

Warszawa, dnia 2015 r.

UZP/DKUE/KU/175/14

### Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

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

**Zamawiający:** PKP Intercity S.A.  
ul. Żelazna 59A  
00-848 Warszawa

**Rodzaj zamówienia:** dostawa / usługa

**Przedmiot zamówienia:** dostawa 20 pasażerskich wagonów kolejowych z usługą ich finansowania

**Tryb postępowania:** negocjacje z ogłoszeniem na podstawie art. 134 ust. 1 ustawy Pzp

**Wartość zamówienia:** 141 500 000,00 zł (tj. 35 202 507,73 euro)

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

Przedmiotem kontrolowanego postępowania, przeprowadzonego przez PKP Intercity S.A., jest dostawa 20 pasażerskich wagonów kolejowych z pierwszym i drugim przeglądem okresowym na poziomie P4 i dwoma przeglądami okresowymi na poziomie P3, po pierwszym i drugim roku eksploatacji oraz usługa ich finansowania. Wymagana przez zamawiającego wysokość finansowania, jaką zapewnić ma wykonawca wynosi około 80 000 000 PLN, przewidywany okres finansowania – około 10 lat, spłaty w kwartalnych równych ratach, początek spłat po dostawie wszystkich 20 wagonów. Zamawiający nie dopuszczał możliwości finansowania przedmiotu zamówienia w formie leasingu, lecz w formie zapewniającej przeniesienie własności zamawianych wagonów na zamawiającego bezpośrednio po ich dostawie i poniesienie kosztu w okresie kwalifikalności wydatków, tj. w terminie do 31 grudnia 2015 r.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców, tj. konsorcjum firm: FPW Invest Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Agencja Rozwoju Przemysłu S.A., (pożyczkodawca), H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych oraz konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., BRE Leasing Sp. z o.o. Zamawiający zaprosił obu wyżej wymienionych wykonawców do złożenia ofert wstępnych. Ofertę wstępną złożył wyłącznie wykonawca reprezentowany przez FPW Invest Sp. z o.o., którego nazwa została zmieniona na Polski Tabor Szynowy Sp. z o.o., a następnie po zakończeniu negocjacji, wykonawca ten złożył ofertę z ceną brutto 183 741 772,30 zł.

W trakcie kontroli ww. postępowania Prezes Urzędu wystąpił do zamawiającego z pytaniem, dlaczego połączył w jednym zamówieniu dostawę wagonów kolejowych z usługą ich finansowania. Na powyższe pytanie zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Zamawiający połączył w jednym postępowaniu dostawę wagonów oraz usługę finansowania, ponieważ doszedł do wniosku, że przeprowadzenie dwóch odrębnych postępowań nie jest możliwe. Wszczynając przedmiotowe postępowanie zamawiający dopuścił wszystkie możliwe sposoby częściowego sfinansowania zakupu wagonów, w szczególności takie jak uzyskanie pożyczki celowej lub kredytu na ich zakup, jak i leasing wagonów. [...] Dodatkowo należy wskazać, że dopiero w trakcie prowadzonego postępowania zamawiający zapoznając się i negocjując warunki umowy o dofinansowanie, ze względu na możliwość uznania za kwalifikowane jedynie środków wydanych do 31.12.2015 r. podjął decyzję o wyłączeniu umowy leasingu z możliwych metod finansowania

dostawy wagonów bowiem, nie dawała ona możliwości przejęcia na własność wszystkich 20 wagonów do tej daty”.

„[...] Zawarcie umowy pożyczki celowej jest zatem *de facto* wyłącznie sposobem na sfinansowanie konkretnego celu (dostawy wagonów), a zatem nie może być samo w sobie przedmiotem postępowania, bowiem nie może zostać „oderwane” od rzeczy będącej przedmiotem dostawy. Nie jest możliwe otrzymanie pożyczki celowej na współfinansowanie realizacji celu, jakim jest nabycie rzeczy bez wskazania tej rzeczy, czyli przedmiotu dostawy, bez wiedzy o cenie przedmiotu dostawy, a także bez wskazania źródła pozyskania pozostałych środków w przypadku współfinansowania. Nie jest możliwa także realizacja dostawy bez zagwarantowanego finansowania”.

„Wykonawca bez informacji o wymaganiach zamawiającego dotyczących finansowania zamówienia nie jest w stanie sporządzić swojej oferty, w szczególności zaproponować jej ceny [...]. Przeprowadzenie jednego postępowania gwarantuje, że wykonawca jest zainteresowany jednocześnie sprzedażą wagonów i udzieleniem Zamawiającemu dofinansowania, a Zamawiający unika ryzyk, które pojawiłyby się w sytuacji ewentualnego prowadzenia dwóch odrębnych postępowań:

- 1) braku możliwości określenia specyfikacji rzeczy, nabycie której stanowić ma cel udzielanego kredytu;
- 2) braku możliwości określenia wysokości kredytu, o jaki ubiega się zamawiający;
- 3) braku możliwości uzależnienia zawarcia umowy dostawy wagonów od zawarcia umowy kredytu (i odwrotnie), co ma szczególne znaczenie w przypadku przedłużającej się procedury;
- 4) braku rozstrzygnięcia obu postępowań i możliwości zawarcia obu umów w tym samym czasie;
- 5) braku rozstrzygnięcia któregośkolwiek z postępowań przy jednoczesnym rozstrzygnięciu drugiego postępowania”.

