

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 15 grudnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 listopada 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest: **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie sp. z o.o., Al. Niepodległości 30, 42-200 Częstochowa**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej w odniesieniu do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa taboru tramwajowego na potrzeby publicznego transportu zbiorowego w Częstochowie” z dnia 9 listopada 2017 r., znak: KU/96/17/DKZP

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie: Ewa Kisiel
Ernest Klauziński

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Jak wynika z niekwestionowanych przez Zamawiającego ustaleń faktycznych, dokonanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP” lub „Kontrolujący”) w protokole kontroli oraz w Informacji o jej wyniku – Zamawiający w Rozdziale IV pkt 3) lit. b) i c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyższej 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) - zwanego 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 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;

- 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.

Jednocześnie, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w Rozdziale XIII pkt 6 i 7 SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 (przesłanki obligatoryjne) oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy z dnia z dnia 29

Sygn. akt KIO/KU 66/17

stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”) - (przesłanki fakultatywne). Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust 1 pkt 14 ustawy Pzp, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp.

Zamawiający nie przewidział natomiast fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania 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.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Prezes UZP wskazał, że 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:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Kontrolujący stwierdził, 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. W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ.

Według Prezesa UZP, 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

Sygn. akt KIO/KU 66/17

podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg ich przedłożenia stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie zostały ocenione jako niemające wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 16 listopada 2017 r., na podstawie art. 171a ustawy Pzp, złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej.

Według Zamawiającego, brak jest podstaw do wnioskowania, że przepis § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia przewiduje możliwość żądania dokumentów określonych w jego treści jedynie w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania określonych w art. 24 ust.5 pkt 8 Pzp, jeżeli wynikające z tego przepisu fakultatywne podstawy wykluczenia zostały przewidziane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania przetargowego. Przepis ten nie zawiera bowiem żadnego odniesienia do konkretnych przyczyn wykluczenia ani też konkretnego przepisu ustawy.

Zdaniem Zamawiającego nie można wnioskować, iż istnieją bezpośrednio i wyłączne powiązania pomiędzy przesłanką, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp oraz wskazanymi powyżej regulacjami rozporządzenia. Gdyby tak było to ustawodawca winien takie powiązania zaznaczyć, tym bardziej, iż w niektórych przypadkach zostały one wyszczególnione.

W opinii Zamawiającego przepisy § 5 rozporządzenia sformułowania w sposób uniwersalny i pozwalający na odniesienie do każdej z przesłanek wykluczenia, w związku z czym ma ona prawo do żądania wszelkich dokumentów opisanych w rozporządzeniu, jeśli dokumenty te są pomocne w prowadzeniu postępowania, niezależnie od tego, do której z przesłanek wykluczenia Zamawiający dane dokumenty zamierza dopasować.

Zamawiający wskazał, iż wymienione przez Kontrolującego przepisy prawa nie mogą zostać naruszone, skoro nie wskazują wprost na istnienie powiązań pomiędzy daną przesłanką wykluczenia a dokumentami, których żądać może Zamawiający. Przyjmując argumentację Prezesa UZP o konieczności ograniczenia wymogów Zamawiającego w zakresie ilości i rodzaju dokumentów jakich może żądać stwierdził, iż gdyby dla konkretnych przesłanek przewidziane były konkretne dokumenty, to racjonalny ustawodawca musiałby to zawrzeć w przepisach. Skoro wskazań takich nie ma, a § 5 rozporządzenia odnosi się co do zasady do „przesłanek wykluczenia”, stwierdzić należy, że brak jest przepisu, który Zamawiający mógłby naruszyć żądając dokumentów przewidzianych w rozporządzeniu. Jeśli bowiem przesłanki wykluczenia

Sygn. akt KIO/KU 66/17

w postępowaniu zostały przewidziane, żądane dokumenty zostały wskazane w rozporządzeniu, a żądanie Zamawiającego oparte jest na rozsądnej argumentacji i nie jest nadmierne - nie można wnioskować o naruszeniu jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał ponadto, iż wyroki wskazane w informacji o wyniku kontroli zapadły po wszczęciu postępowania, w związku z czym nie miał on możliwości uwzględnienia powyższego stanowiska w przedmiotowym postępowaniu.

Jednakże, wbrew stanowisku zawartym w Informacji o wynikach kontroli, możliwość żądania zaświadczeń z ZUS i US nie jest wyłącznie ściśle powiązana z przesłanką fakultatywną, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, lecz może posłużyć także do oceny spełnienia przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.

