

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 marca 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli uprzedniej z dnia 4 lutego 2016 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zawartej w piśmie z dnia 28 stycznia 2016 roku (znak: UZP/DKUE/W3/420/1(7)/16/MR) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: *„Modernizacja populacji transformatorów – etap VI – Dostawa wraz z transportem autotransformatorów wraz z ich całym wyposażeniem dodatkowym”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Beata Pakulska-Banach
Członkowie:	Agata Mikołajczyk
	Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 4 lutego 2016 roku w przedmiocie naruszeń wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zawartej w piśmie z dnia 28 stycznia 2016 roku (znak pisma: UZP/DKUE/W3/420/1(7)/16/MR), uznaje za nieuzasadnione.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany: „Prezesem UZP”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej: „ustawą Pzp”, przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Modernizacja populacji transformatorów – etap VI – Dostawa wraz z transportem autotransformatorów wraz z ich całym wyposażeniem dodatkowym”* prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.** z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie.

Pismem z dnia 28 stycznia 2016 r. (znak: UZP/DKUE/W3/420/1(7)/16/MR), Prezes UZP doręczył zamawiającemu Informację o wyniku kontroli uprzedniej, (dotycząca Pakietów II, III i IV), w której stwierdził naruszenie przez zamawiającego:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie zamawiającego do wezwania wykonawcy EthosEnergy Poland S.A. do uzupełnienia pełnomocnictwa podmiotu KOLEKTOR ETRA, upoważniającego wykonawcę do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tego podmiotu;
- art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 7 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. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej: „Rozporządzeniem w sprawie dokumentów” przez żądanie na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wyłącznie oświadczenia zamiast wykazu osób.

Odnosnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Prezes UZP ustalił w toku kontroli, że w ogłoszeniu o zamówieniu i w pkt VI.4) SIWZ zamawiający wskazał, że „jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków (...) polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji przedmiotu zamówienia, żąda przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt VII ppkt 23, tj.:

- a) oświadczenia podmiotu o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp,
- b) dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2-4 i 6 (lub odpowiednio w § 4) Rozporządzenia w sprawie dokumentów, dotyczących tych podmiotów.”

Prezes UZP ustalił też, że wykonawca EthosEnergy Poland S.A., który złożył ofertę na Pakiet II, wykazał się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, tj. KOLEKTOR ETRA Energetski transformatorji d.o.o. (zwanego dalej: „KOLEKTOR ETRA”) i załączył do oferty zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu oraz Regularny wyciąg z Rejestru Sądowego Przedsiębiorców, potwierdzony za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy EthosEnergy Poland S.A. oraz przez radcę prawnego upoważnionego pełnomocnictwem wykonawcy do potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów składanych przez wykonawcę we wszystkich przetargach, których uczestnikiem jest EthosEnergy Poland S.A.

Prezes UZP wskazał, że zamawiający pismem z dnia 5.11.2015 r. wezwał wykonawcę EthosEnergy Poland S.A. do uzupełnienia prawidłowego zobowiązania podmiotu KOLEKTOR ETRA do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, oświadczenia podmiotu o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokumentów podmiotowych, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3, 4 i 6 (lub odpowiednio w § 4) Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Prezes UZP podniósł, iż wykonawca uzupełnił wymagane dokumenty, jednakże poza zobowiązaniem i oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, które zostały podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu trzeciego, pozostałe dokumenty podmiotu trzeciego zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy EthosEnergy Poland S.A.

W dalszej kolejności Prezes UZP powołał się na brzmienie przepisu § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie, z którym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Prezes UZP stwierdził, iż z treści powołanego powyżej przepisu wynika, iż kopie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego powinny być poświadczane za zgodność z oryginałem przez ten podmiot, a nie przez wykonawcę, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego. Zdaniem Prezesa UZP świadczy o tym, użycie w powołanym przepisie słowa „odpowiednio”, które w ocenie Prezesa UZP wskazuje, że poświadczanie kopii dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego czy dokument odnosi się do wykonawcy, czy do tego podmiotu. Prezes UZP podniósł, że taka wykładnia przepisu jest zgodna z czynnością „poświadczania za zgodność z oryginałem”, która to czynność jest oświadczeniem wiedzy, wskazującym, że składającemu je podmiotowi znany jest oryginał dokumentu w takim stopniu, że może poświadczyć, iż przedłożona kopia jest z nim tożsama. Wobec powyższego, Prezes UZP stwierdził, że kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczane wyłącznie przez te podmioty albo przez samego wykonawcę posiadającego stosowne umocowanie do działania w imieniu podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje (w tym także posiadającego upoważnienie do uwierzytelniania składanych w jego imieniu dokumentów).