„[...] Podsumowując powyższą analizę Zamawiający uznał, że:

1. Nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, którego efektem miałby być wyłącznie wybór leasingodawcy w „oderwaniu” od rzeczy będącej przedmiotem leasingu. Nie ma podstaw do zawarcia takiej umowy i zobowiązania leasingodawcy do przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego na dostawę rzeczy (wagonów), bowiem nie byłoby możliwe ustalenie istotnych warunków umowy leasingowej, jakimi są: wskazanie oznaczonej rzeczy, wskazanie oznaczonego zbywcy tej rzeczy oraz wskazanie ceny rzeczy.
2. Nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, którego efektem miałby być wyłącznie wybór kredytodawcy lub pożyczkodawcy w „oderwaniu”

od rzeczy będącej przedmiotem dostawy. Nie jest możliwe otrzymanie kredytu lub pożyczki celowej na współfinansowanie realizacji celu, jakim jest nabycie rzeczy bez wskazania tej rzeczy, czyli przedmiotu dostawy, bez wiedzy o cenie przedmiotu dostawy, a także bez wskazania źródła pozyskania pozostałych środków w przypadku współfinansowania.

3. Nie jest również możliwe przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, którego efektem miałyby być wyłącznie wybór dostawcy rzeczy (wagonów), w „oderwaniu” od sposobu finansowania dostawy rzeczy. Nie ma podstaw do zawarcia takiej umowy (dostawy lub sprzedaży) przez zamawiającego, bowiem nie może on się zobowiązać do zapłacenia określonej ceny, skoro nie posiada środków na sfinansowanie dostawy rzeczy (wagonów).
4. Jedynym możliwym sposobem na nabycie rzeczy (wagonów) na podstawie umowy leasingu albo z jednoczesnym zawarciem umowy kredytu lub pożyczki celowej jest przeprowadzenie jednego postępowania, którego przedmiotem jest jednocześnie dostawa rzeczy (wagonów), a zawarcie umowy leasingu, umowy kredytu czy umowy pożyczki jest *de facto* metodą na sfinansowanie przedmiotowej dostawy”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Do powyższego odnosi się również zapis treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowiący, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań i wymogów, które mogłyby faworyzować określonych wykonawców, bądź które utrudniałyby lub uniemożliwiały ubieganie się o zamówienia określonym wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Przy czym naruszenie ww. przepisu następuje w sytuacji, gdy jedynie możliwe jest utrudnienie uczciwej konkurencji.

Odnosząc powyższe przepisy do przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że zasadniczo przepisy ustawy Pzp nie sprzeciwiają się nabyciu w ramach jednego postępowania dóbr różnego rodzaju. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że udzielenie jednego zamówienia publicznego obejmującego swym przedmiotem świadczenia różnego rodzaju lub wykorzystywane do różnych celów, nie może powodować naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Realizacja zamówienia wielorodzajowego, którego nabycie u jednego wykonawcy jest co najmniej utrudnione lub

niemożliwe, prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Co do zasady, zamawiający w jednym postępowaniu powinien nabywać określonego rodzaju świadczenia, jeśli zachodzi możliwość ich realizacji przez jednego wykonawcę (element podmiotowy) i gdy posiadają one to samo lub podobne przeznaczenie lub funkcję, tzw. zamówienia tego samego rodzaju (element przedmiotowy). Ponadto, aby określonego rodzaju świadczenia możliwe były do uzyskania po przeprowadzeniu jednego postępowania, obok ww. przesłanek konieczne jest spełnienie dodatkowego warunku tj. istnienie związku funkcjonalnego i czasowego pomiędzy nabywanymi świadczeniami. Taki związek zachodzi, gdy funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej. Natomiast zamówienia, które mają różne przeznaczenie i nie zachodzi możliwość ich wykonania przez jednego wykonawcę, co do zasady, powinny być traktowane jako zamówienia odrębne, realizowane oddzielnie. Tym samym, zamawiający w ramach jednego postępowania powinien łączyć zamówienia obejmujące świadczenia, które posiadają podobne przeznaczenie i zachodzi możliwości ich realizacji przez jednego wykonawcę. W stosunku do nich powinien dokonać opisu przedmiotu zamówienia i oszacować ich wartość.

