

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 kwietnia 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z 25 marca 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z o.o., ul. Kępa 19; 97-200 Tomaszów Mazowiecki**, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej zawartej w piśmie z 20 marca 2015 r., (znak: UZP/DKUE/KU/22/15) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Projektowanie i budowa kanalizacji sanitarnej dla zadania 7 – dokończenie Robót – II” objętych Projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Izabela Kuciak
	Luiza Łamejko

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z o.o., ul. Kępa 19; 97-200 Tomaszów Mazowiecki, dnia 3 grudnia 2014 roku wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 7 – dokończenie Robót – II” objętych Projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2014 roku, pod numerem 2014/S 236-414465.

Zamawiający w celu oceny spełniania warunku zdolności finansowej wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.2.2) i w siwz (pkt 10.1 I 4b) złożenia przez wykonawców następującego dokumentu: *informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, w którym posiada rachunek, potwierdzającą posiadanie przez Wykonawcę środków finansowych lub posiadanie przez Wykonawcę zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 7 mln PLN*, tj. dokumentu, o którym mowa w § 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 (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

Kontrolujący wskazał, iż stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Katalog ww. dokumentów został określony 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 231).

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zdaniem kontrolującego przepisy rozporządzenia, obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, nie wyłączają możliwości potwierdzenia sytuacji finansowej

wykonawcy w oparciu o dokumenty wystawione przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, w których wykonawca nie posiada rachunku.

W konsekwencji Prezes UZP stwierdził, że żądanie przez zamawiającego informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek stanowi naruszenie §1 ust. 1 pkt 10 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.

Ze stanowiskiem kontrolującego nie zgodził się zamawiający i dnia 25 marca 2015 roku wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 marca 2015 roku.

Zamawiający potwierdził, że w dokumentacji postępowania wskazał, iż na potwierdzenie oceny posiadania przez wykonawców środków finansowych lub zdolności kredytowej wymagał przedłożenia przez wykonawcę informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek. Jednakże wskazał, że powyższe uchybienie można było rozważać w kategorii pomyłki związanej ze zmianami rozporządzeń w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ponadto, w ocenie zamawiającego, rozważania takie pozostają bez wpływu na przebieg postępowania czy naruszenie przepisów i zasad obowiązujących przy udzielaniu zamówień publicznych.

Zamawiający dodatkowo podniósł, iż zarówno w punkcie 10.1.4. s.i.w.z. oraz w punkcie III.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu zawarł następujące postanowienie (w punktach opisujących spełniania warunków postawionych przez zamawiającego):

„Jeżeli z uzasadnionych przyczyn Wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku.”.

Tym samym, powyższy zapis jest zgodny zarówno z art. 26 ust. 2c ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 47 ust. 1, 4 i 5 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 i gwarantował każdemu wykonawcy możliwość potwierdzenia spełniania warunku poprzez złożenie innych dokumentów niż tylko informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek. Powyższe zapisy gwarantowały wykonawcom możliwość potwierdzenia spełniania warunku także przez informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym dany wykonawca nie posiadał rachunku.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Ogłoszenia o zamówieniu wyraźnie wynika, iż zamawiający nie pozbawił wykonawców takiej możliwości.

Również, w trakcie procedowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego, żaden z wykonawców nie wyraził woli przedstawienia wymaganego dokumentu wystawionego przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, w której nie posiada rachunku. Zamawiający stwierdził, że z praktycznego punktu widzenia takie instytucje raczej unikają wystawiania zaświadczeń o wysokości posiadanych środków lub zdolności kredytowej, podmiotom niebędącym ich klientami.

Uwzględniając powyższe zamawiający wniósł o zmianę stanowiska Prezesa UZP i uznanie, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ewentualnie uznanie, że doszło do uchybienia związanego z pomyłką, które to uchybienie pozostaje bez wpływu na przebieg i wynik prowadzonego postępowania.

