

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 21 października 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 września 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 15 września 2016 r., znak sprawy: UZP/DKUE/KU/37/16, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Rozbudowa ul. Międzyrzeckiej w Bielsku-Białej w ramach zadania inwestycyjnego Rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 942 w Bielsku-Białej* (znak sprawy 309-15/IZ57/B/PN),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), zwanej dalej „Pzp”, w okresie od dnia 25 lipca 2016 r. do dnia 15 września 2016 r., dokonał kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przeprowadzonego przez Zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej, pn.: *Rozbudowa ul. Międzyrzeckiej w Bielsku-Białej w ramach zadania inwestycyjnego Rozbudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 942 w Bielsku-Białej* (znak sprawy 309-15/IZ57/B/PN), zwanego dalej „Postępowaniem”.

W „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” z dnia 15 września 2016 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 4 Pzp, art. 22 ust. 4 w zw. z art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 26 ust. 2e Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp.

Wskazane naruszenia stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

1. Naruszenie art. 22 ust. 4 Pzp

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 złożenia 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 (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, 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 5 sierpnia 2016 r. Prezes UZP 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 sierpnia 2016 r. Zamawiający wyjaśnił, że skoro jego obowiązkiem 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, że „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. Wykazywanie 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 najsłabszych wykonawców, co – *notabene* – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.”.

W powyższych okolicznościach Kontrolujący wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje

zamawiającemu dyrektywy postępowania przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad ustawy uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 Pzp). Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Prezes UZP wyjaśnił, że „związany z przedmiotem zamówienia” oznacza, że opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego 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”, w ocenie Kontrolującego, oznacza, że 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 Prezes UZP stwierdził, że nie można uznać, że z uwagi na specyfikę 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.

Podkreślił, że 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.

Kontrolujący wyjaśnił, że 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.

Prezes UZP podsumował, że Zamawiający, dokonując opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez 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), naruszył art. 22 ust. 4 Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

2. Naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b Pzp

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt. 6.4 SIWZ Zamawiający zamieścił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu 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 zł (na podstawie „Rachunku zysków i strat”, poz. „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 zł,
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 sierpnia 2016 r. Prezes UZP 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 6.4.3) wskaźniki? Czy też ww. wymóg dotyczy (rozłącznie) sytuacji, gdy członek konsorcjum/członkowie konsorcjum o określonym powyżej przychodzie:

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

W piśmie z dnia 7 września .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 zyskowość 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 Pzp.

Odnosząc się do opisanego powyżej stanu faktycznego Kontrolujący przytoczył przepis art. 22 ust. 4 Pzp i stwierdził, że Zamawiający – formułując opis oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu – powinien mieć również na uwadze brzmienie art. 26 ust. 2b oraz art. 23 ust. 3 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.

Prezes UZP zauważył, że zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, to, 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 z art. 22 Pzp, 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. Odmienne interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 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 Pzp.

W nawiązaniu do powyższego Kontrolujący wskazał, 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 byłoby 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 postanowień 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.

W ocenie Prezesa UZP takie 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.

Kontrolujący skonkludował, że 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 Pzp może (mogą) potwierdzić zdolność finansową, o ile potwierdza (potwierdzają) zdolność ekonomiczną narusza art. 22 ust. 4 w zw. z art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b Pzp.

Naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania,

3. Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 26 ust. 2e Pzp

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) złożenia wraz z ofertą zobowiązania tych podmiotów do ponoszenia wobec zamawiającego solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności za wykonanie zamówienia.”.

Kontrolujący podał, że art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi, że SIWZ 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 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 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 5 sierpnia 2016 r. Prezes UZP 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 sierpnia 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 Kontrolujący zauważył, że co do zasady normy dyrektyw są skierowane do państw członkowskich i tym samym nie znajdują bezpośredniego zastosowania, ale podlegają wdrożeniu do porządków krajowych.

Podkreślił, że 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.

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.