Powyższe zaświadczenia zawierać bowiem powinny informację o wszelkich zaległościach, a zatem również takich które zostały stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub ostateczną decyzją administracyjną. W konsekwencji Zamawiający dysponując oświadczeniami wykonawcy zawartymi w formularzu JEDZ oraz dodatkowymi zaświadczeniami z US i ZUS jest w stanie zweryfikować, czy w stosunku do wykonawcy nie zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.

Zamawiający zauważył ponadto, iż w przypadku przesłanki o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp nadrzędnym celem składania przez wykonawców odpowiednich dokumentów, potwierdzających brak podstaw wykluczenia nie jest wyłącznie stwierdzenie, że wobec nich nie wydano prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji, lecz, iż wykonawcy ci nie zalegają z odpowiednimi świadczeniami publicznymi, wskazanymi w wyżej przytoczonym przepisie. Nie jest bowiem istotne, czy i jaki wyrok lub decyzja zapadła, lecz czy dany podmiot podejmuje uczciwe działania w przestrzeni publicznej. Najistotniejsze jest bowiem uzyskanie pewnej i weryfikowalnej informacji i niezaleganiu przez wykonawcę ze składkami, którą to informację uzyskać można dzięki zaświadczeniu wskazanym w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia.

Ponadto, żądanie powyższych dokumentów podyktowane jest przede wszystkim interesem publicznym, a sprawdzenie czy wykonawca realizuje obowiązki skarbowe i rentowe ma na celu wybór wykonawcy, który w sposób wiarygodny za pomocą dokumentu urzędowego uzyskiwanego przez wykonawców bez żadnych przeszkód, potwierdzi należyte spełnienie wszystkich obowiązków, w tym także obowiązków stanowiących przesłanki wykluczenia z postępowania.

Sygn. akt KIO/KU 66/17

Zamawiający podkreślił, że przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz ust. 5 pkt 8 Pzp stanowiły przed nowelizacją z 28.07.2016r. jedną przesłankę – obligatoryjną, co wskazuje na wagę przywiązywaną przez ustawodawcę do tej kwestii. W ocenie Zamawiającego, skoro w poprzednim stanie prawnym zaświadczenia z ZUS i US służyć miały do potwierdzenia okoliczności obecnie ujętych w obu omawianych przesłankach, a treść § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie wyłącza takiego powiązania, to brak jest podstaw do wnioskowania, iż obecnie zaświadczenia żądane mogą być wyłącznie w zakresie potwierdzenia przesłanki fakultatywnej, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.

Pismem z dnia 30 listopada 2017 r. Prezes Urzędu poinformował zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 9 listopada 2017 r. odnośnie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa UZP, że zachodziły podstawy do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - wskutek żądania od wykonawcy dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. nie były dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie określonych przesłanek fakultatywnych wykluczenia. Jak wskazano w uzasadnieniu naruszenia, 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.

W stwierdzonym w Informacji o wyniku kontroli naruszeniu wskazano na żądanie konkretnych dokumentów, 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

Sygn. akt KIO/KU 66/17

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;

- 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.

Wskazane powyżej dokumenty nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania z uwagi na brak przewidzenia przez zamawiającego fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania 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.

Treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie potwierdza, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Powyższe oznacza, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp

Sygn. akt KIO/KU 66/17

zamawiający ma obowiązek żądać oświadczeń i dokumentów, które potwierdzają okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m.in. brak podstaw wykluczenia. Żądane dokumenty i oświadczenia muszą być zatem niezbędne do przeprowadzenia postępowania i uprzednio wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy zostały określone w powołanym powyżej rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Przepis § 5 rozporządzenia zawiera enumeratywny katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zarówno obligatoryjnych określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba nie podzieliła poglądów Zamawiającego, iż przytoczony powyżej przepis § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia dotyczy zarówno przesłanki obowiązkowej z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp oraz przesłanki tzw. fakultatywnej z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, 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. Jako jedyny dokument przewidziany w rozporządzeniu, pozwalający zamawiającemu na dokonanie weryfikacji wykonawcy pod kątem ww. przesłanki wykluczenia (i tylko tej przesłanki) został wskazany w § 5 pkt 5 rozporządzenia, którego treść wyraźnie koresponduje z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, tj.: *„oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumenty potwierdzające dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności”*.

