

Sygn. akt KIO/KU 65/17

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 29 listopada 2017 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 30.10.2017 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o. ul. Rybaki 31/35, 87-100 Toruń**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 20 listopada 2017 roku znak pisma UZP/DKZP/WKZ4/420/82(14)/17/Mł,

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego:

pn. **Kontrakt Z-4/W — „Bezwykopowa modernizacja sieci kanalizacyjnej na terenie miasta Torunia"**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Magdalena Grabarczyk
	Ewa Kisiel

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

W dniu 28.03.2017 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kontrakt pn. „Kontrakt Z-4/W — „Bez wykopowa modernizacja sieci kanalizacyjnej na terenie miasta Torunia”.

Wartość zamówienia została ustalona na kwotę (wg. Protokołu kontroli) 10 175 990,00 zł (3 326 146,36 euro) - (po wyjaśnieniach: 2 437 421,25 euro) w tym wartość zamówień o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp - 925 090,00 zł (221 583,75 euro); Łączna wartość projektu 98 397 540,01 zł (23 568 837,58 euro).

Po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art 169 ust 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wymaganie przedstawienia dokumentów, które nie są dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt 12 - 23 ustawy Pzp oraz 24 ust. 5 pkt 1 i 4 ustawy Pzp;

2) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust 2 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” oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie przedstawienia dokumentu wykraczającego poza katalog dokumentów wskazanych w § 9 ust. 2 rozporządzenia;

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: konsorcjum firm: XXX; XXX; XXX; XXX; konsorcjum firm: XXX, do uzupełnienia JEDZ w zakresie informacji dotyczących spełniania warunków Udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania personelem.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia art. 25 ust.1 i 26 ust.1 Pzp Kontrolujący podał, że zgodnie z pkt VI.6 (6.2 i 6.3) SIWZ, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania Zamawiający żądał złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, tj. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków(...) oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,...). W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w pkt III.1.4 Zamawiający wskazał, że o *udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: Nie podlegają wykluczeniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy*

*Pzp może nastąpić w warunkach określonych w pkt Va SIWZ". W punkcie Va SIWZ Zamawiający sprecyzował podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, wskazując iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 4 ustawy Pzp. Z powyższego zdaniem Kontroli wynika, że Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania wskazane w art. 24 ust. 5 pkt, 1 i 4 ustawy Pzp, natomiast nie przewidział 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.* Pismem z dnia 21.06.2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia m.in. ww. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia.*

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia ogłoszenia Kontrolujący stwierdził nieprawidłowość w działaniu Zamawiającego. Podał, 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. Tym samym uznano, że żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ.

Zgodnie z art 26 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż wymagane przez Zamawiającego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie są dokumentami potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12-23 ustawy Pzp oraz 24 ust. 5 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, postawiony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie złożenia ich przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu (2) co do nieprawidłowości popełnionych przez Zamawiającego w trakcie postępowania, a dotyczących naruszenia art. 25 ust.1 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. w protokole kontroli wskazano na kwestię, iż zgodnie z treścią pkt VI.6.10 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia dokumentów, o których mowa w ust. 6 ppkt 6.1-ppkt 6.7 odnoszących się do podmiotów, na zdolnościach których wykonawca polega, tzw. podmiotów trzecich. Powyższe oznaczało, że Zamawiający żądał od podmiotów trzecich, przedstawienia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 - 6 rozporządzenia, ale również zgodnie z ppkt 6.7 SIWZ, informacji banku, lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Tym samym Zamawiający zdublował żądanie przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej zarówno od wykonawców jak i od podmiotów trzecich. Powyższe znalazło potwierdzenie w skierowanym do konsorcjum firm: XXX zwanego dalej „konsorcjum XXX”, w piśmie z dnia 21.06.2017 r. przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwaniu do złożenia oświadczeń i dokumentów. W powyższym wezwaniu Zamawiający żądał m.in. złożenia przez wykonawcę, który we własnym zakresie wstępnie wykazał wJEDZ spełnianie warunku zdolności finansowej, złożenia dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt rozporządzenia. Jednocześnie żądał też, złożenia tego dokumentu przez podmioty trzecie.