Zdaniem Kontrolującego w okolicznościach niniejszej sprawy należało 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 złożenia 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 Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik Postępowania.

4. Naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp

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 Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp.

Na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu Zamawiający żądał od wykonawców przedstawienia m.in: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 - 8, pkt 10 i 11 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.

Prezes UZP stwierdził, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – ENERGOPOL POŁUDNIE sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum E”), w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zamieścili w wykazie robót niżej wymienione roboty budowlane wykonane przez podmioty, które zobowiązały się do udostępnienia im swoich zasobów:

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”.

Konsorcjum E nie przedstawiło aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 i pkt 10 i 11 Pzp dla jednego z członków zarządu podmiotu, na zasoby którego się powoływał – VAHOSTAV-SK, a.s., tj. J.S. Z dokumentacji Postępowania oraz wyjaśnień Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2016 r. wynika, że fakt ten nie został stwierdzony przez członków komisji przetargowej i tym samym Zamawiający nie wzywał Konsorcjum E, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Ponadto, Konsorcjum E. nie przedstawiło aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 i pkt 10 i 11 Pzp dla jednego z członków zarządu podmiotu, na zasoby którego się powoływało – Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., tj. P.K. Z dokumentacji Postępowania oraz wyjaśnień zamawiającego z dnia 19 sierpnia 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 J.T. – Prezesa Zarządu oraz J.W. – 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 P.K. 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.).”

Kontrolujący stwierdził, 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 Pzp dla jednego z członków zarządu podmiotu, na zasoby którego się powoływał – Centrum Nowoczesnych Technologii SA, tj. P.K. Zgodnie z załączonym do oferty odpisem z KRS z dnia 10 lutego 2016 r. tego podmiotu w skład organu zarządzającego wchodzi J.T. oraz P.K. i wobec nich 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 Pzp celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie wzywał wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 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 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji Postępowania Konsorcjum E wraz z ofertą złożyło odpowiednie dokumenty, o których mowa w pkt 7.1.6. SIWZ, dla 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 sierpnia 2016 r. wynika, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia tłumaczenia ww. dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Z uwagi na powyższe Prezes UZP stwierdził, że zgodnie z art. 26 ust. 3 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.

Kontrolujący podkreślił, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter bezwzględnie wiążący i nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, 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.

W okolicznościach sprawy Zamawiający obowiązany był do wezwania Konsorcjum E 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. Zaniechanie wezwania stanowiło zatem, w ocenie Prezesa UZP, naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, które – jak wskazano w Informacji – nie miało wpływu na wynik Postępowania.

Pismem z dnia 21 września 2016 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli (dalej „Zastrzeżenia”) stwierdzając w nich, co następuje.

Na wstępie Zamawiający podkreślił, że pierwszym i najważniejszym celem każdego systemu zamówień publicznych musi być efektywność gospodarowania środkami publicznymi. Stwierdził, że jest zobowiązany do przestrzegania zasad finansów publicznych, które wymagają, aby (art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych) wydatki publiczne były dokonywane:

1. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów,
2. w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,
3. w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Zamawiający podkreślił, że od dwudziestu lat stara się maksymalizować rezultaty czynionych wydatków, zwłaszcza inwestycyjnych, oraz dobierać metody i środki służące osiągnięciu celów społecznych.