Z uwagi na powyższy związek pomiędzy przesłanką z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i opisem treści oświadczenia wskazanego w § 5 pkt 5 rozporządzenia,

Sygn. akt KIO/KU 66/17

Izba za niezasadne uznała twierdzenia Zamawiającego, iż „Omawiane przepisy § 5 Rozporządzenia sformułowano w sposób uniwersalny i pozwalający na odniesienie do każdej z przesłanek wykluczenia”. Niewątpliwie, przepis § 5 rozporządzenia, w stosunku do tych z dokumentów, w których opisie ustawodawca nie zamieścił wskazania konkretnej przesłanki wykluczenia, nie uprawnia Zamawiającego do żądania tego rodzaju dokumentów w celu potwierdzenia braku innych przesłanek wykluczenia niż Zamawiający jest w stanie stwierdzić w oparciu o informacje zawarte w treści tych dokumentów. Oświadczenie, o którym mowa w § 5 pkt 5 rozporządzenia odnosi się do wskazanej wyżej obligatoryjnej przesłanki wykluczenia. Natomiast zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, wskazane w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, odnoszą się do innych okoliczności, niż określone w opisie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Bez wątpienia dokumenty wymienione w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie wymagają zawarcia 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 w oparciu o 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,

- 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 ww. dokumenty są jedynie nośnikami informacji m. in. w zakresie terminowego wywiązywania się przez wykonawcę z ciążących 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, lub nie - prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. W konsekwencji nie można przyjąć za zasadne twierdzenia zamawiającego, iż „*możliwość żądania zaświadczeń z ZUS i US nie jest wyłącznie ściśle powiązana z przesłanką fakultatywną, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP, lecz może posłużyć także do oceny spełniania przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 15 tej ustawy*”.

Stwierdzić należy, że zamawiający niezasadnie pomija odrębność obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp od fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 tej ustawy. Opisana w treści przesłanki fakultatywnej okoliczność 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 podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne - nie skutkuje sankcją wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, gdyż w samej treści przesłanki fakultatywnej określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp zawarte jest wprost wyłączenie spod jej dyspozycji okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zamawiający chcąc ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom posiadającym zaległości niepotwierdzone wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, jest uprawniony do ustanowienia w SIWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Dopiero bowiem w przypadku zastosowania ww. przesłanki fakultatywnej zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców środków dowodowych, którymi na gruncie obecnie obowiązującego prawa są dokumenty, określone w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia. W kontrolowanym postępowaniu sytuacja taka nie miała miejsca.

Zdaniem Izby podkreślenia wymaga wskazany w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przymiot niezbędności, jaki muszą posiadać oświadczenia i dokumenty żądane przez zamawiającego od wykonawcy. Jeżeli zatem podstawowym dokumentem weryfikacyjnym w odniesieniu do podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP jest oświadczenie wykonawcy (§ 5 pkt 5

Sygn. akt KIO/KU 66/17

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. W analizowanym przypadku czynnością tą jest dokonanie przez zamawiającego weryfikacji wykonawców pod kątem nie podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Jak już była o tym mowa powyżej, w treści rozporządzenia (§ 5 pkt 5) ustawodawca przesądził, iż dokumentem wystarczającym, a jednocześnie niezbędnym do dokonania weryfikacji wykonawców, w odniesieniu do tej przesłanki wykluczenia z postępowania, jest oświadczenie wykonawcy. Powyższe, w odniesieniu do ww. podstawy wykluczenia, nakazuje odmówić przymiotu niezbędności innym dokumentom określonym w § 5 rozporządzenia. Skoro bowiem ocena wykonawców w tym zakresie jest możliwa w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w § 5 pkt 5 rozporządzenia, to inne dokumenty nie mogą być uznane za niezbędne do dokonania tej oceny, a w konsekwencji nie stanowią dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

W związku z powyższym, Izba za błędne uznała stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym zaświadczenia m.in. naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS zawierają również informacje, które dotyczą także przesłanki obligatoryjnej i mogą być składane na potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Ponadto, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, iż „w przypadku przesłanki o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP nadrzędnym celem składania przez wykonawców odpowiednich dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia nie jest wyłącznie stwierdzenie, że wobec nich nie wydano prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji, lecz iż wykonawcy ci nie zalegają z odpowiednimi świadczeniami publicznymi, wskazanymi w wyżej przytoczonym przepisie”. Niewątpliwie, powyższy wniosek stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisów art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp i pomija opisaną wyżej odrębność powyższych przesłanek wykluczenia.