Ponadto, Prezes UZP przytoczył brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym 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.

Reasumując, Prezes UZP stwierdził, że zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę EthosEnergy Poland S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa podmiotu KOLEKTOR ETRA, upoważniającego wykonawcę do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tego podmiotu, a zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji Prezes UZP zalecił zamawiającemu wezwanie wykonawcy EthosEnergy Poland S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa podmiotu KOLEKTOR ETRA, upoważniającego wykonawcę do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tego podmiotu.

Ponadto, Prezes UZP stwierdził naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Prezes UZP w tym zakresie ustalił, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i pkt VI.2) lit. h) SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawca musiał wykazać, że dysponuje w ramach każdego pakietu, co najmniej 2 osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w wykonywaniu prac o podobnym charakterze w zakresie nadzoru montażu, prób pomontażowych oraz rozruchowych autotransformatorów, w miejscu końcowego przeznaczenia. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku zamawiający wymagał przedłożenia oświadczenia, że wykonawca dysponuje osobami o kwalifikacjach opisanych powyżej, zawartego w pkt IV.2) Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 1 do Części III SIWZ.

Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Z kolei przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a ich katalog został określony w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Ponadto, powołał się na przepis § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, z którego wynika, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zdaniem Prezesa UZP z powołanych przez niego przepisów wynika, że w sytuacji opisanego sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający zobligowany jest żądać – w postępowaniach o wartości przekraczającej tzw. „progi unijne” – dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków. Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, skoro zamawiający opisał warunek dotyczący osób zdolnych do wykonania zamówienia, to powinien również żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, a nie wyłącznie oświadczenia o dysponowaniu wymaganymi osobami. Prezes UZP stwierdził, iż tylko wykaz osób zawierający informacje, o których mowa w ww. Rozporządzeniu, pozwala prawidłowo zweryfikować czy wykonawca spełnia opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, Prezes UZP odniósł się do przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Jednak, jego zdaniem, przepis ten uprawnia zamawiającego do żądania dodatkowo dokumentów innych niż określone w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, nie zaś do eliminowania dokumentów w nim wskazanych i żądania w ich miejsce innych.

Reasumując, Prezes UZP stwierdził, iż żądanie na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wyłącznie oświadczenia, zamiast wykazu osób, stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W dniu 4 lutego 2016 roku (pismem z tej samej daty, znak: 370-BP-WU.230.51.2015.44) zamawiający, działając na podstawie art. 171a ustawy Pzp zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa UZP.

Zdaniem zamawiającego stwierdzone przez Prezesa UZP naruszenia są niesłuszne, a jednocześnie nie wywierają wpływu na wynik postępowania. Ponadto, wskazał, że wyniki kontroli opierają się na niespornym stanie faktycznym.

