

Warszawa, dnia 12 lutego 2019 r.

DK-KKII.072.4.2019 (1.PO)

Pan
Hubert Nowak
Prezes
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie,

na podstawie art. 154c ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp, zwracam się z uprzejmą prośbą o przedstawienie interpretacji przepisu **art. 22a ust. 6 pkt. 1) ustawy Pzp**.

Zgodnie z art. 154c ust. 3 ustawy Pzp:

- 1) przedstawiam istotę zagadnienia prawnego oraz wskazuję przepis wymagający wydania opinii.
- 2) uzasadniam potrzebę wydania opinii.

Ad. 1

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp: Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami. Wykładnia i uzasadnienie dalszej części przepisu tj. art. 22a ust. 6 pkt. 2) ustawy Pzp nie budzi wątpliwości.

Zgodnie z interpretacją wyżej wymienionego przepisu dostępną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych¹:

¹ „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” (www.uzp.gov.pl, w zakładce Baza wiedzy, Interpretacja przepisów, Pytania i odpowiedzi dotyczące nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych).

Reasumując:

1. Art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasady uzupełniania dokumentów dla podmiotów trzecich.
2. Zasada jednokrotnego wezwania o konkretny dokument z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ustalona w orzecznictwie zachowuje swoją moc.
3. **Art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich.**
4. Nie jest dopuszczalne, ażeby wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na etapie późniejszym (uzupełnianie dokumentów) powołał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego.

Zgodnie natomiast z **wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2083/18, wyrok z dnia 23 października 2018 r.):**

(...) Zdaniem Izby, wprowadzenie przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stanowi o naruszeniu naczelnej zasady, jaką powinien się kierować zamawiający tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikających zarówno z prawa krajowego jak i przepisów prawa unijnego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że w postępowaniu faworyzowani są wykonawcy polegający na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych powodów, dysponowałaby znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia swej oferty, niedostępnymi wykonawcom z drugiej grupy.

(...) Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując prounijnej wykładni **art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stwierdziła, że nie daje on prawa do zastąpienia przez wykonawcę, w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, jednego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, w sytuacji, gdy z pierwotnej oferty wykonawcy nie wynikał zamiar zaangażowania tego drugiego podmiotu.**

Przytoczony powyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej prezentuje odmienne stanowisko niż interpretacja dostępna na stronie UZP.

Na marginesie zauważyć należy, że interpretacja przedstawiona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w ocenie CUPT jest zgodna ze znanym, dostępnym orzecznictwem, dotyczącym innych państw członkowskich Unii Europejskiej², a więc także zobowiązanych do wdrożenia normy prawa unijnego – art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE, stanowiącym, że Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

Ad. 2

Centrum Unijnych Projektów Transportowych, będąc Instytucją Wdrażającą dla Instrumentu „Łącząc Europę (CEF), a także Instytucją Pośredniczącą dla Programu Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 oraz Programu Polska Wschodnia 2014–2020 zobligowane jest przeprowadzania kontroli procedur zawierania umów, w tym także postępowań, prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niewłaściwa interpretacja przepisów prawa (niezastosowanie właściwej wykładni prawspólnotowej przepisu art. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp) może skutkować koniecznością nakładania korekt finansowych lub uznania wydatków za niekwalifikowane , w oparciu o rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z dnia 18 lutego 2016 r., poz. 200) oraz rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie

² Przykładowo: www.plesner.com/insights/articles/2019/01/konkurrenzeret-principiel-kendelse-aendre-stoetteenhed?sc_lang=en – dot. możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, na gruncie prawa duńskiego dot. zamówień publicznych, a także Delibera n. 899 z dnia 6 września 2017 r. (uchwała Autorità Nazionale Anticorruzione) w sprawie możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim na gruncie prawa włoskiego dot. zamówień publicznych (szczegółowo w www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6938).

warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z dnia 22 marca 2017r. poz. 615).

Istnieje również ryzyko, że taka nieprawidłowość mogłaby mieć charakter powtarzalny (nieprawidłowość systemowa), co skutkowałoby konsekwencjami określonymi na gruncie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, w tym na podstawie art. 144 ust. 1 wyżej wymienionego rozporządzenia – Korekty finansowe dokonywane przez komisję.

Reasumując:

Koniecznym jest dokonanie interpretacji art. 22a ust. 6 pkt. 1) przepisów ustawy Pzp, tj. czy właściwa jest interpretacja dostępna na stronie Urzędu Zamówień Publicznych („Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”), czy wynikająca z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2083/18, wyrok z dnia 23 października 2018 r.)

Z poważaniem

Piotr Lipiec
wz. Dyrektora CUPT

Do wiadomości:

Pan Jarosław Orliński, Dyrektor Departamentu Programów Infrastrukturalnych, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju