

**Sygn. akt: KIO/KU 15/19**

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 13 marca 2019 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o.**

**Ul. Św. Wojciecha 34**

**43-600 Jaworzno**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej (znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/9(5)/19/MM) z dnia 6 lutego 2019 r. w przedmiocie zamówienia na budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Kruczej i Tylnej w Jaworznie

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:**

**Luiza Łamejko**

**Członkowie:**

**Małgorzata Matecka**

**Agata Mikołajczyk**

wyraża następującą opinię:

**zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 13 lutego 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą uprzednią w przedmiocie zamówienia na budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Kruczej i Tylnej w Jaworznie. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformowała Zamawiającego, tj. Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o. pismem z dnia 6 lutego 2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/9(5)/19/MM), przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował, że po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania stwierdził naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp przez wskazanie w dokumentacji postępowania szerszych podstaw wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych.

Kontrolujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami pkt 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz sekcji III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentów, o których mowa w §5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odpowiednio, w stosunku do wykonawców zagranicznych, zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w §7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu zauważył, że przy udzieleniu kontrolowanego zamówienia zamawiający był zobowiązany stosować przepisy szczególne ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp. Kontrolujący stwierdził, że treść powyższych wymogów nie została przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorowym, ograniczona poprzez zastrzeżenie

zastosowania art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Kontrolujący podał, że zgodnie z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d). oraz w przypadku wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d). Wobec powyższego, jak stwierdził Prezes Urzędu, zamawiający zastosował w stosunku do wykonawców w przedmiotowym postępowaniu szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, co powoduje naruszenie art. 133 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Kontrolujący uznał, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 13 lutego 2019 r. (znak: ZZP/ZU/L/59/2018) zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że konstrukcja normy prawnej wynikającej z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, że jej naruszenie może nastąpić jedynie poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania sektorowego, w sytuacji, gdy: - będąc osobą fizyczną, został prawomocnie skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub gdy - urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego Wykonawcy, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za to przestępstwo. Zamawiający zaznaczył, że nie można było naruszyć powyższej normy prawnej na etapie sporządzania dokumentacji postępowania, zamieszczając zakwestionowane przez Kontrolującego postanowienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający argumentował, że zważywszy na fakt, że art. 133 ust. 4 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący (ustawa nie dopuszcza żadnych jego modyfikacji) zamawiający nie mógł skutecznie ingerować w jego treść, co też w żadnym wypadku nie było celem zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że mamy tu do czynienia z oczywistą niedokładnością, polegającą, co najwyżej, na niewłaściwym przytoczeniu w specyfikacji przepisów ustawy, dotyczących obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania. Zamawiający podkreślił, że kwestionowane przez Kontrolującego zapisy nie należą do wymaganych ustawą elementów specyfikacji, zgodnie bowiem z art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, zamawiający winien zamieścić w specyfikacji jedynie tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia. Zamawiający zwrócił uwagę, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia,

jako naczelny dokument postępowania o udzielenie zamówienia, ma na celu doprecyzowanie zasad prowadzenia konkretnego postępowania, ale jedynie w obszarze i w granicach, jakie wynikają z tej ustawy. Zamawiający nie może skutecznie ingerować tam, gdzie ustawa na to nie pozwala i sama tworzy dla zamawiającego konkretne i precyzyjne dyrektywy zachowań.

Zdaniem zamawiającego, skoro do zamawiającego dyrektywa postępowania w zakresie wykluczenia wykonawcy, wynika wprost z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, to nie można mówić o naruszeniu tej dyrektywy, jeśli zamawiający wbrew niej nie postąpił, tzn. nie wykluczył wykonawcy z powodów, o których mowa w tym przepisie.

Pismem z dnia 26 lutego 2019 r. Prezes Urzędu poinformował zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 6 lutego 2019 r.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał je w dniu 26 lutego 2019 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie. Analiza akt postępowania potwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny przedmiotowej kontroli.

Izba miała na uwadze, że przedmiotem kontrolowanego postępowania jest udzielenie zamówienia o charakterze sektorowym. Do tego typu zamówień, zastosowanie znajdują przepisy ogólne ustawy Pzp, jednak ze stosownymi modyfikacjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajdowały art. 132 i następne ustawy Pzp, w tym art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d. Przepis ten jednoznacznie stanowi, że w postępowaniu sektorowym niedopuszczalne jest wykluczenie wykonawcy będącego osobą

fizyczną w sytuacji, gdy został skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wykonawcy, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13 ust. 1 art. 24 ustawy Pzp.

Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, że zamawiający zobowiązany jest do stosowania właściwych danemu postępowaniu przepisów ustawy Pzp od początku postępowania, tj. przygotowując dokumentację postępowania. Dokumenty, takie jak ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, odzwierciedlają oczekiwania zamawiającego i określają wymagania odnośnie wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Co za tym idzie, przy sporządzaniu treści specyfikacji zamawiający powinien wziąć pod uwagę ustawowe uregulowania dotyczące zamówień sektorowych, w tym art. 133 ust. 4 ustawy Pzp mający wpływ na krąg wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający zobowiązany był do jego stosowania. Niezastosowanie ww. przepisu miało ten skutek, że w postępowaniu wskazano szersze podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, niż pozwalają na to przepisy ustawy Pzp.

Powyższe działanie zamawiającego było sprzeczne z dyspozycją art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Skutkiem powyższego, nie mogą podlegać uwzględnieniu zastrzeżenia zamawiającego do stwierdzonego przez Kontrolującego naruszenia. Izba miała przy tym na uwadze, że stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie ustawy Pzp, nie miało wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....