Zamawiający podniósł, że przedłożone, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, przez wykonawcę EthosEnergy Poland S.A. dokumenty dla podmiotu trzeciego, są poprawne merytorycznie, odpowiadają wymaganiom merytorycznym Rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zarzut postawiony przez Prezesa UZP w stosunku do tych dokumentów, tj. że poświadczenie ich za zgodność z oryginałem przez wykonawcę jest nieuprawnione, ma charakter stricte formalny. Zdaniem zamawiającego, brzmienie § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi o tym, że dokumenty potwierdza podmiot, którego dokumenty dotyczą, jednakże jest to ogólna reguła, którą należy interpretować, jako mającą wyjść naprzeciw wykonawcom, otrzymującym niejednokrotnie pakiet dokumentów od podmiotów trzecich w kopii, nie mając możliwości zapoznania się z nimi w oryginale. Zamawiający podkreślił, że w niniejszej sprawie nic nie wskazywało na to, że wykonawca nie zapoznał się z oryginałami dokumentów dotyczącymi podmiotu trzeciego. Wskazał, iż tłumaczenie tych dokumentów jest zszyte w jedną całość przez tłumacza przysięgłego i, że dokumenty te mogły być przedstawione wykonawcy w oryginale. Stwierdził też, że poświadczenie za zgodność z oryginałem jest oświadczeniem wiedzy. Zamawiający zauważył, że jeżeli wykonawca ponosi odpowiedzialność za przedłożenie dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia, oraz przedkłada je pod rygorem odpowiedzialności karnej, to również ten wykonawca może poświadczać dokumenty za zgodność z oryginałem. Zamawiający zwrócił uwagę, iż należy brać pod uwagę celowość i funkcje przepisów, a nie jedynie ich literalne brzmienie. Podkreślił, że zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wykonawca jest podmiotem właściwym do potwierdzania wszelkich dokumentów za zgodność z oryginałem, gdyż wszelkie skutki niestarannego lub błędnego działania ciążyą właśnie na wykonawcy. W ocenie Zamawiającego, przepis § 7 ust. 2 ww. Rozporządzenia oznacza, iż podmiot udostępniający swój potencjał może poświadczyć własne dokumenty za zgodność z oryginałem, co zrównane zostało z poświadczeniem przez wykonawcę, ale równocześnie nie wyklucza takiego działania wykonawcy. Jego zdaniem, nie ma podstaw do uznania, że wykonawca nie zapoznał się z oryginałami dokumentów, jak również nie ma podstaw do przyjęcia, że poświadczenie za zgodność z oryginałem dokumentów przez wykonawcę jest

niewystarczające, ponieważ skutki działania w tym zakresie będą obciążały wykonawcę, zarówno w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w zakresie prawa karnego. Zamawiający podniósł, że przepis § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów należy rozumieć jako przepis szczególny dopuszczający możliwość przedstawienia dokumentów niepoświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a przez podmiot trzeci, którego te dokumenty dotyczą, natomiast nie można go rozumieć jako zawierający szczególną normę zakazującą poświadczania dokumentów przez wykonawcę. Zamawiający powołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2013 roku o sygn. akt: KIO 1779/13 z dnia 6 sierpnia 2013 roku, w którym Izba odwołując się do wyroku z dnia 20 lutego 2013 roku o sygn. akt: KIO 262/13 stwierdziła m.in., iż: *„skuteczne jest złożenie kopii dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego, poświadczonej przez wykonawcę lub jego pełnomocnika (...)”*.

Z kolei motywując swoje zastrzeżenia w stosunku do stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający podnosił, że zarówno przepisy ustawy Pzp, jak i Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie definiują wymagań dla dokumentu nazywanego „wykazem osób”. Zamawiający stwierdził, że dokument taki zawsze w sensie prawnym jest oświadczeniem wiedzy, bowiem wykonawca oświadcza w nim, że dysponuje osobami o wymaganych kwalifikacjach i bez względu na nazewnictwo przedkładanego dokumentu zawsze właściwym dokumentem w świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jak też przepisów § 1 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów potwierdzającym spełnianie warunku w zakresie dysponowania osobami jest oświadczenie wiedzy wykonawcy. Zdaniem zamawiającego zarzuty kontroli są chybione, gdyż Prezes UZP domaga się innego nazwania oświadczenia wiedzy – w miejsce użytego w SIWZ sformułowania „oświadczenie”, wymaga, aby pojawiło się słowo „wykaz”, zaś ocena prawna prowadzi do wniosku, że bez względu na nazewnictwo zawsze zamawiający może żądać jedynie oświadczenia wiedzy, w odróżnieniu od możliwości żądania innych dokumentów. Zamawiający podniósł, że należy wziąć pod uwagę zapisy SIWZ co do dwóch elementów: warunku udziału w postępowaniu i sprecyzowania dokumentów, które potwierdzić mają spełnienie warunku. Zamawiający zauważył, że nigdzie w treści warunku dotyczącego dysponowania osobami, nie wymagał wskazywania osób z imienia i nazwiska, a żądał jedynie, aby wykonawca dysponował co najmniej 2 osobami o określonych kwalifikacjach. Stwierdził, że żaden przepis prawa nie wskazuje na obowiązek podawania nazwisk osób, którymi wykonawca dysponuje, jak i nie ustala wiążącego kształtu dokumentu nazywanego „wykazem osób”, a nadto takiego wzorca dokumentu nie ustalono w dokumentacji przetargowej. Natomiast zamawiający wymagał dla potwierdzenia spełnienia warunku

złożenia oświadczenia wiedzy o dysponowaniu osobami. W opinii zamawiającego treść zaproponowanego oświadczenia potwierdza, iż należy traktować je jako „wykaz osób”, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Jego zdaniem, skoro przepisy ustawy Pzp, jak i żadne inne przepisy, nie określają szczególnej formy dla „wykazu osób” to należało przyjąć, że potwierdzeniem spełniania warunku jest również „oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu osobami”, które należy uznać za formę „wykazu osób”, o którym mowa w ww. Rozporządzeniu.

Ponadto, zamawiający stwierdził, że wskazując dokumenty, jakie wykonawcy mieli załączyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokonując na ich podstawie oceny spełniania tych warunków, kierował się treścią tych dokumentów. Natomiast, sama kwestia terminologii używanej przez zamawiającego nie może stanowić przesłanki do stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo, zamawiający podniósł, że nie zgadza się z interpretacją Prezesa UZP, dotyczącą przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jego zdaniem, przepis ten nie stanowi o hierarchii dokumentów wskazanych w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów i innych, lecz jedynie zezwala na żądanie dokumentów wskazanych w tym rozporządzeniu oraz innych dokumentów w nim nie wskazanych, nie nadając prymatu dokumentom z rozporządzenia. Zamawiający wskazał, że wynika to m.in. z implementacji postanowień Dyrektywy 2004/17 (dyrektywy sektorowej), która inaczej niż dyrektywa klasyczna, nie określa środków dowodowych dla wykazania tzw. kryteriów kwalifikacji. Wymogiem dyrektywy jest określenie wymagań zgodnie z obiektywnymi zasadami oraz przejrzystość, co zdaniem zamawiającego, zostało spełnione w prowadzonym przez niego postępowaniu, gdyż warunek i dokument na wykazanie jego spełnienia zostały jasno określone i zakomunikowane w dokumentach postępowania.

Pismem z dnia 18 lutego 2016 r. (znak: UZP/DKUE/W3/420/1(9)/16/MR) Prezes UZP poinformował zamawiającego, że w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 28 stycznia 2016 r. i, że nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego.

Jednocześnie odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego Prezes UZP wskazał m.in., że literalne brzmienie § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie pozostawia wątpliwości, iż słowo „odpowiednio” oznacza, że kopie dokumentów dotyczących wykonawcy poświadczą za zgodność z oryginałem także wykonawca, natomiast dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – ten podmiot. Na potwierdzenie swojego stanowiska Prezes UZP powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2013 roku o sygn. akt: KIO 1253/13. Ponadto, Prezes UZP

wskazał, że taka interpretacja przepisu wynika z założenia, iż wiarygodność uwierzytelnienia kopii dokumentów nie będzie budziła żadnych wątpliwości tylko wówczas, gdy czynności tej dokona podmiot, którego dokumenty bezpośrednio dotyczą lub osoba przez niego umocowana. W ocenie Prezesa UZP zaproponowana przez zamawiającego wykładnia ww. przepisu nie tylko byłaby niezgodna z literalnym brzmieniem przepisu, ale również wymagałaby każdorazowo ustalenia, czy wykonawca poświadczający kopie dokumentów podmiotu trzeciego rzeczywiście miał wgląd w oryginały tych dokumentów, co byłoby trudne do zweryfikowania.

Prezes UZP podkreślił, że literalne brzmienie przepisu § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje na to, że kopie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego powinien poświadczyc ten podmiot lub osoba przez niego upoważniona (np. wykonawca), nie zaś sam wykonawca bez stosownego upoważnienia. Jego zdaniem, brzmienie przepisu jest jasne i nie pozostawia żadnych wątpliwości, w związku z czym nie ma też potrzeby odwoływania się do wykładni celowościowej, czy funkcjonalnej.

