOG Sp. z o.o. na potwierdzenie spełniania powyższego warunku ww. wykonawca przedstawił dokumenty w postaci rachunku zysków i strat oraz bilansu, z których wynika, że w żadnym z lat 2011-2013 nie osiągnął przychodu netto ze sprzedaży w wysokości minimum 15 mln zł. Jednocześnie wykonawca przedstawił, zobowiązanie podmiotu trzeciego – ZBD Sp z o.o., Sp.k. o udostępnieniu "zdolności finansowych" w postaci "przychodu netto ze sprzedaży - bilansu i rachunku zysków i strat za ostatnie 3 lata obrotowe", w celu potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca załączył także bilans oraz rachunek zysków i strat za lata 2011-2013 wystawiony dla podmiotu trzeciego – ZBD Sp z o.o., Sp.k. Zsumowane potencjały wykonawcy oraz podmiotu trzeciego potwierdziły spełnienie warunku.

Pismem z dnia 16.06.2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę PRO- LOG Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp m.in. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia podmiotu trzeciego ZBD Sp z o.o., Sp.k. w świetle treści art. 47 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE oraz czy udostępnienie zdolności finansowych ma charakter realnego wsparcia. W odpowiedzi z dnia 23.06.2014 r. wykonawca wyjaśnił, że z podmiotem trzecim – ZBD Sp. z o.o., Sp.k. „*wiążą go ściśle więzy organizacyjne, które gwarantują zapewnienie odpowiedniej kondycji finansowej wykonawcy, w tym udzielenie mu w razie potrzeby niezbędnego finansowania, oraz odpowiedniego potencjału ekonomicznego wykonawcy, a udostępniane zasoby bezpośrednio i realnie zostaną wykorzystane do wykonania przedmiotu, celem jego sprawnego, terminowego i niezakłóconego zrealizowania – w razie jego uzyskania przez wykonawcę.*” W załączeniu do niniejszych wyjaśnień wykonawca przedstawił Załącznik do zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów do wykonania zadania - obejmujący wyjaśnienia dotyczące dysponowania potencjałem ekonomicznym ZBD Sp. z o.o., Sp.k., z którego wynika, iż „*(...) możliwość udostępnienia wykonawcy potencjału ekonomicznego przez Zobowiązanego wynika z faktu zawarcia przez Wykonawcę i Zobowiązanego umowy o podwykonawstwo (na podstawie, której Zobowiązany będzie*

uczestniczył w realizacji bardzo istotnej części Zamówienia), jak również z okoliczności zawarcia przez Wykonawcę i Zobowiązanego umowy o wspólnej realizacji przedsięwzięcia (...) ZBD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa zobowiązuje się wspólnie z Wykonawcą wykonać bardzo istotną część Zamówienia i w związku z tym przystąpić - w przypadku udzielenia Wykonawcy Zamówienia - kumulatywnie do długu Wykonawcy względem Zamawiającego w zakresie wykonania Zamówienia, wskutek czego pomiędzy Wykonawcą i Zobowiązującym powstanie stosunek solidarnej odpowiedzialności względem Zamawiającego za wykonanie Zamówienia.(...) Udostępniony przez ZBD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa potencjał ekonomiczny, będzie do dyspozycji Wykonawcy (w razie wyboru jego oferty przez Zamawiającego i podpisania z nim umowy o Zamówienie), umożliwiając mu realne jego wykorzystanie przez cały czas realizacji przedmiotu Zamówienia. W razie potrzeby wykorzystania tego potencjału będzie ono polegało na wsparciu ekonomicznym, kapitałowym i finansowym Wykonawcy przez Zobowiązanego, w szczególności poprzez:

- a) aktywny udział w charakterze podwykonawcy w realizacji istotnej części Zamówienia,
- b) kumulatywne przystąpienie do długu wynikającego z umowy zawartej z Zamawiającym o wykonanie zamówienia w przypadku jego uzyskania przez Wykonawcę, co będzie oznaczało odpowiedzialność solidarną z Wykonawcą za całość realizacji Zamówienia,
- c) udzielanie Wykonawcy przez Zobowiązanego korzystnych pożyczek na czas realizacji Zamówienia,
- d) udzielenie przez Zobowiązanego poręczeń kredytowych i gwarancyjnych dla Wykonawcy,
- e) uzyskanie przez Zobowiązanego wykorzystującego swoją wiarygodność finansową kredytu, którym wesprze działalność Wykonawcy podczas realizacji Zamówienia,
- f) pozyskanie przez Zobowiązanego wykorzystującego swoją wiarygodność finansową inwestorów mogących wnieść wkład finansowy do spółki Wykonawcy,
- g) ułatwienie Wykonawcy nawiązania współpracy z dostawcami, podwykonawcami i specjalistami pozostającymi w stosunkach gospodarczych ze Zobowiązaniem,
- h) w razie konieczności - wniesienie dodatkowego kapitału do spółki Wykonawcy poprzez przystąpienie do niej przez Zobowiązanego w charakterze wspólnika.”