W ocenie Zamawiającego jednym z najważniejszych elementów służących należytej realizacji zamówienia jest kwalifikacja wykonawców, czyli badanie ich zdolności do wykonania zamówienia. Obserwując od dwudziestu lat rynek zamówień publicznych Zamawiający stwierdził, że w coraz większym zakresie ujawniają się patologie, takie jak: rażąco niskie ceny, umowy śmieciowe, oszukiwanie zamawiającego, okradanie podwykonawców, handel referencjami, kontrolowane upadłości itp. Kolejne nowelizacje Pzp, w szczególności ostatnia, wprowadzają narzędzia, które mają umożliwić lepszą weryfikację wykonawców i skuteczniejsze wykluczenie tych, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że jednym z najbardziej zaniedbanych obszarów badania wiarygodności wykonawców jest ich sytuacja ekonomiczna i finansowa. Wykonawca nieposiadający zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do wykonania zamówienia nie może go uzyskać. Tymczasem większość zamawiających nie stawia żadnych wymagań w tym zakresie. Jedynym szerzej stawianym warunkiem jest przychód, który – w oderwaniu od innych wskaźników – też nie świadczy o wiarygodności ekonomicznej wykonawcy. Firma może wykazywać duże przychody i jednocześnie bankrutować, inna może przy niewielkich przychodach osiągać gigantyczne zyski. Poza tym firma może generować przychody w zakresie działalności nie mającej żadnego związku z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że każdy wskaźnik ekonomiczny z osobna nie jest wystarczającą miarą wiarygodności. Każdy można podważyć wskazując, iż jest taka firma, która tego wskaźnika nie mając nadal istnieje i funkcjonuje. Dlatego należy badać wiele aspektów wiarygodności wykonawcy łącznie. Jedynie zagregowane wskaźniki lub ścieżki decyzyjne uwzględniające wiele wskaźników (jak w przypadku *constructionline*) mogą stanowić sensowną miarę wiarygodności wykonawcy.

Zamawiający starał się w zastosować to, niestety nieczęsto spotykane, podejście korzystając zarówno z dobrych wzorców, czyli Raportu końcowego projektu „Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE”, przyjętego i zalecanego do stosowania przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju.

Odnosząc się do kwestii szczegółowych Zamawiający przytoczył następujące argumenty na obronę swojego stanowiska.

Ad 1 Zysk

Zamawiający zakwestionował stwierdzenie Kontrolującego, jakoby „wskaźnik dodatniego wyniku finansowego nie jest właściwy do wykazania dobrej kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa” oraz, że „przedsiębiorstwo niewypracowujące zysku może być w doskonałej sytuacji ekonomicznej”. Stwierdził, że jest to jakaś inna ekonomia, której nie zna, i z którą nie potrafi polemizować, zwłaszcza wobec braku jakiegoś szerszego uzasadnienia. Zdaniem Zamawiającego strata na sprzedaży oznacza, że wykonawca jest na równi pochyłej prowadzącej do upadłości, ewentualnie zajmuje się praniem brudnych pieniędzy, co również stanowi przeszkodę w uznaniu go za wiarygodny podmiot. Podobnie jeśli chodzi o zysk brutto. Ponownie podkreślił, że zastosowane przez niego wymagania są standardowymi, powszechnie stosowanymi wymaganiami w ramach systemu kwalifikowania wykonawców robót budowlanych w Wielkiej Brytanii (*constructionline*). Każdy wykonawca niespełniający tych warunków podlega zawsze wykluczeniu.

Ad. 2. Konsorcjum

Zamawiający oświadczył, że o ile zgodzić się można z twierdzeniem, iż potencjały członków konsorcjum, co do zasady, podlegają sumowaniu, to jednak z naciskiem na „co do zasady”, co oznacza „niekoniecznie” oraz „stosownie do okoliczności”. O ile można sumować kwotę, którą dysponuje kilku członków konsorcjum, co było dopuszczone w Postępowaniu, o tyle sumowanie poszczególnych danych i wskaźników może być błędem. Dał temu wyraz ustawodawca dopuszczając obecnie określenie szczególnego sposobu spełniania warunków przez konsorcja (art. 23 ust. 5 Pzp). Przepis ten nie obowiązywał w dacie wszczęcia Postępowania, co jednak nie oznacza, że praktyka ta była zakazana. Za nadinterpretację Zamawiający uznał stwierdzenie, że „inna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 Pzp”. Podał, że co do zasady nie stosuje literalnej wykładni przepisów prowadzącej do podejmowania decyzji stojących w sprzeczności z zasadami finansów publicznych.