W przypadku przedmiotowego zamówienia na dostawę 20 pasażerskich wagonów kolejowych oraz zamówienie na usługę ich sfinansowania podstawowym kryterium decydującym o tym, czy mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy z kilkoma odrębnymi, będzie dostępność świadczeń u jednego wykonawcy. Z analizy dokumentacji postępowania przeprowadzonej w trakcie kontroli oraz udzielonych wyjaśnień wynika, że przedmiotem postępowania są zamówienia wielorodzajowe, które ze względu na ich różnorodny charakter nie mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu jeden wykonawca nie byłby w stanie samodzielnie złożyć oferty z uwagi na połączenie przez zamawiającego w jednym postępowaniu dwóch niezwiązanych ze sobą zamówień na dostawy i usługi. Nie istnieje bowiem na rynku podmiot, który byłby zdolny do samodzielnego zrealizowania obydwu tych zamówień jednocześnie. W przedmiotowym postępowaniu uczestniczyć mogły tylko konsorcja składające się co najmniej z dwóch wykonawców, z których jeden dostarczyłby wagony, a drugi byłby bankiem lub instytucją finansową posiadającą potencjał do sfinansowania przedmiotowej dostawy wagonów. O powyższym świadczy również fakt, że zamawiający przygotował dwa odrębne projekty umów: na dostawę wagonów i na usługę ich sfinansowania.

Opis przedmiotu zamówienia łączący dwa odmienne elementy, realizowane przez wykonawców z zupełnie różnych branż, skutkujący zobligowaniem wykonawców do

nawiązana ze sobą współpracy i zawarcia konsorcjum, ograniczał krąg potencjalnych podmiotów, które mogły wziąć udział w postępowaniu i naruszał zasadę uczciwej konkurencji. Opis taki utrudniał udział w postępowaniu tym wykonawcom, którzy byli zdolni do samodzielnego złożenia oferty i realizacji zamówienia wyłącznie w zakresie dostawy wagonów albo wyłącznie w zakresie usług finansowych, tj. w sytuacji udzielania tych zamówień w odrębnych postępowaniach, natomiast nie zamierzali tworzyć konsorcjum z wykonawcą z całkiem innej branży i ponosić odpowiedzialności solidarnej za część zamówienia nie pozostającą w żadnym związku z ich normalną działalnością zawodową. Należy także podkreślić, że wspólne występowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne jest w świetle zasad zamówień publicznych uprawnieniem wykonawców, niedopuszczalne jest natomiast zmuszanie ich do takiej formy ubiegania się o zamówienie.

Odnosząc się z kolei do wyjaśnień zamawiającego należy stwierdzić, że nie zawierają one argumentów uzasadniających opisanie przedmiotu zamówienia w ww. sposób utrudniający uczciwą konkurencję. W zakresie leasingu nie mają one istotnego znaczenia, ponieważ zamawiający ostatecznie nie dopuścił możliwości finansowania przedmiotu zamówienia w formie leasingu. Co do pożyczki i kredytu natomiast, po pierwsze, nie można zgodzić się z argumentami zamawiającego, że dla wykonawcy dostawy wagonów znaczenie może mieć sposób ich finansowania. Z punktu widzenia wykonawcy zamówienia w zakresie dostawy istotne jest bowiem, aby za należyte wykonaną dostawę otrzymać wynagrodzenie, niezależnie od tego, z jakich źródeł zamawiający uzyska na nie środki. Po drugie, możliwe było przed wszczęciem postępowania w sprawie zamówienia na dostawy zbadanie zdolności kredytowej zamawiającego, a następnie – w przypadku uzyskania pozytywnej informacji co do możliwości uzyskania kredytu (pożyczki) – wszczęcie najpierw postępowania w sprawie dostawy wagonów, a następnie - w trakcie tego postępowania po poznaniu ceny najkorzystniejszej oferty lub po jego zakończeniu – wszczęcie postępowania w celu uzyskania środków na sfinansowanie wagonów.

Natomiast, jak wskazano już wyżej, połączenie w jednym zamówieniu dostawy wagonów oraz usługi finansowania skutkowało takim opisem przedmiotu zamówienia, który nie jest możliwy do wykonania w całości przez żadnego wykonawcę samodzielnie. W konsekwencji utrudniało to wykonawcom ubieganie się o zamówienie, gdyż zmuszało w każdym przypadku do szukania innego wykonawcy: z branży usług finansowych lub z branży produkcji wagonów, z którym można było złożyć wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie ofertę, a ponadto zmuszało obu wykonawców występujących wspólnie do wzięcia odpowiedzialności solidarnej za oba elementy zamówienia (dostawy i usługę finansowania). Należy zwrócić uwagę, że w ww. postępowaniu złożono tylko 2

wnioski, a następnie tylko jedną ofertę wstępną, skutkiem czego tylko jeden wykonawca został zaproszony do negocjacji, co mogło też mieć wpływ na jego pozycję negocjacyjną wobec zamawiającego.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy w przedmiotowym postępowaniu nie było dopuszczalne, z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, połączenie przez zamawiającego w jednym postępowaniu dostawy wagonów oraz usługi finansowania. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaleca unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.