

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 24 listopada 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 26 października 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: **Miasto Zielona Góra - Miejski Zakład Komunikacji** w Zielonej Górze, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 października 2017 r., (znak: KU/71/17/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawę fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**  
**Anna Chudzik**  
**Przemysław Dzierzędzki**

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze, o której

mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm. – dalej: „ustawy Pzp”). W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. nie były dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie określonych przestank fakultatywnych wykluczenia,
- 2) art. 48 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez określenie kwoty wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia.

Prezes Urzędu ocenił, iż powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu podał, iż z treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Rozdział XIII pkt 13.4.5, 13.4.6 oraz 13.4.12 wynika, iż zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2) i 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 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), dalej, jako „rozporządzenie”, tj.:

- zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub Innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wrazz ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu:
- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł

porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Prezes Urzędu ustalił, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w Rozdziale XIII pkt 1.1 a) SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (przesłanki obligatoryjne wykluczenia) oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 4-7 ustawy Pzp (przesłanki fakultatywne wykluczenia), co oznacza, że zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, iż z przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zaświadczeń, o których mowa w § 5 pkt 2) i 3) rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie potwierdzają niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 4-7 ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg ich przedłożenia stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Na poparcie zaprezentowanego stanowiska w tym zakresie, Prezes Urzędu, przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO/KU 11/17).

W uzasadnieniu swojego stanowiska w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 45 ust. 4 ustawy Pzp Prezes Urzędu podał, iż w kontrolowanym postępowaniu zamawiający żądał wniesienia przez wykonawców wadium w wysokości 1.000.000,00 zł oraz, że z dokumentacji postępowania, w tym z protokołu postępowania oraz protokołu z ustalenia szacunkowej wartości zamówienia wynika, iż wartość szacunkowa zamówienia wynosi 28.600.000,00 zł, w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynosi 6.600 000,00 zł. Tym samym wartość zamówienia podstawowego wynosi 22.000.000,00 zł.

Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 45 ust. 5a ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego, przy czym przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.

W związku z tym, w ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający powinien ustalić kwotę wadium w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do wartości szacunkowej

zamówienia, liczonej m. in. bez wartości zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do kwoty 22.000.000,00 zł. Natomiast liczona od tej wartości kwota wadium, ustalona przez zamawiającego, stanowi 4,54% wartości szacunkowej zamówienia podstawowego.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu stwierdził, iż określając kwotę wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia, zamawiający naruszył art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 26 października 2017 r. Zamawiający wniósł umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej, wnosząc o odstąpienie od zastrzeżeń w zakresie pkt 1 i uwzględnienie zastrzeżeń w zakresie pkt 2 Informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający uznał, iż stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jest nieprawidłowe. Zdaniem zamawiającego interpretacja przepisów rozporządzenia, zastosowana przez Prezesa Urzędu, nie uwzględnia prowsólnotowej wykładni, z której, zdaniem Zamawiającego, wynika, iż dokumentem służącym potwierdzeniu braku zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, jest zaświadczenie właściwego organu, o którym mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a nie oświadczenie własne wykonawcy, o którym mowa w § 5 pkt 5 tego rozporządzenia.

Zamawiający wskazał m.in., iż rozporządzenie jest aktem transpozycji do prawa polskiego niektórych postanowień Dyrektywy 2014/24/UE, co ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia sposobu prowadzenia wykładni jego przepisów, w tym także przepisów dotyczących dokumentów służących potwierdzeniu braku przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Zamawiający zwrócił m.in. uwagę, iż w świetle orzecznictwa TSUE i sądów krajowych, wykładnia prowsólnotowa wymaga w pewnych sytuacjach pominięcia przez sąd krajowy sprzecznego z prawem wspólnotowym przepisu prawa krajowego, jeżeli rezultat jego zastosowania byłby sprzeczny z celem dyrektywy oraz, że dyrektywa obliguje państwa członkowskie do osiągnięcia określonego w niej rezultatu, pozostawiając jednocześnie swobodę wyboru formy i środków, które doprowadzą do jego osiągnięcia.