Ponadto, Prezes UZP podniósł, że na gruncie poprzednio obowiązującego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku 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), w przepisie regulującym zasady poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem (§ 6 ust. 2) nie było słowa „odpowiednio”, co mogło skutkować uznaniem, że kopie dokumentów podmiotu trzeciego mogą być poświadczane dowolnie przez wykonawcę lub ten podmiot. Prezes UZP powołał w tym zakresie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 5 marca 2013 roku wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 369/13 oraz wyrok z dnia 6 sierpnia 2010 roku wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1545/10. Podkreślił jednak, że w aktualnie obowiązującym Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, literalne brzmienie § 7 ust. 2 nie pozostawia wątpliwości, iż dokumenty dotyczące podmiotów trzecich mogą być poświadczane za zgodność z oryginałem wyłącznie przez te podmioty lub osoby przez nie upoważnione.

Odnosząc się zaś do zastrzeżeń zamawiającego w części dotyczącej stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów Prezes UZP podniósł raz jeszcze, że zamawiający prowadząc postępowanie o wartości przekraczającej tzw. „progi unijne” i opisując sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązany jest żądać dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków. Podkreślił, że w przypadku opisanego warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia, zamawiający powinien żądać wykazu osób, w którym zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów powinny znaleźć się –

w zależności od konkretnych wymogów w opisie warunku – następujące informacje dotyczące proponowanych przez wykonawcę osób: kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia, zakres wykonywanych czynności, podstawa do dysponowania tymi osobami. Prezes UZP podniósł, że informacje te umożliwiają zamawiającemu dokładną i pełną weryfikację wykonawcy pod kątem dysponowania przez niego wymaganymi osobami, tj. pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do posiadania przez proponowane osoby wymaganych kwalifikacji czy też co do podstawy dysponowania tymi osobami, zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu w tym zakresie. Zdaniem Prezesa UZP, oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu osobami posiadającymi wymagane kwalifikacje nie zawiera przedmiotowych informacji, a zatem nie pozwala na dokonanie prawidłowej oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że nie może zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż pomiędzy oświadczeniem, a wykazem osób, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, występuje tylko i wyłącznie różnica w nazwie. Podkreślił, że takie stanowisko byłoby możliwe do przyjęcia tylko w sytuacji, gdyby wykonawcy złożyli wymagane oświadczenia, zawierające wszystkie informacje wymagane zgodnie z powołanym przepisem, co jednak nie miało miejsca w tym postępowaniu.

Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, że również przepis art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie uprawnia do żądania oświadczenia w miejsce wykazu osób. W jego ocenie, przepis ten wskazuje jedynie na to, że zamawiający może, pod pewnymi warunkami, żądać dodatkowo innych dokumentów niż określone w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, co jednak nie zwalnia zamawiającego z obowiązku żądania dokumentów wymaganych zgodnie z przepisami art. 26 ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Taka wykładnia przepisów, zdaniem Prezesa UZP, nie tworzy hierarchii ani prymatu dokumentów opisanych w ww. Rozporządzeniu, a oznacza jedynie, że zamawiający ma obowiązek wymagać dokumentów z ww. Rozporządzenia, jeśli opisuje warunki udziału w postępowaniu, którego wartość przekracza tzw. „progi unijne”, niezależnie od ewentualnego żądania także innych dokumentów. Prezes UZP na potwierdzenie swojego stanowiska powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2007 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 9/07.

Ponadto, Prezes UZP wskazał, że stosownie do brzmienia art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynik kontroli uprzedniej zawiera informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku, bez konieczności wykazywania, czy naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji Zamawiającego i Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje:

Oceniając zastrzeżenia złożone przez zamawiającego Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