Pismem z dnia 22.07.2014 r. zamawiający poinformował m.in. o wykluczeniu z postępowania wykonawcy PRO – LOG Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania średniorocznego przychodu netto ze sprzedaży (liczonego jako średnia arytmetyczna) w ostatnich 3 latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, w wysokości minimum 15 mln zł.

Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy *Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych* (Dz. U. Nr 206 poz. 1591) został wprowadzony art. 26 ust. 2b, umożliwiający wykonawcom posługiwanie się zasobami innych podmiotów w celu uwiarygodnienia zdolności wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia. Wprowadzenie powyższej regulacji było konsekwencją transpozycji do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie *koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi* (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. *koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych* (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.).

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej, jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, ustanowione przez podmioty zamawiające zgodnie z obiektywnymi zasadami i kryteriami dostępnymi dla zainteresowanych wykonawców, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić podmiotowi zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Należy zwrócić uwagę na fakt, że przepis dyrektywy sektorowej odnosi się do sytuacji gospodarczej (ekonomicznej), jak też finansowej wykonawcy. Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ponadto należy wskazać, iż możliwość odwołania się do zasobów podmiotów trzecich w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp potwierdza także treść § 1 ust. 6 rozporządzenia w 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. poz. 231 )*, który określa dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w przypadku korzystania m.in. z ekonomicznego potencjału podmiotu trzeciego. Zgodnie z ww. przepisem dokument dotyczący podmiotu trzeciego powinien precyzować w szczególności:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Z całości regulacji dotyczącej korzystania z zasobów podmiotów trzecich, w tym także z zasady prowsólnotowej wykładni przepisów krajowych, wynika że wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, może powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego także w zakresie sytuacji ekonomicznej.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca PRO- LOG Sp. z o.o. w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej posłużył się zasobami podmiotu trzeciego - ZBD Sp. z o.o., Sp.k., przedstawiając zobowiązanie do udostępnienia zasobów tego podmiotu oraz załącznik do zobowiązania, który precyzuje wykorzystanie udostępnionego zasobu ekonomicznego przez wykonawcę w razie uzyskania zamówienia, m.in. poprzez podwykonawstwo, kumulatywne przystąpienie do długu, odpowiedzialność solidarną podmiotu trzeciego z wykonawcą za całość realizacji zamówienia, udzielanie korzystnych pożyczek, udzielanie poręczeń kredytowych i gwarancyjnych dla wykonawcy, w razie konieczności wniesienie dodatkowego kapitału do spółki. Z dokumentów załączonych do oferty wynika też, że zsumowane przychody wykonawcy i ww. podmiotu trzeciego osiągają wymaganą przez zamawiającego wartość.

Wobec powyższego należy uznać, iż wykonawca PRO- LOG Sp. z o.o. w wystarczający sposób udowodnił swoją sytuację ekonomiczną, a wykluczenie go z postępowania przez zamawiającego stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

#### Zalecenie usunięcia naruszenia

W związku z powyższym Prezes Urzędu zaleca powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę PRO- LOG Sp. z o.o. i wybór oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert.

Naruszenie ustawy Pzpie skutkujące zaleceniem usunięcia stwierdzonego naruszenia:

Jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz z 10.4 b) siwz zamawiający w celu oceny spełniania warunku zdolności finansowej wymagał od wykonawców złożenia „*informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo–kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek*, [podkreślenie - przyp. wł.] *potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania 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.

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.

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 składania ofert*”.

Zatem przepisy rozporządzenia obowiązującego w dniu wszczęcia postępowania nie zawierają możliwości potwierdzenia sytuacji finansowej wykonawcy wyłącznie w oparciu o dokumenty wystawione przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo–kredytową, w których wykonawca posiada rachunek.

W konsekwencji stwierdzić należy, że sformułowanie przez zamawiającego w powyższy sposób żadanego dokumentu stanowi naruszenie §1 ust. 1 pkt 10 ww. rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r.

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