

**Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi powiatowej ul. Reymonta w Sieradzu - Charłupia Wielka Etap I”, znak sprawy: SP.261.31.2025**

**Ustalenie nr 1.1 Zamówienia publiczne – procedura – zamówienie 1**

Czy nie zastosowano kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówień lub specyfikacji technicznej, które nie są dyskryminacyjne w związku z nieuzasadnionymi preferencjami krajowymi, regionalnymi lub lokalnymi, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców?

**Ustalenie finansowe:** Tak

**Szczegóły ustalenia**

Zamawiający naruszył art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunku wykraczającego poza niezbędny zakres oraz poprzez brak zachowania zasady proporcjonalności, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.

Zamawiający w Rozdziale II pkt 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) (Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) określił w pkt 6.1.3 warunek udziału dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. wymagał, aby wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości minimum wartości złożonej oferty. Na potwierdzenie ww. warunku Zamawiający zażądał złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum wartości złożonej oferty.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może określać warunki udziału w postępowaniu wyłącznie w zakresie niezbędnym do zapewnienia, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Natomiast art. 112 ust. 2 ustawy Pzp wprost nakłada obowiązek, aby warunki te były związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

W ocenie Zespołu kontrolującego, wymaganie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 100% wartości złożonej oferty nie spełnia kryterium proporcjonalności. W odpowiedzi na wyjaśnienia z dnia 18.12.2025 r., Beneficjent nie wykazał w sposób obiektywny i mierzalny, że charakter i sposób realizacji

przedmiotowego zamówienia wymaga od wykonawcy dysponowania potencjałem finansowym na poziomie równym całkowitej wartości kontraktu już na etapie składania oferty.

Argumenty dotyczące konieczności prefinansowania robót, braku zaliczek, złożoności organizacyjnej inwestycji oraz współfinansowania projektu ze środków Unii Europejskiej, mają charakter ogólny i typowy dla znacznej części robót budowlanych realizowanych w formule zamówień publicznych. Są one wątpliwe tym bardziej, że Zamawiający przewidział w umowie o zamówieniu płatności częściowe. Taka formuła zapłaty wynagrodzenia podważa konieczność zapewnienia przez wykonawcę środków finansowych w pełnej wartości oferty. Nietrafiony jest zatem argument dotyczący konieczności prefinansowania przez wykonawcę robót w całości, skoro jego płynność finansowa zapewniona była przez płatności częściowe. Przywołane przez Zamawiającego okoliczności nie stanowią same w sobie uzasadnienia dla ustanowienia warunku na tak wysokim poziomie, w szczególności w sytuacji, gdy praktyka rynku zamówień publicznych oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) wskazują, że warunki finansowe powinny odpowiadać realnym potrzebom w zakresie płynności, a nie całkowitej wartości zamówienia.

Zespół kontrolujący podkreśla, że zdolność wykonawcy do prefinansowania robót nie jest tożsama z koniecznością posiadania środków lub zdolności kredytowej w wysokości 100% wartości kontraktu. W realiach realizacji robót budowlanych rozliczanych etapowo, nawet przy braku zaliczek, wykonawca nie ponosi jednorazowo kosztów w wysokości pełnej wartości zamówienia. Tym samym warunek został określony na poziomie nieadekwatnym do rzeczywistych potrzeb wynikających z przedmiotu zamówienia.

Zespół kontrolujący nie podziela również stanowiska Beneficjenta, iż brak wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawców oraz liczba złożonych ofert przesądza o prawidłowości postawionego warunku. Brak odwołań nie przesądza o legalności działań Zamawiającego, a sama liczba ofert nie wyklucza faktu, że część potencjalnych wykonawców mogła zostać zniechęcona do udziału w postępowaniu z uwagi na nadmiernie wygórowane wymagania finansowe.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasady proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji określonych w art. 112 ust. 1 i 2 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w sposób zapewniający, że wykonawcy posiadają minimalny poziom zdolności niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Natomiast art. 112 ust. 2 ustawy Pzp wymaga, aby warunki udziału w postępowaniu były związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego.

Tymczasem wymóg posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 100% wartości oferty nie może być uznany za „minimalny poziom” zdolności finansowej, lecz stanowi warunek o charakterze maksymalizującym, eliminującym znaczną część potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, lecz nieutrzymujących pełnej płynności finansowej na poziomie całej wartości kontraktu już w chwili złożenia oferty.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. W wyroku KIO 2450/21 z dn. 29.09.2021 r. Izba wskazała, wprost odnosząc się do art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, że *„Przepis ma na celu przede wszystkim niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowałiby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie – w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom.”* W tym samym wyroku Izba podkreśliła jednocześnie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być wyrażone jako minimalne poziomy zdolności, a nie jako poziomy maksymalizujące bezpieczeństwo Zamawiającego kosztem konkurencji.