Zamawiający wskazał na przepisy Dyrektywy 2014/24/UE:

- 1) art. 57 ust. 2, z którego wynika, iż z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia obligatoryjnie wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek

na ubezpieczenie społeczne i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej. Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

- 2) art. 60 ust. 1, zawierający katalog środków dowodowych, których może żądać zamawiający, by potwierdzić brak podstaw do wykluczenia stanowi, że instytucje zamawiające mogą wymagać zaświadczeń, oświadczeń i innych środków dowodowych, o których mowa w ust. 2, 3 i 4 tego artykułu oraz w załączniku XII, jako dowodów na brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 57, oraz dowodów spełnienia kryteriów kwalifikacji zgodnie z art. 58. Instytucje zamawiające nie wymagają środków dowodowych innych niż te, o których mowa w tym artykule i w art. 62.
- 3) art. 60 ust. 2 lit. B zgodnie z którym, jako wystarczające dowody potwierdzające, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z przypadków wymienionych w art. 57, instytucje zamawiające przyjmują w odniesieniu do ust. 2 tego artykułu - zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego

oraz stwierdził, iż stanowisko Prezesa UZP w sprawie dokumentów jest niezasadne w świetle przepisów prawa europejskiego, których transpozycję do prawa polskiego stanowi rozporządzenie w sprawie dokumentów. Stanowisko to nie uwzględnia, bowiem postanowień art. 60 ust. 2 lit b Dyrektywy 2014/24/UE.

Zamawiający podał także, iż gmina może w stosunkach prywatnoprawnych być traktowana jak jednostka-obywatel, co oznacza, zdaniem Zamawiającego, że jest uprawniona do powoływania się na bezpośredni wertykalny skutek dyrektywy w prawie krajowym oraz zwrócił uwagę na potrzebę interpretacji przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów

w świetle zasady bezpośredniego skutku wertykalnego Dyrektywy 2014/24/UE. Zamawiający

stwierdził, iż gdyby przyjąć, iż na gruncie postanowień rozporządzenia nie jest dopuszczalne wykazywanie braku przesłanki wykluczenia przy pomocy zaświadczenia organu to oznaczałoby to, iż Rzeczpospolita Polska dokonała nieprawidłowo transpozycji art. 60 ust. 2 lit b Dyrektywy 2014/24/UE do systemu prawa krajowego.

W ocenie Zamawiającego w niniejszym przypadku przepis prawa unijnego, tj. art. 60 ust. 2 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE, wskazuje wyraźnie, że dla potwierdzenia, iż wykonawca nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zamawiający może żądać zaświadczeń wydanych przez właściwe organy. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, nawet gdyby uznać, iż dla obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania wyrażonej w art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/U, której w ustawie Pzp odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 15, przepisy prawa polskiego implementujące Dyrektywę 2014/24/UE przewidują inny dokument na potwierdzenie tej okoliczności, to w następstwie wertykalnego bezpośredniego skutku dyrektywy i tak zarówno wykonawca, jak i zamawiający mieliby prawo bezpośrednio na podstawie dyrektywy dokonywać weryfikacji przesłanki wykluczenia za pomocą zaświadczenia właściwego organu, co oznacza, iż zapis w SIWZ dotyczący zaświadczenia właściwego organu nie może być traktowany przez Prezesa UZP w kategorii naruszenia.

Zamawiający podniósł także, iż w treści § 5 rozporządzenia, dokumenty dotyczące nieobligatoryjnych przesłanek wykluczenia zostają wyraźnie opatrzone zastrzeżeniem „w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt...” lub „w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt ...”, co wskazuje, iż prawodawca pomimo tego, iż dokumenty dotyczące obligatoryjnych i nieobligatoryjnych przesłanek wykluczenia reguluje w jednej jednostce redakcyjnej tj. w § 5, to jednakże przy pomocy wskazanego powyżej zabiegu legislacyjnego stara się sprecyzować te dokumenty, które dotyczą przesłanek wykluczenia uregulowanych w art. 24 ust. 5 Pzp. Z konieczności logicznej, zdaniem Zamawiającego, pozostałe dokumenty wskazane w § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów muszą dotyczyć przesłanek wykluczenia unormowanych w postanowieniach art. 24 ust. 1 Pzp.