W udzielonych w tym zakresie wyjaśnieniach Zamawiający podał, że w postępowaniu żaden z wykonawców nie powoływał się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem finansowym. Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie żądał (jak wskazano w treści pisma UZP) od wykonawcy złożenia w tym zakresie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich.

W uzasadnieniu zarzutu z § 9 ust. 2 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), wskazano, że

Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia. Katalog dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 ww. rozporządzenia jest katalogiem zamkniętym, w którym nie mieści się informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej. Znajduje się ona w § 2 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia i jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej. Żądanie przedstawienia dokumentu wykraczającego poza katalog dokumentów, o którym mowa powyżej tj. ww. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w sytuacji gdy wykonawca sam wykazuje spełnianie warunku zdolności finansowej i został wezwany do złożenia dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia, stanowi żądanie od podmiotu trzeciego dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania i narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia. Jednocześnie żądanie złożenia ww. dokumentu na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie tylko przez wykonawcę ale również przez podmioty trzecie, na których zdolnościach lub sytuacji na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp wykonawca polega, stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

W wskazanym zarzucie trzecim ustaleń Kontroli podkreślone zostało, że Zamawiający nie przewidział zastosowania w przypadku przedmiotowego postępowania procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (tzw. „procedury odwróconej”). Tym samym Zamawiający był zobowiązany - przy braku zastosowania procedury odwróconej - zbadać wszystkie złożone w postępowaniu oferty wraz z załącznikami - w tym również Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia (JEDZ).

Ponieważ informacje zawarte w JEDZ-ach ww. wykonawców były niewystarczające by ocenić wstępne spełnianie ww. warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był do wezwania ww. wykonawców do odpowiedniego uzupełnienia JEDZ-ów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp - w przypadku nie korzystania z procedury odwróconej - powinno zawierać wszystkie informacje w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, w tym wykazanie spełniania opisanych warunków udziału w postępowaniu.

Podano, że w przypadku wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. konsorcjum firm: XXX, Zamawiający w pierwszej kolejności powinien był wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ, w zakresie brakujących informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz dysponowania personelem i dopiero po otrzymaniu uzupełnionego JEDZ-a, z którego wynikałoby wstępne spełnianie powyższych warunków udziału w

postępowaniu, Zamawiający powinien był wezwać ww. konsorcjum na podstawie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, które spełnianie tych warunków by potwierdziły.

W nawiązaniu do przesłanego Zamawiającemu Wyniku kontroli, Zamawiający pismem z dnia 30 października 2017 roku zgłosił zastrzeżenia do ustaleń Kontroli.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego niezasadnego żądania od wykonawców dokumentów, które nie dotyczyły potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu podał, że stanowisko Prezesa UZP nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Wyraża ono jedynie jedną z możliwych opcji dopasowania skatalogowanych w § 5 rozporządzenia dokumentów (dowodów) na potwierdzenie braku przesłanki wykluczenia.

Odwołując się do postanowień rozporządzenia wskazał, iż jego zdaniem rozporządzenie nie określa na jakie okoliczności Zamawiający może żądać poszczególnych dokumentów pozostawiając to uznaniu Zamawiającemu. Ważne jest, że Zamawiający musi korzystać z katalogu zamkniętego określonego w § 5, 6 lub 7 rozporządzenia. Nie można zatem postawić zarzutu działania niezgodnego z prawem w sytuacji, w której Zamawiający nie naruszył żadnego przepisu prawa, w szczególności nie wykroczył poza katalog dokumentów, których może żądać od podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z ww. rozporządzeniem.

W odniesieniu do zarzutu drugiego podniósł, że zawarcie w pkt VI ust. 6 ppkt 6.1. - ppkt 6.7 SIWZ możliwości żądania dokumentów od podmiotów udostępniających zasoby jest zgodne z przepisami prawa. Zdaniem Zamawiającego podstawa prawna takiego żądania zawarta jest w art. 22a ust. 3 ustawy Pzp i § 9 ust. 1 rozporządzenia. Na podstawie art. 22a ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek ocenić, czy udostępniona przez inne podmioty na rzecz wykonawcy sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwala na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei § 9 ust.1 rozporządzenia pozwala na doprecyzowanie dokumentów z katalogu jedynie „w szczególności” przywołanego w tym przepisie. Następnie Zamawiający stwierdził, że za przedstawianiem przez podmioty trzecie dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia przemawia fakt, że jest to jedyny możliwy dla Zamawiającego sposób sprawdzenia prawdziwości twierdzeń wykonawcy o spełnianiu warunku finansowego.