Zdaniem Zamawiającego nieporozumieniem jest również stwierdzenie, że postawiono warunek, iż którykolwiek z członków konsorcjum musi wykazać przychód w wysokości 30 mln zł i że tylko ten, kto posiada taki przychód, może wykazać dysponowanie kwotą 5 mln zł. Zasady jednoznacznie określały, że te warunki należy spełnić łącznie, czyli przychody członków konsorcjum podlegały sumowaniu, a także ich zdolności finansowe. Każdy z członków konsorcjum mógł więc wykazać swój przychód i każdy mógł również „dorzucić się” do kwoty 5 mln zł, którą musiało dysponować konsorcjum jako całość. Powyższe nie oznaczało (jak stwierdzono w Informacji), że określoną zdolnością finansową mogli się wykazać jedynie ci spośród członków konsorcjum (lub podmioty trzecie), którzy wykazywali się wymaganym przychodem.

Ad 3. Solidarna odpowiedzialność

Zamawiający stwierdził, że nadal jest przekonany o słuszności swojego stanowiska. Podał, że całkiem realny jest również taki scenariusz, w którym Polska usłyszy zarzut, że przez ponad 2 lata stosowała nieuprawnioną barierę w swobodnym dostępie do zamówień publicznych przez sprzeczne z prawem wspólnotowym rozszerzenie solidarnej odpowiedzialności na wszystkie podmioty udostępniające swój potencjał.

Zamawiający wyraził zaniepokojenie z powodu niewspierania racjonalności i efektywności zamówień publicznych, m.in. przez propagowanie dobrych praktyk, lecz kwestionuje się je, nie proponując niczego w zamian. Podkreślił, że Postępowanie cieszyło się dużym zainteresowaniem – wpłynęło 9 ofert. Żaden z wykonawców nie poczuł się dyskryminowany określonymi przez nas warunkami, nikt nie został z tego powodu z Postępowania wykluczony. Podał również w wątpliwość sens stwierdzania naruszeń, które nie miały wpływu na wynik Postępowania.

Ad 4 Oferta Konsorcjum E

Zamawiający wyjaśnił, że nie występował do Konsorcjum E o uzupełnienie brakującej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 Pzp dotyczącej członka zarządu VAHOSTAV-SK, a.s., tj. J.S. Podał, było to wynikiem wyłącznie niezamierzonego przeoczenia braku tego dokumentu, a zatem zaistnieniem czynnika ludzkiego, którego działanie w konsekwencji nie miało wpływu na wynik postępowania, co stwierdzono zresztą w Informacji.

Zamawiający oświadczył, że był i jest świadomy bezwzględnie wiążącego charakteru przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Zaznaczył, że zawsze stosował i stosuje go w zgodzie z obowiązującymi interpretacjami i orzecznictwem. W zaistniałej sytuacji nie mógł go jednak zastosować, można stwierdzić, że nie był do tego zobowiązany, skoro *de facto* nie stwierdził przesłanek do jego zastosowania (niestwierdzenie braku dokumentu = brak obowiązku wezwania).

Zamawiający wyjaśnił również, że z powyższych przyczyn nie występował do Konsorcjum E o uzupełnienie brakującego tłumaczenia dokumentów dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne dotyczących VAHOSTAV-SK a.s.

Zamawiający podał, że nie występował do Konsorcjum E o uzupełnienie brakującej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 Pzp dotyczącej członka zarządu Centrum Nowoczesnych Technologii S.A., tj. P.K.

Jak stwierdzono w Informacji dokumenty uzupełnione w wyniku wezwania skierowanego do Konsorcjum E w trybie art. 26 ust. 4 Pzp rzeczywiście podpisane zostały zgodnie z określonymi w Krajowym Rejestrze Sądowym zasadami reprezentacji.