Zamawiający zakwestionował zasadność oparcia się przez Prezesa UZP w Informacji o wynikach kontroli jedynie na uchwale KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO/KU 11/17 oraz wskazał na brak uwzględnia całokształtu judykatury tego organu ochrony prawnej, w tym wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2278/16, z którego wynika, zdaniem Zamawiającego, iż zaświadczenie organu jest dokumentem służącym potwierdzeniu braku obligatoryjnej przesłanki wykluczenia.

Na poparcie swojego stanowiska, Zamawiający przeprowadził także argumentację w oparciu o przepisy prawa podatkowego i wskazał, iż zgodnie z art. 306e § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 201 z późn. zm.) zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydaje się na podstawie dokumentacji danego organu podatkowego oraz informacji otrzymanych od innych organów podatkowych. Z kolei na podstawie art. 306e § 2 Ordynacji podatkowej przed wydaniem zaświadczeń, o których mowa w § 1, ustala się, czy w stosunku do wnioskodawcy nie jest prowadzone postępowanie mające na celu ustalenie lub określenie wysokości jego zobowiązań podatkowych. Jeżeli takie postępowanie jest prowadzone i zgromadzony materiał dowodowy pozwala na jego zakończenie, powinna być niezwłocznie wydana decyzja ustalająca lub określająca wysokość zobowiązań podatkowych, w celu wykazania ich w zaświadczeniu.

Zamawiający podał, iż w związku z przywołaną regulacją art. 306e § 1 i 2 Ordynacji podatkowej orzecznictwo sądów administracyjnych jednoznacznie wskazuje, iż zaświadczenie zawiera informacje zarówno o decyzjach nieostatecznych, jak i o decyzjach ostatecznych podkreślając, że charakter prawny zaświadczenia oraz treść art. 306e Ordynacji podatkowej potwierdza stanowisko organu podatkowego, że nie może wydać on zaświadczenia o niezaleganiu, będąc w posiadaniu doręczonych podatnikowi, nawet nieostatecznych decyzji, z których wynikają zaległości podatkowe.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 180 i 217-219 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1257 z późn. zm.) oraz art. 33 ust. 1 pkt 2 i 4 w związku z art. 45 ust. 1 pkt 2 i art. 83b ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity. Dz.U. z 2017 r., poz. 1778 ze zmianami), na wniosek płatnika składek, ZUS wydaje zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, które stwierdza, że płatnik składek nie posiada zadłużenia w ZUS na dzień jego wydania.

W ocenie Zamawiającego oba wskazane wyżej zaświadczenia swoją treścią obejmują wszelkie zaległości potwierdzone zarówno decyzjami ostatecznymi jak i nieostatecznymi i są jedynymi urzędowymi dokumentami potwierdzającymi stan zaległości w omawianym zakresie. W konsekwencji informacje w nich zawarte korespondują zarówno z obligatoryjnymi przesłankami wykluczenia, określonymi w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, jak i fakultatywnymi przesłankami wykluczenia, wskazanymi w art. 24 ust. 5 pkt. 8 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń i podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz przedstawione tam argumenty.

Prezes Urzędu wskazał m.in., iż zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu UE (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47, z późn. zm.), który zastąpił art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37), akt prawny, jakim jest dyrektywa jest wiążący dla krajów, do których się odnosi w odniesieniu do rezultatu, który ma zostać osiągnięty, a jednocześnie pozostawia organom krajowym swobodę wyboru formy i środków służących jej implementacji. Celem dyrektyw unijnych w zakresie zamówień publicznych jest jak najszersze otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz zapewnienie, że przy ich udzielaniu mają zastosowanie zasady traktatowe oraz reguły z nich wynikające, w tym zasada przejrzystości. Jednocześnie dyrektywy ustanawiają pewne minimalne standardy, które w tym zakresie powinny być stosowane, co nie stoi na przeszkodzie temu, aby państwa członkowskie korzystając z przyznanej im swobody, co do wyboru środków służących implementacji dyrektyw, ustanowiły swoje wymagania służące np. zapewnieniu większej przejrzystości w zamówieniach publicznych.