Ponadto Zamawiający podkreślił, że nigdzie w treści SIWZ nie żądał przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej jednocześnie zarówno od wykonawców, jak i od podmiotów trzecich. Specyfikację należy bowiem czytać w ten sposób, że dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej lub ekonomicznej przedstawiane są tylko przez jeden podmiot, w zależności od tego, który podmiot wykazuje spełnianie danego warunku. Nie miało miejsca w sprawie - jak

niezasadnie wywodzi to kontrolujący - dublowanie żądania złożenia dokumentów od obu podmiotów.

Następnie Zamawiający stwierdził, że pkt 10 wezwania dotyczył tylko takiej sytuacji, gdy wykonawca powoływał się na korzystanie z zasobów podmiotów trzecich celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie może być zatem mowy o tym, że żądanie Zamawiającego było nadmiarowe lub zdublowane oraz, że dotyczyło przedstawienia dokumentów, których wykonawca posiadać nie mógł z uwagi na samodzielne spełnianie warunku zdolności finansowej. Przeciwnie twierdzenie przeczyłoby zasadom logiki, bowiem nie można żądać od wykonawcy dokumentów, na potwierdzenie faktów, do których ten się w ogóle w postępowaniu nie odnosi. Oczywiście, zdaniem Zamawiającego było, że brak podmiotu udostępniającego oznaczał brak konieczności złożenia dokumentów dla tego podmiotu. Konsorcjum XXX nie miało problemów interpretacyjnych z treścią wezwania, nie złożyło dokumentów opisanych w pkt 10 wezwania, co nie pociągnęło za sobą żadnych negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy.

Podnosząc zastrzeżenia do pkt 3 ustaleń kontroli wskazał na kwestię, że w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie określił, w jakiej sytuacji Zamawiający może żądać uzupełnienia złożonych przez wykonawcę dokumentów. Zdaniem Zamawiającego wykonawcę można wezwać do uzupełnienia dokumentów wówczas, gdy wykonawca „nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Natomiast art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający „może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Zamawiający wskazał, że warunki przedstawione przez wykonawców w ofertach i JEDZ nie budziły jego istotnych wątpliwości, wobec czego nie był on zobowiązany do wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Co więcej, wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu wykazał, zdaniem Zamawiającego, że wzywanie wykonawców do uzupełnienia oświadczeń nie było niezbędne dla prawidłowej oceny ofert, tym bardziej, że jedynym kryterium oceny ofert była cena.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia Prezes UZP pismem z dnia 14.11.2017 roku poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje dotychczasowe stanowisko w sprawie, przekazane Zamawiającemu w wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 października 2017 roku.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia i nie uwzględniając ich, miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.**

Po przeprowadzeniu szczegółowej analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska

Zamawiającego podniesionego w złożonych zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Prezesa UZP uznając podniesione w zastrzeżeniach stwierdzenia za niezasadne.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie był kwestionowany w zastrzeżeniach, tym samym jego ponowne przedstawianie należało uznać za niezasadne.

Izba, podziela stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie wskazanym w piśmie podtrzymującym stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli i w tym zakresie w znacznej mierze stanowisko Prezesa UZP uznaje jak argumentację własną.