Jak wskazano w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający, na podstawie złożonych dokumentów uznał bowiem, że P.K. nie był już w dniu składania ofert członkiem zarządu. Potwierdzeniem słuszności takiej interpretacji jest fakt, iż zgodnie z informacjami zawartymi w odpisie pełnym z KRS, będącym w posiadaniu Zamawiającego (dokument załączony do Zastrzeżeń), P.K. w dniu 31 marca 2016 r., na podstawie dokonanej zmiany danych w tym rejestrze, został wykreślony ze składu zarządu Centrum Nowoczesnych Technologii S.A.. Nie zachodziła zatem *de facto* podstawa do kierowania do Konsorcjum E wezwania w zakresie ww. dokumentu.

Działania Zamawiającego nie stanowiły wobec powyższego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Reasumując powyższe, Zamawiający ponownie podkreślił, że stwierdzone nieprawidłowości nie miały wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta Konsorcjum E została ostatecznie sklasyfikowana na 6 miejscu wśród 7 ocenianych ofert.

W odpowiedzi Kontrolujący – pismem z dnia 7 października 2016 r. – uwzględnił zastrzeżenia dotyczące naruszeń opisanych powyżej w pkt 3 i 4 (w zakresie dokumentu dotyczącego P.K.), w pozostałym zakresie podtrzymując dotychczasowe stanowisko. W konsekwencji, Prezes UZP – działając w trybie określonym przepisem art. 167 ust. 2 zd. drugie Pzp – przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje.

Po dokonaniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie są zasadne.

Izba, dzieląc i przyjmując za własne ustalenia Kontrolującego odnośnie stwierdzonych w Informacji naruszeń oraz przytoczoną na ich poparcie argumentację prawną, wyjaśnia dodatkowo co następuje.

Ad 1

Skład orzekający zwraca uwagę, że Zamawiający nie przedstawił w istocie żadnego uzasadnienia dla zarzucanego warunkowi udziału w Postępowaniu braku proporcjonalności i związania z przedmiotem zamówienia. Pojęcia te mają ugruntowane znaczenie w doktrynie i orzecznictwie, do czego Zamawiający nawet nie usiłował nawiązać. Z kolei posługiwanie się argumentami odwołującymi się do wzorców będących podstawą skonstruowania warunku (obowiązujący w Wielkiej Brytanii system kwalifikowania wykonawców *constructionline*), czy też opartych na wydanych rekomendacjach, Izba uznaje za prawnie obojętne.

Ad 2

Izba, w ślad za Kontrolującym, stwierdza, że Zamawiający w zastrzeżeniach rzeczywiście przedstawił odmienną od wcześniejszej, prezentowanej w odpowiedzi na pytanie Prezesa UZP, interpretację warunku udziału w Postępowaniu. Należy zauważyć, że pierwotnie Zamawiający dokonał niejako wykładni autentycznej treści warunku przedstawiając jednocześnie uzasadnienie dla przyjętego w tej kwestii stanowiska (*vide* pismo Zamawiającego z dnia 7 września 2016 r.). Dopiero wobec stwierdzonego przez Kontrolującego naruszenia przepisów art. 22 ust. 4 w zw. z art. 23 ust. 3 i art. 26 ust. 2b Pzp Zamawiający – będąc zorientowany w stanowisku Prezesa UZP – wyjaśnił w zastrzeżeniach odmiennie niż poprzednio, czemu Izba nie dała wiary. Wynikające z Zastrzeżeń stanowisko Zamawiającego stoi bowiem w sprzeczności ze szczegółowo opisanymi w przywołanej powyżej korespondencji Zamawiającego powodami ustalenia warunku w kwestionowanym przez Kontrolującego brzmieniu. Co więcej, udzielona przez Zamawiającego – pismem z dnia 7 września 2016 r. – odpowiedź dotycząca sposobu interpretacji zakwestionowanego warunku uprawnia do wyciągnięcia wniosku, że warunek ów był odczytywany w sposób w nim wskazany, nie zaś w sposób przedstawiony w Zastrzeżeniach, stąd Prezes UZP – opierając się na przedstawionej przez Zamawiającego wykładni jego treści – trafnie uznał go za nieuzasadnioną barierę w dostępie do przedmiotowego zamówienia.