Prezes Urzędu przywołał wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 16 lipca 2014 r. (sygn. akt II SA/Po 1335/13), w którym Sąd wyraził pogląd: *„Z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wynika, że dyrektywa jest aktem wymagającym implementacji (wdrożenia) przez państwo członkowskie w określonym czasie. Implementowanie dyrektyw polega zasadniczo na wydaniu aktu prawnego przez właściwy organ państwa członkowskiego, który wprowadzi normy zawarte w dyrektywie do porządku prawnego w tym państwie. O pełnej implementacji dyrektywy można mówić, gdy normy prawa krajowego stwarzają podstawy do kompetencji organów państwowych, a także określając uprawnienia lub obowiązki podmiotów prawa, niezbędne do osiągnięcia celów, przewidzianych w danej dyrektywie. Implementacja dyrektywy nie musi natomiast polegać, ani zasadniczo nie powinna, na dosłownym przepisywaniu ich tekstów do ustaw krajowych.”*

Prezes Urzędu wskazał, iż regulacje prawa europejskiego w zakresie zamówień publicznych pozwalają państwom członkowskim na wprowadzenie bardziej restrykcyjnych obwarowań niż regulacje unijne. Przykładowo, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 22.10.2015 r. w sprawie C-425/14 Impresa Edilux Srl orzekł, że *„należy przyznać państwom członkowskim określony zakres uznania w celu przyjmowania środków mających zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości, które obowiązują instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach*



*w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić w świetle charakterystycznych dla niego względów historycznych, prawnych, ekonomicznych i społecznych sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tej zasady i tego obowiązku" (zob. podobnie wyrok z 23.12.2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni i Consorzio stabile edili, oraz przytoczone tam orzecznictwo).*

W ocenie Prezesa Urzędu analiza przywołanego przez Zamawiającego art. 57 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65) wskazuje, że jego unormowania zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp (przesłanka obligatoryjna) i w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp (przesłanka fakultatywna).

Prezes Urzędu wskazał, iż z art. 60 ww. dyrektywy 2014/24/UE wynika, iż stosownymi środkami dowodowymi w odniesieniu do braku naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne w okolicznościach opisanych

w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp są dokumenty, określone w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, będące zaświadczeniami wydawanymi przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego, tj. środkami dowodowymi w świetle uregulowania art. 60 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE. Z tego względu Zamawiający wskazując na fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, jest zobowiązany do żądania ww. dokumentów od wykonawców i są to środki dowodowe za pomocą, których Zamawiający określa brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie tego przepisu.

Prezes Urzędu zauważył, iż na gruncie krajowym o wydanie zaświadczenia z US oraz z ZUS, może wystąpić tylko podatnik oraz płatnik składek, a Zamawiający nie jest do tego uprawniony. Jednakże ustawodawca krajowy przesądził w § 5 pkt 5 rozporządzenia, że w zakresie przesłanki obligatoryjnej wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której stanowi art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać jedynie oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.

W podsumowaniu Prezes Urzędu wskazał, iż ustawodawca krajowy korzystając z możliwości stworzonej przez ustawodawcę unijnego ustanowienia regulacji w zakresie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz mając na uwadze uwarunkowania prawne, ekonomiczne i społeczne, przewidział w rozporządzeniu dwa rodzaje dokumentów, przy czym zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenie z ZUS, są dokumentami służącymi potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanki fakultatywnej wymienionej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, a nie przesłanki obligatoryjnej z wymienionej w art. 24 ust.1 pkt 15 ustawy Pzp. W związku z tym Zamawiający w celu potwierdzenia braku istnienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp uprawniony był jedynie do żądania oświadczenia i dokumentów określonych w § 5 pkt 5 rozporządzenia.