Natomiast w wyroku KIO 2695/20 z dn. 16.11.2020 r., Izba wskazała, że: *„Ogólna reguła, której winien przestrzegać zamawiający formułując warunki odnoszące się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawców, jest jednak taka, że zamawiający powinien uwzględnić m.in. specyfikę danego przedmiotu zamówienia i jego wartość, a także mieć na względzie planowany czas trwania umowy oraz ewentualne zaliczki czy płatności częściowe. Dotyczy to w szczególności kwestii wymagania od wykonawcy, aby posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na określonym poziomie.”*

W ocenie Zespołu kontrolującego, warunek wymagający od wykonawców wykazania środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie równym całkowitej wartości oferty pozostaje nieproporcjonalny do sposobu realizacji zamówienia. W realiach robót budowlanych rozliczanych etapowo wykonawca nie ponosi

jednorazowo kosztów w wysokości całej wartości kontraktu, a konieczność prefinansowania robót dotyczy wyłącznie części zakresu w danym okresie rozliczeniowym.

Ponadto, w ocenie Zespołu kontrolującego warunek ten prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, gdyż faworyzuje podmioty o wysokiej płynności finansowej, eliminując z postępowania mniejszych wykonawców. W praktyce ogranicza on dostęp do zamówienia małym i średnim przedsiębiorstwom, które co do zasady nie utrzymują wolnych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości całej wartości kontraktu, mimo że są w stanie prawidłowo realizować zamówienia finansowane i rozliczane etapowo.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym wyrażeniu ich jako minimalnych poziomów zdolności, a nie jako warunki wygórowane, niezwiązane z realnymi potrzebami wykonania zamówienia. Warunki określone w sposób nadmierny mogą prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji i naruszenia zasady proporcjonalności oraz uczciwej konkurencji, co jest sprzeczne z art. 112 i art. 16 ustawy Pzp.

Podsumowując, Zamawiający naruszył art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunku wykraczającego poza niezbędny zakres oraz poprzez brak zachowania zasady proporcjonalności, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. W ocenie Zespołu kontrolującego powyższe naruszenie stanowi nieprawidłowość rozumianą jako *„naruszenie mającego zastosowanie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem”*, zgodnie z art. 2 pkt 31 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2021/1060 z dnia 24 czerwca 2021 r.

W zaistniałej sytuacji faktycznej i prawnej spełnione zostały wszystkie przesłanki niezbędne do stwierdzenia nieprawidłowości. Zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy Pzp poprzez określenie warunku wykraczającego poza niezbędny zakres oraz poprzez brak zachowania zasady proporcjonalności, co w konsekwencji doprowadziło

do ograniczenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Powyższe naruszenia przepisów ustawy Pzp mogły mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. Ograniczenie dostępu do zamówienia dla części wykonawców mogło wpłynąć na zmniejszenie konkurencji i obniżenie presji na oferowanie niższych cen. W takiej sytuacji istnieje ryzyko, że zamówienie zostało udzielone po cenie wyższej, niż byłoby to możliwe przy zachowaniu uczciwej i niezakłóconej konkurencji. W konsekwencji budżet Unii mógł zostać obciążony wydatkiem wyższym niż niezbędny. Ponadto, zawężenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie stwarza ryzyko wyboru wykonawcy, który nie oferuje najkorzystniejszej relacji jakości do ceny. Może to prowadzić do problemów w realizacji zamówienia, opóźnień, konieczności wprowadzania zmian do umowy lub ponoszenia dodatkowych kosztów, które również obciążają budżet projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej. Zgodnie z definicją nieprawidłowości, dla jej stwierdzenia wystarczające jest istnienie potencjalnego ryzyka szkody dla budżetu Unii, bez konieczności wykazywania rzeczywistej straty finansowej. W przedmiotowej sprawie ryzyko takie występuje, ponieważ naruszenie zasad proporcjonalności i konkurencji wpływa bezpośrednio na warunki wyboru wykonawcy oraz poziom ponoszonych wydatków.

#### Kwalifikacja prawna:

- Naruszenie przez Beneficjenta art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunku wykraczającego poza niezbędny zakres oraz poprzez brak zachowania zasady proporcjonalności, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców, wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej wskazaną w pozycji nr 11 dokumentu pn. *Stawki procentowe korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych stosowane w zamówieniach*, stanowiącego załącznik do *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027* z dnia 04.07.2023 r., MFiPR/2021-2027/18(1), czyli tzw. *Taryfikatora*, tj. *Zastosowanie: kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówień lub specyfikacji technicznej – które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców - opis nieprawidłowości: Przypadki, w których zastosowano ograniczające*

*kryteria/warunki/specyfikację, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji.*

W związku z przedmiotowym naruszeniem Taryfikator przewiduje stawkę procentową korekty w wysokości 5% wydatków kwalifikowalnych.

**Za zgodność z oryginałem:**