Ad 3

Zdaniem składu orzekającego argumentacja Zamawiającego w zakresie omawianego naruszenia nie może się ostać.

Abstrahując od faktu, że okoliczności stanowiące podstawę stwierdzonego przez Kontrolującego naruszenia zostały przez Zamawiającego przyznane, co wyartykułowane zostało na str. 4-5 Zastrzeżeń, to stanowisko Zamawiającego w kwestii braku obowiązku zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp jest nie do przyjęcia.

Istotnie, jak na to zwracał uwagę Prezes UZP, komentowany przepis ma charakter kategoryczny, tj. obliguje zamawiającego do wdrożenia przewidzianej w nim procedury, przewidując wyłącznie dwa odstępstwa od jej stosowania. Nie stanowi przesłanki zwalniającej zamawiającego z konieczności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zaniechanie zidentyfikowania ich braku w badanej ofercie. Nie trudno zauważyć, że konsekwencją takiego sposobu rozumowania byłaby możliwość uchylania się przez zamawiających od stosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, tłumaczona każdorazowo niedostrzeżeniem braku. Wspomniana regulacja odwołuje się do okoliczności obiektywnej (brak dokumentu), nie zaś do kwestii subiektywnej możliwości zauważenia przez zamawiającego niezłożenia dokumentu podlegającego uzupełnieniu. *Ergo*, w każdym

przypadku, w którym zamawiający zaniechał procedury, o której mowa w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp, o ile nie zachodzą wynikające z tego przepisu okoliczności zwalniające z jego zastosowania, zamawiający dopuszcza się naruszenia.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że oceniając Zastrzeżenia nie wzięła pod uwagę ogólnych zapatrywań Zamawiającego odnośnie zaobserwowanych przez niego negatywnych praktyk funkcjonujących na rynku zamówień publicznych. Wybrzmiewająca z nich troska o kondycję rynku, jakkolwiek godna odnotowania, jest irrelevantna dla oceny zasadności Zastrzeżeń, których celem powinna być merytoryczna polemika z ustaleniami zawartymi w Informacji.

Ponadto, w nawiązaniu do stanowiska Zamawiającego podającego w wątpliwość zasadność stwierdzania naruszeń przepisów Pzp w sytuacji, w której towarzyszy im ustalenie, że nie miały one wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skład orzekający wyjaśnia, że przepisy regulujące kontrolę udzielania zamówień publicznych (Dział V, Rozdział 3 Pzp, art. 161 i nast.) nie różnicują naruszeń na takie, które miały, bądź nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, nawet ustalenie, że dane naruszenie wpływu na wynik postępowania nie miało, nie skutkuje możliwością uwzględnienia zastrzeżeń zamawiającego, bowiem jest to (wpływ na wynik postępowania) okoliczność badana przez Izbę w postępowaniu odwoławczym, jako stanowiąca przesłankę *sine qua non* uwzględnienia odwołania (zob. art. 192 ust. 2 Pzp).

Ubocznie Izba wskazuje również, że z przytoczonych poniżej przyczyn wydając niniejszą uchwałę nie uwzględniła dodatkowej argumentacji Zamawiającego zawartej w przesłanym do Prezesa Izby piśmie z dnia 10 października 2016 r., w którym dokonano reasumpcji zgłoszonych zastrzeżeń.

Po pierwsze – zgodnie z przepisem art. 171a Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Kontrolującego umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Pismo Zamawiającego z dnia 10 października 2016 r., abstrahując od okoliczności, że było adresowane do Prezesa Izby, wpłynęło po upływie terminu wynikającego z przywołanego przepisu Pzp.

Po drugie – zgodnie z przepisem art. 171 ust. 2 Pzp – w przypadku wniesienia zastrzeżeń momentem zakończenia kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ich ostatecznym rozpatrzeniu.

Z przywołanych regulacji nie wynika możliwość prowadzenia dalszej polemiki z ustaleniami Kontrolującego poza tą, która zawarta jest w samych zastrzeżeniach.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....