W ocenie Izby zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli uprzedniej nie podważył zasadności stanowiska Prezesa UZP, zawartego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Przede wszystkim należy wskazać, że bezsporny jest stan faktyczny ustalony w toku kontroli uprzedniej, co zostało przyznane przez zamawiającego w zgłoszonych przez niego zastrzeżeniach od wyniku kontroli uprzedniej. Sporna była natomiast kwestia wykładni obowiązujących przepisów prawa na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz przepisów Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Izba podziela w całości stanowisko wyrażone przez Prezesa UZP w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 28 stycznia 2016 roku.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie zamawiającego wezwania wykonawcy EthosEnergy Poland S.A. do uzupełnienia pełnomocnictwa podmiotu KOLEKTOR ETRA, upoważniającego wykonawcę do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tego podmiotu, stwierdzić należy, że w tym zakresie, na gruncie niniejszej sprawy, decydujące znaczenie ma wykładnia przepisu § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zgodnie z § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów: *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.*

Izba, w składzie podejmującym niniejszą uchwałę, podziela interpretację powołanego powyżej przepisu przedstawioną przez Prezesa UZP. Wykładnia literalna (językowa) tego przepisu, w ocenie Izby, nie budzi żadnych wątpliwości. Prawodawca wyraźnie wskazał, że: „*kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty*”.

Jak słusznie zauważa Prezes UZP, należy zwrócić uwagę na użycie słowa: „odpowiednio”, które użyte po raz drugi w dyspozycji przepisu, w części odnoszącej się do poświadczania dokumentów, wyraźnie wskazuje, że kopie dokumentów dotyczących wykonawcy poświadczą za zgodność z oryginałem wykonawca, zaś kopie dokumentów dotyczących podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poświadczają te podmioty.

Zważyć należy, że wykładnia językowa jest wykładnią podstawową, a odwoływanie się do innych wykładni, jak chociażby do wykładni celowościowej, funkcjonalnej, czy systemowej, jest celowe wówczas, gdy wyniki wykładni językowej nie są jednoznaczne lub prowadzą do absurdalnych wniosków. W ocenie Izby taka sytuacja nie zaistniała w przedmiotowej sprawie.

Co więcej, należy zwrócić uwagę na brzmienie przepisu dotyczącego kwestii poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem w poprzednio obowiązującym Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, nr 226, poz.1817), tj.: § 6 ust. 2, który stanowił, iż: *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.*

Prawodawca regulując zasady poświadczania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz podmiotów, na zasobach których wykonawca polega, w obecnie obowiązującym Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, w stosunku do poprzednio obowiązującego rozporządzenia, wprowadził zmianę polegającą na dodaniu słowa „odpowiednio”, co, mając na uwadze zasadę racjonalności prawodawcy, wskazuje na celowe wprowadzenie takiej zmiany.

Izba, w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, podziela w tej kwestii stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 11 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1253/13), przytoczonym przez Prezesa UZP, w którym wskazano, iż: *„Zgodnie z § 7 ust. 2 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 w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność*

przez wykonawcę lub te podmioty. W ocenie Izby redakcja przepisu nie pozostawia wątpliwości, że kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczane wyłącznie przez te osoby trzecie. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę sformułowania "odpowiednio", co zdaniem Izby wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu."

Należy również powołać wyrok KIO z dnia 5 listopada 2013 r. (sygn. akt: KIO 2483/13), w którym Izba wskazała, że: *„Dostrzeżenia wymaga, że przepis § 7 ust. 2 rozporządzenia reguluje zbiorczo dwie grupy sytuacji. Pierwsza dotyczy poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących jednego z wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia, natomiast druga - poświadczania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Zasada dotycząca poświadczania za zgodność z oryginałem jest prosta. W każdym z tych przypadków poświadczania dokonuje wyłącznie ta osoba, której dokument dotyczy. Zatem jeżeli dokument dotyczy wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, poświadczania dokonuje wyłącznie ten wykonawca, zaś w przypadku dokumentów dotyczących podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, poświadczania dokonuje wyłącznie ten podmiot. Na powyższe wskazuje wprost użyte przez ustawodawcę dwukrotnie sformułowanie "odpowiednio"."*

Dodać też należy, że nie można wykluczyć, że sam wykonawca EthosEnergy Poland S.A., tak jak zauważa zamawiający w swoich zastrzeżeniach, mógł mieć wgląd w oryginały dokumentów podmiotu trzeciego, tj. KOLEKTOR ETRA, na którego zasoby się powoływał, jednakże wobec jednoznacznego brzmienia przepisu § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów należy uznać, że dokumenty dotyczące podmiotów trzecich mogą być poświadczane za zgodność z oryginałem wyłącznie przez te podmioty, ewentualnie przez osoby przez nie upoważnione w tym zakresie. Tym samym, w ocenie Izby, Prezes UZP zasadnie stwierdził naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie zamawiającego do wezwania wykonawcy EthosEnergy Poland S.A. do uzupełnienia pełnomocnictwa podmiotu KOLEKTOR ETRA, upoważniającego wykonawcę do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tego podmiotu.