Odnosząc się do zastrzeżeń do pkt 1 ustaleń kontroli wskazującej na naruszenie art. 25 ust.1 oraz 26 ust.1 ustawy Pzp poprzez wymaganie przedstawienia dokumentów, które nie są dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i pkt 4 Pzp; wskazać należy, iż rację w tym zakresie należy przyznać Prezesowi UZP. Podkreślić należy, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość przekracza tzw. progi unijne wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższego należy wywodzić, że przy powyższej wartości zamówienia Zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów i oświadczeń, które winny potwierdzać okoliczności podane w art. 25 ust.1 Pzp. Natomiast rodzaj tych dokumentów, jakich może żądać Zamawiający określa § 5 ww. Rozporządzenia. Są to dokumenty składane w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zarówno w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Należy przyznać rację Prezesowi UZP, który zasadnie w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego podał, że przytoczony przepis § 5 rozporządzenia wskazuje na zamknięty katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez Zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych jak i fakultatywnych. Przytoczony fragment przepisu § 5 rozporządzenia „zamawiający może żądać następujących dokumentów” należy rozumieć jako sformułowanie zakazu żądania przez Zamawiającego od wykonawców dokumentów innych niż wyszczególnione w tym przepisie w celu potwierdzenia przez wykonawców braku konkretnych wskazanych w nim przesłanek wykluczenia.

Tym samym nie można z powyższego wywodzić stanowiska, że to Zamawiający dowolnie decyduje, które dokumenty z rozporządzenia będą potwierdzały brak podstaw do wykluczenia wykonawców. Przepis § 5 rozporządzenia, w stosunku do 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. Żądanie przez Zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że 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. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, 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. 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 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”*. Tym samym inne niż wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp naruszenie obowiązku dotyczącego płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne może być przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania o ile Zamawiający wyraźnie ją wyartykułuje w dokumentacji postępowania jako przesłankę fakultatywną, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, czego w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający zaniechał.

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, jest pozbawione podstawy prawnej i w świetle art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi ono żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Tym samym stwierdzić należy, że postawiony przez Zamawiającego wymóg złożenia dokumentów, o

których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, na potwierdzenie okoliczności określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 12 — 23 ustawy Pzp oraz 24 ust. 5 pkt 1 i 4 ustawy Pzp, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż Zamawiający wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Odnosząc się do ustaleń kontroli podanych w pkt drugim, a dotyczących naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że naruszenie to nie dotyczy czynności jakie Zamawiający może podjąć w stosunku do wykonawcy na podstawie art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 rozporządzenia. Tym samym przywołanie w zastrzeżeniach ww. przepisów, tj. art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 rozporządzenia, nie ma znaczenia, w kontekście opisanego naruszenia, bowiem przepisy te dotyczą innego zakresu czynności dokonywanych w postępowaniu.

Na podstawie art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku posiłkowania się przez wykonawcę potencjałem podmiotów trzecich w zakresie zdolności finansowej, to Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo — kredytowej, wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, dotyczącego tych podmiotów. Jednakże dotyczy to tylko i wyłącznie sytuacji, gdy podmiot trzeci udostępnia wykonawcy taki potencjał. Zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia, Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia. Podkreślić należy także, iż katalog dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 ww. rozporządzenia jest katalogiem zamkniętym, w którym nie mieści się informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo — kredytowej. Żądanie przedstawienia, w odniesieniu do podmiotu trzeciego dokumentu wykraczającego poza katalog dokumentów, o którym mowa powyżej, stanowi żądanie od podmiotu trzeciego dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania i narusza art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia.

Z analizy stanu faktycznego tego postępowania wywieść należy, iż żądanie złożenia ww. dokumentu na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie tylko przez wykonawcę, który samodzielnie spełnia warunek zdolności finansowej, ale również przez podmioty trzecie, na których zdolnościach lub sytuacji na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp wykonawca polega, stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, zdublowanie żądania przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo — kredytowej zarówno od wykonawców jak i od podmiotów trzecich,

o którym mowa w Informacji o wyniku kontroli, wynika nie tylko wprost ze skierowanego do konsorcjum firm: XXX pisma z dnia 21.06.2017 r. dotyczącego wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika ono przede wszystkim z treści pkt VI.6.10 SIWZ, w którym Zamawiający żądał ww. dokumentów, zarówno od wykonawców jak i podmiotów trzecich poprzez odesłanie do dokumentów, o których mowa w ust. 6 ppkt 6.1 — ppkt 6.7.