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego kontrolujący stwierdził, że Prezes Urzędu nie stwierdził w Informacji o wyniku kontroli z dnia 20 marca 2015 r., iż naruszenie § 1 ust. 1 pkt 10 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, miało wpływ na przebieg i wynik kontrolowanego postępowania lub na zachowanie uczciwej konkurencji.

Niemniej jednak, jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli zamawiający podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu, iż ocena spełniania warunku dotyczącego zdolności finansowej nastąpi na podstawie załączonej przez wykonawcę *informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, w którym posiada rachunek, potwierdzającą posiadanie przez Wykonawcę wymaganych środków finansowych lub zdolności kredytowej*, tj. dokumentu, o którym mowa w § 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 (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 3 grudnia 2014 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. (data wejścia w życie – 20 lutego 2013 r.) w sprawie dokumentów. Zatem zgodnie z jego § 1 ust. 1 pkt 10 niniejszego rozporządzenia w związku art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający mógł żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,

potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Prezes UZP podkreślił, iż adresatem normy prawnej wynikającej z § 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów jest przede wszystkim zamawiający, a przepis § 1 ust. 1 zawęża uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentów jedynie do tych wyliczonych enumeratywnie w § 1 ust. 1 niniejszego rozporządzenia.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, iż w s.i.w.z. i ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający przywołał treść art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, zatem umożliwił spełnienie przez wykonawcę warunku dotyczącego zdolności finansowej poprzez złożenie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca nie posiada rachunku, należy wskazać, iż z ww. przepisu wynika, że wykonawca może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku, jeżeli z uzasadnionej przyczyny nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego. Prezes UZP wskazał, iż przepis art. 26 ust. 2c ustawy Pzp został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. 2009 r. Nr 206, poz. 1591) w celu wdrożenia do krajowego porządku prawnego art. 47 ust. 5 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. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 ze zm.). *Ratio legis* wprowadzenia regulacji art. 26 ust. 2c ustawy Pzp było umożliwienie wykonawcom alternatywnego do zakładanego przez zamawiającego potwierdzenia znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej lub finansowej przez przedstawienie innych dokumentów, które w wystarczający sposób potwierdzą spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

W związku z powyższym Prezes UZP pozytywnie ocenił fakt, że zamawiający dopuścił złożenie innych dokumentów w myśl ww. przepisu. Powyższe nie wpłynęło jednak na fakt, że powinien też żądać dokumentów zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 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.

Podobnie w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2013 r. sygn. akt KIO/KU 90/13, gdzie Izba wskazała, iż „ocena prawna nieprawidłowo przygotowanego przez Zamawiającego postanowienia SIWZ i ogłoszenia w powyższym przetargu nie może budzić wątpliwości, z uwagi na zastosowanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu nieodpowiadającym treści § 1 ust. 1 pkt 10 obowiązującego cyt. wyżej rozporządzenia. (...) Przy tym Izba reprezentuje pogląd, że jeżeli przepis wskazanego wyżej rozporządzenia stanowi 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, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, to tego brzmienia w żaden sposób nie może zmieniać postanowienie ogłoszenia czy SIWZ przygotowane przez Zamawiającego”.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UZP stwierdził, iż żądanie przez zamawiającego informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek stanowi uchybienie § 1 ust. 1 pkt 10 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. Tym samym, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 marca 2015 r. i nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podziela ustalenia i wnioski wypływające z kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając je za własne.

Niemniej Izba wskazuje, iż uchybienie jakiego dopuścił się zamawiający nie jest wadliwością postępowania, która mogłaby powodować konieczność stwierdzenia nieważności postępowania czy też naruszyła w jakikolwiek sposób uczciwą konkurencję.

Stwierdzone przez Prezesa UZP naruszenie jest nieistotne z punktu widzenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyboru oferty najkorzystniejszej, jednakże jako takie zostało prawidłowo wskazane.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący

Członkowie

.....