Prezes Urzędu zauważył również, iż dokumenty, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie zawierają informacji o wydaniu prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co oznacza, iż na ich podstawie Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić istnienia lub braku istnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Na podstawie ww. dokumentów zamawiający ma jedynie możliwość weryfikacji, czy wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, ewentualnie, czy zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, a także czy wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, ewentualnie, czy zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, ww. dokumenty są jedynie nośnikami informacji m.in. w zakresie terminowego wywiązywania się przez wykonawcę z ciężących na nim zobowiązań podatkowych lub zobowiązań powstałych z tytułu płatności składek na ubezpieczenie społeczne, lecz nie potwierdzają, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, gdyż nie wynika z nich, że wobec wykonawcy wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na

ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Prezes Urzędu zauważył, iż sam fakt istnienia zaległości z tytułu niewywiązywania się z obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne przez wykonawcę, wobec którego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem ww. zaległości publicznoprawnych, nie skutkuje sankcją wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zamawiający chcąc ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom będącym w powyżej opisanej sytuacji tj. występowania zaległości i braku prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej, jest uprawniony do ustanowienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. W związku z tym, w ocenie Prezesa Urzędu, nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego, iż zaświadczenia z m.in. Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS zawierają także informacje, które dotyczą też przesłanki obowiązkowej i mogą być składane na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu podkreślił, iż wiąże się to ze wskazanym w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przymiotem niezbędności, jaki muszą posiadać oświadczenia i dokumenty żądane przez zamawiającego od wykonawcy. Jeżeli podstawowym dokumentem weryfikacyjnym w odniesieniu do podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp jest oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w § 5 pkt 5 rozporządzenia, to oznacza to, że inne dokumenty, nawet, jeżeli częściowo lub pośrednio zawierają także informacje odnoszące się do tej przesłanki wykluczenia, nie stanowią dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Na gruncie ww. regulacji określenie „niezbędny” oznacza, że bez danego dokumentu nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania, czy też konkretnej czynności składającej się na to postępowanie.

Na poparcie swojego stanowiska Prezes Urzędu przywołał także uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2017 r. sygn. akt KIO/KU/17 oraz odniósł się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2016 r. sygn. akt 2278/16, przywołanego przez Zamawiającego, wskazując m.in., iż nie wynika z niego prawidłowość działań Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:**

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie był kwestionowany w zastrzeżeniach.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za własne stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie braku naruszenia przez Prezesa Urzędu prowsólnotowej interpretacji rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz wnioski Prezesa Urzędu płynące z analizy wskazanych przez Zamawiającego przepisów Dyrektywy 2014/24/UE.

Istotą sporu jest to, czy zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenie z ZUS są dokumentami służącymi potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanki fakultatywnej wymienionej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, czy na podstawie przesłanki obligatoryjnej z wymienionej w art. 24 ust.1 pkt 15 ustawy Pzp, a w konsekwencji, czy w sytuacji braku zastosowania przez Zamawiającego przesłanki fakultatywnej wykluczenia wykonawcy z postępowania, żądanie przez Zamawiającego tych dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołany powyżej przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp stanowi, iż *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.*

Przywołany powyżej przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, iż *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.*

Przepisy te wskazują na wprowadzone do systemu krajowego przesłanki obligatoryjnego i fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE.

*Z przywołanego powyżej art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Na podstawie upoważnienia zawartego w ust. 2 art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zostało wydane rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Dz.U. z 2016 poz. 1126, które zawiera, co do zasady, katalog dozwolonych dokumentów, których zamawiający może żądać w postępowaniu, tj. spośród, których zamawiający może wybrać te, które są niezbędne w danym postępowaniu.