W dalszej kolejności, odnosząc się do stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów przez żądanie na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wyłącznie oświadczenia zamiast wykazu osób, stwierdzić należy, co następuje.

Nie ulega wątpliwości, że w świetle przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający prowadząc postępowanie, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jest zobowiązany do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie, opisanych przez siebie warunków.

W niniejszej sprawie zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponowania, w ramach każdego pakietu, co najmniej 2 osobami, które uczestniczyć będą w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w wykonywaniu prac we wskazanym przez zamawiającego zakresie. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku zamawiający wymagał przedłożenia wyłącznie oświadczenia, że wykonawca dysponuje osobami o kwalifikacjach opisanych w pkt VI.2 lit. h) SIWZ, zawartego w Formularzu oferty - Załącznik nr 1 do Części III SIWZ.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Z kolei w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca zawarł delegację ustawową dla Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane.

Zgodnie zaś z § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać: *wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.*

W ocenie Izby Prezes UZP słusznie uznał, że w niniejszej sprawie, skoro postępowanie dotyczy zamówienia o wartości przekraczającej tzw. „progi unijne”, a zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to winien był on również żądać od wykonawców

na potwierdzenie spełniania tego warunku wykazu osób, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Należy zwrócić uwagę, że choć nie można odmówić do końca słuszności stanowisku zamawiającego, że wykaz osób jest oświadczeniem wiedzy wykonawcy, co do tego, jakimi osobami on dysponuje, to jednak samo brzmienie § 1 ust. 1 powołanego powyżej Rozporządzenia, wskazuje na to, że akt ten klasyfikuje wykaz osób, jako dokument, o czym świadczy wyrażenie: „*zamawiający może żądać następujących dokumentów (...)*”.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieorganicznego. Z kolei przepis art. 44 ustawy Pzp odnoszący się do przetargu nieograniczonego stanowi, iż: *Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.* Zatem, w przypadku przedmiotowego postępowania, gdzie zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający był zobowiązany do żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie wystarczyło żądanie samego oświadczenia, że wykonawca dysponuje osobami, lecz należało żądać dokumentu w postaci wykazu osób, o treści określonej w § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Choć może jest to przepis nieco rygorystyczny, to jednak należy uznać, że zamawiający poprzez zaniechanie żądania wspomnianego dokumentu w tym postępowaniu naruszył przepisy prawa.

Ponadto, zamawiający stwierdził, że: *„zarzuty kontroli w tym zakresie są więc o tyle chybione, że kontrolujący domaga się innego nazwania oświadczenia wiedzy – w miejsce użytego w SIWZ sformułowania „oświadczenie” chciałby, żeby pojawiło się słowo „wykaz”.* Należy zgodzić się z Prezesem UZP, że stanowisko zamawiającego byłoby możliwe do przyjęcia, gdyby chodziło wyłącznie o różnicę w nazewnictwie, a zarówno oświadczenie, jak i wykaz osób, zawierałyby wszystkie informacje, wynikające z przepisu § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, co jednak nie miało miejsca w tej sprawie.

Ponadto, Izba podziela stanowisko Prezesa UZP w kwestii wykładni przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 stanowiącego, iż: *Zamawiający może: 2) żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków,* a odnoszącego się do zamówień sektorowych. Zdaniem Izby, powołany powyżej przepis, uprawnia zamawiającego do żądania dodatkowo innych dokumentów, obok tych, które zostały wymienione w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, nie wyłączając przy tym obowiązku zamawiającego do żądania także dokumentów wskazanych w ww. Rozporządzeniu.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....