Dlatego też stwierdzić należy, że żądanie dokumentów wykraczających poza katalog dokumentów określonych w § 3 ust. 4 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), którego odpowiednik obecnie stanowi § 9 ust.2 rozporządzenia o dokumentach, jest niedopuszczalne

W zakresie pkt. trzeciego zarzutu kontroli wskazać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział zastosowania procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (tzw. „procedury odwróconej”). Tym samym zmuszony był do badania wszystkich złożonych ofert wraz z załącznikami — w tym również badaniem JEDZów.

Składane przez wykonawców oświadczenie w formie JEDZ stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. W związku z powyższym w sytuacji, gdy JEDZ zawiera braki nie pozwalające na wstępne ustalenie, np. spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ, Zamawiający nie ma podstaw do uznania, że tak sporządzony JEDZ jest prawidłowy i do zastosowania automatycznego przejścia do dokonywania dalszej oceny oferty uznanej za najwyższej ocenioną. Zamawiający w niniejszym postępowaniu w pkt VI. 1. SIWZ wyraźnie żądał dołączenia do oferty aktualnego na dzień składania ofert oświadczenia w formie JEDZ.

Informacje zawarte w JEDZ wraz z ofertą stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Twierdzenie Zamawiającego jakoby *„wzywaniu do uzupełnienia JEDZ przez wszystkich wykonawców zostałyby dokonane wyłącznie „dla zasady” bowiem nie miało żadnego znaczenia w postępowaniu, a z pewnością nie było niezbędne do przeprowadzenia postępowania w zakresie wyłonienia oferty najkorzystniejszej”*, przeczy istocie i sensowi wprowadzenia wymagań związanych ze składaniem JEDZ, a jego funkcja w takiej konstrukcji ograniczałaby się do obowiązku wymagania złożenia oświadczenia jedynie na poziomie bardzo ogólnym co przeczy treści art. 25a ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdzając braki w JEDZ w stosunku do wymagań zawartych w SIWZ ma obowiązek wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie dokonał wezwania wykonawców do uzupełnienia wymaganych

dokumentów mimo, że informacje zawarte w JEDZ-ach były niewystarczające dla ustalenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

W tym zakresie wskazać należy, że w takiej sytuacji należy w pierwszej kolejności zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ-ów przez wszystkich wykonawców, a następnie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwać jedynie wykonawcę najlepiej ocenionego w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kolejność trybów wzywania wykonawców do przedstawiania żądanych dokumentów ma znaczenie jedynie w przypadkach, gdy cena nie jest jedynym kryterium oceny ofert zastrzeżonym przez Zamawiającego. Jednocześnie należy zaznaczyć, że rodzaj ustalonych kryteriów oceny ofert niema żadnego znaczenia dla oceny oświadczeń złożonych w JEDZ-ach i zastosowania procedury art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ich uzupełnienia.

Z uwagi na powyższe, przy braku zastosowania procedury odwróconej, Zamawiający zobowiązany był w pierwszej kolejności zbadać wszystkie złożone w postępowaniu oferty wraz z załącznikami - w tym także JEDZ-e i w przypadku wątpliwości i braku wymaganych informacji w JEDZ-ach, wezwać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawców w celu ich uzupełnienia i następnie dokonania wstępnej oceny ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie podlegania wykluczeniu.

Dopiero w drugiej kolejności, z uwagi na przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców, Zamawiający ma prawo zastosować art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Jednocześnie Izba po analizie całości zdarzeń jakie miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu uznała, że zarzucane Zamawiającemu nieprawidłowości miały jedynie charakter naruszeń formalnych, tj takich, które w ostateczności nie miały wpływu na prawidłowy wynik przedmiotowego postępowania.

Zauważyć należy, że Zamawiający niewątpliwie dążąc do prawidłowego przebiegu postępowania celem wyłonienia wykonawcy zamówienia, dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia niejako nadmiarowo zastrzegł sobie możliwość żądania od wykonawców dokumentów czy oświadczeń, które pozostawały w zakresie dokumentów wskazanych w art. 25 ust.1 Pzp bez związku z postępowaniem. Również niewykonanie wezwania ww. wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów nie miało wpływu na prawidłowy wybór wykonawcy zamówienia, gdyż spełniał on warunki udziału w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....