Odnosząc się następnie do twierdzenia Zamawiającego, iż powołane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej uchwały KIO zostały wydane po wszczęciu

Sygn. akt KIO/KU 66/17

postępowania, a Zamawiający ze względu na odmienną interpretację omawianych przepisów lub jej brak, jak również z uwagi na brak przepisu bezpośrednio odpowiadającego wnioskowaniu KIO w tych uchwałach, nie miał możliwości uwzględnienia w prowadzonym postępowaniu stanowiska KIO w nich zawartego, również nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać bowiem należy, że po pierwsze, uchwała KIO (sygn. akt KIO/KU 11/17) została wydana w dniu 20 kwietnia 2017 r. natomiast przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 11 maja 2017 r., a więc po dniu jej wydania. Po drugie, Izba zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UZP, iż § 5 pkt 5 rozporządzenia zawiera treść jednoznacznie i w pełni powiązaną z przesłanką określoną w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, na co wskazuje chociażby porównanie ze sobą literalnej treści ww. przepisów. Podobnie § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia zawiera treści, wskazujące na powiązanie z przesłanką wykluczenia, zawartą w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który naruszył określone w nim obowiązki, co zamawiający ma wykazać przy pomocy stosownych środków dowodowych. Z uwagi na zawarte w ww. przepisie wyłączenie dotyczące przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15 tego artykułu, korespondującego swoją treścią z § 5 pkt 5 rozporządzenia uznać należy, iż do omawianych środków dowodowych nie należy oświadczenie wykonawcy z § 5 pkt 5 rozporządzenia. Tym samym, za ww. stosowne środki dowodowe uznać należy jedynie dokumenty wskazane w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia. Na marginesie warto wskazać, że zamawiający w powyższej wypowiedzi nie kwestionuje prawidłowości interpretacji przepisów, zawartych w przywołanych w Informacji o wyniku kontroli uchwałach KIO, a jedynie wskazuje na brak możliwości ich uwzględnienia na etapie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Izba zauważa również, iż Zamawiający uzasadnia dodatkowo postawione wymagania w kwestii dokumentów powołując się na ochronę interesu publicznego. Jednakże odniesienie się do ogólnej zasady nie może stanowić uzasadnienia żądania przez Zamawiającego dokumentów, które nie są niezbędne we wskazanym powyżej znaczeniu. Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów przewidują katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zarówno obligatoryjnych, jak również fakultatywnych. Jak opisano wyżej, w kwestii będącej przedmiotem stwierdzonego naruszenia, rozporządzenie wskazuje bezpośrednio dokumenty

niezbędne i jednocześnie wystarczające do wykazania przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp oraz odrębne dokumenty odpowiadające przesłance fakultatywnej z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Przepisy rozporządzenia w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp określają w sposób jednoznaczny zakres wymagań w kwestii dokumentów dopuszczalnych w świetle przesłanek wykluczenia wyznaczonych w kontrolowanym postępowaniu. Jak stwierdzono wyżej, zamawiający postawił wymagania wykraczające poza ten zakres, żądając dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

W końcowej części zastrzeżeń Zamawiający zwraca uwagę na rolę nowelizacji ustawy Pzp wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) w zakresie opisu przesłanek wykluczenia. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż „rozdzielenie przesłanek w ustawie nie miało na celu złagodzenia wymogów dotyczących uczciwości wykonawcy”. Jednakże, miało ono na celu umożliwienie zamawiającym ograniczenia wymagań (jedynie do żądania oświadczeń) względem wykonawców w kwestii badania spełnienia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, do przesłanki obligatoryjnej określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, jeżeli uznają to za wystarczające. Niemniej, zamawiający w obecnym stanie prawnym również dysponują możliwością weryfikacji dochowania przez wykonawców obowiązków, dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne niepotwierdzonych wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Przy czym wymaga się w tym celu przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp oraz żądania odpowiadających tej przesłance dokumentów, tj. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS.

Wobec powyższego Izba uznała, że żądanie przez zamawiającego od wykonawcy dokumentów określonych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, przy jednoczesnym braku przewidzenia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, należy uznać za pozbawione podstawy prawnej. W ślad za Informacją o wyniku kontroli należy stwierdzić, że postawiony przez zamawiającego wymóg złożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, na potwierdzenie okoliczności

Sygn. akt KIO/KU 66/17

określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 ustawy Pzp oraz 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż zamawiający żądał złożenia dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Reasumując, Izba uznała, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszeń art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - nie zasługują na uwzględnienie.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....