Stosownie do przepisu § 5 tego rozporządzenia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł

porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

- 4) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy;
- 5) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;
- 6) oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;
- 7) oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy;
- 8) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy;
- 9) oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 716);
- 10) oświadczenia wykonawcy o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; w przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawca może złożyć wraz z oświadczeniem dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Z przepisu tego wynika, iż zawiera on zamknięty katalog środków dowodowych, o których mowa w art. 60 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, w tym zaświadczenia, oświadczenia.

Treść tego przepisu wskazuje, iż w odniesieniu do niektórych dokumentów występuje jednoznaczne określenie, poprzez wskazanie właściwego przepisu, do której przesłanki wykluczenia ma zastosowanie (pkt 1, 4, 7, 8), przy czym dotyczy to zarówno przesłanek

określonych w ust. 1 (obligatoryjnych) jak i ust. 5 (fakultatywnych), natomiast w odniesieniu do innych, takie wskazanie poprzez odniesienie do konkretnego przepisu nie występuje np. w odniesieniu do dokumentów pozostających w związku z przedmiotową Informacją o wyniku kontroli i zastrzeżeniami wniesionymi przez Zamawiającego, tj. wymienionych w pkt 2, 3 i 5. Nie oznacza to jednak braku przyporządkowania określonego dokumentu do konkretnej przesłanki wykluczenia. Takie przyporządkowanie występuje za sprawą treści tych przepisów.

W ocenie Izby § 5 pkt 5 ww. rozporządzenia zawiera treść jednoznacznie i w pełni powiązaną z przesłanką określoną w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp ( „wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności” -art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp / „oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności” - § 5 pkt 5 rozporządzenia ).

Izba zauważa również, iż § 5 pkt 2 i 3) rozporządzenia zawierają treści ściśle powiązane z treścią art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Powyższa analiza, w ocenie Izby, prowadzi do wniosku, iż potwierdzeniem braku podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, jest oświadczenie tego wykonawcy. W konsekwencji inny dokument żądany na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia na podstawie tej przesłanki nie jest dokumentem niezbędnym w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z przepisów rozporządzenia nie wynika, bowiem, iż dokumenty, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 mogą być również ( obok oświadczenia) wymagane na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp

W ocenie Izby skoro dokumentami służącymi, potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp są zaświadczenia właściwego organu, tj. właściwego naczelnika urzędu skarbowego i właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy

Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego organu, to w przypadku braku zastosowania przez Zamawiającego tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia, dokumenty te nie powinny być żądane przez Zamawiającego. Nie są, bowiem niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Zdaniem Izby, skoro w myśl postanowień wskazanego przez Zamawiającego art. 60 ust. 2 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE, jako wystarczające dowody potwierdzające, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z przypadków wymienionych w art. 57, instytucje zamawiające przyjmują zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego, to nie oznacza, że zamawiający nie może żądać mniej sformalizowanego dokumentu w postaci oświadczenia własnego wykonawcy. Rezultat zastosowania § 5 pkt 5 rozporządzenia nie jest zatem sprzeczny z celem dyrektywy. Tym samym nie ma uzasadnienia sugerowanie przez Zamawiającego jego pominięcia.

Na marginesie Izba podaje, iż treść pisma Zamawiającego z dnia 22 listopada 2017 r. znak: MZK/JRP/2911/2017, które zawiera odpowiedź Zamawiającego na pismo Prezesa Urzędu o nieuwzględnieniu zastrzeżeń wniesionych od wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia, nie wpływa na zmianę ww. opinii. Dotyczy to także załączonej do pisma prezentacji UZP. W ocenie Izby, w informacji, zawartej na wskazanej przez Zamawiającego stronie 9, znalazła się omyłka, polegająca na zamianie podstaw wykluczenia i dotyczących ich dokumentów. Wskazuje na to również przepis art. 24 ust.5 pkt 8 ustawy Pzp, przywołany w odniesieniu do dokumentu w postaci oświadczenia własnego wykonawcy, zamieszczony na kolejnej stronie prezentacji.

Mając powyższe na uwadze Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....