

Sygn. akt: KIO/KU 44/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 27 czerwca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 29 maja 2019 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o., dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 maja 2019 roku nr UZP/DKZP/WKZ4/420/74(7)/19/ŁP dot. KU/50/19/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Zakup taboru autobusowego (130 niskopodłogowych autobusów niskoemisyjnych) wraz z infrastrukturą towarzyszącą

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. zgłoszone 29 maja 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 maja 2019 roku nr UZP/DKZP/WKZ4/420/74(7)/19/ŁP dot. KU/50/19/DKZP

zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający — Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zakup taboru autobusowego (130 niskopodłogowych autobusów niskoemisyjnych) wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią tego postępowania, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp” lub „ustawa”.

Zgodnie z postanowieniem sekcji 111.1.4) ogłoszenia o zamówieniu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentów, o których mowa w §5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odpowiednio w stosunku do wykonawców zagranicznych — dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ww. rozporządzenia.

Jednocześnie zamawiający w rozdziale 5 pkt 2 SIWZ wskazał, że „Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawcę, w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem art. 133 ust. 4 ustawy oraz art. 24 ust. 5 pkt 1,2 i 4 ustawy”. Natomiast jak wynika z treści rozdziału 6 pkt 111.5 zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia dokumentów zawierających „Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”.

Zamawiający — Miejskie Przedsiębiorstwo Autobusowe Sp. z o.o. jako podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia jest zobowiązany stosować przepisy Rozdziału 5 (Zamówienia Sektorowe) Działu III (Przepisy szczególne) ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób, by jego treść odpowiadała treści SIWZ w zakresie przesłanek wykluczenia z przedmiotowego postępowania. Zmieniona treść ogłoszenia nie tylko jest rozbieżna z treścią SIWZ, ale także jest niezgodna z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto stwierdził, że zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu wraz z modyfikacjami, ani w treści SIWZ, określając listę oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia

postępowania, których będzie wymagał od wykonawców na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie ograniczył zakresu informacji, które ma zawierać dokument o którym mowa w §5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do informacji niezbędnych na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. W konsekwencji kontrolujący wskazał, że zamawiający wymagając od wykonawców dokumentów w szerszym zakresie niż jest to niezbędne do przeprowadzenia postępowania naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Nie zgodził się z interpretacją Urzędu, która w jego ocenie odchodzi od literalnego brzmienia przepisu i nakłada na zamawiających obowiązki dokumentacyjne, które wprost nie wynikają z tego przepisu.

Wskazał, że: „§5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów zawiera na wstępie opis informacji z Krajowego Rejestru Karnego, którą może żądać Zamawiający od wykonawców — jest to informacja w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21. W żadnym miejscu tego przepisu lub w całości przepisów rozporządzenia nie ma mowy o tym, że zamawiający winni żądać innego dokumentu (w innym zakresie) w przypadku zamówień sektorowych. Zamawiający nie może więc być karany za okoliczność, iż wprost zastosował przepis opisujący dokument potwierdzający niekaralność wykonawców. W dalszej części dyspozycji art. §5 pkt 1 wprost przewidziano dostosowanie zakresu żądanej informacji z KRK do odpowiednich podstaw wykluczenia, które zaistniały w danym postępowaniu (tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia). Tymczasem w opisie dokumentu żądanego na potwierdzenie braku zaistnienia obligatoryjnych przesłanek wykluczenia ustawodawca nie rozróżnia postępowań klasycznych i sektorowych oraz nie przewiduje dostosowywania treści informacji z KRK, której może w takich przypadkach żądać zamawiający, do rodzaju postępowania i do obowiązujących w tym postępowaniu (z mocy prawa) przesłanek wykluczenia”.

Zamawiający zauważył, że ewentualny błąd ustawodawcy polegający na pominięciu wskazania, iż opisana w ww. przepisie informacja z KRK powinna być inna/zmodyfikowana w przypadku zamówień sektorowych i dostosowana do art. 133 ust. 4 ustawy, nie może obciążać zamawiających, którzy literalnie stosują przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W ocenie zamawiającego, zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zarzut żądania dokumentów, które nie powinny być żądane, nie może abstrahować od regulacyjnego określenia jakie dokumenty mogą i powinny być żądane przez zamawiającego. Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp rozpatrywany jest więc w związku z naruszeniem

przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. To przepisy ww. rozporządzenia dookreślają jakich dokumentów i w jakim celu może żądać zamawiający. Zamawiający narusza przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli żąda dokumentów innych niż przewidziane w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów lub w innych sytuacjach/celach niż te przepisy przewidują. W rozpatrywanym przypadku nic takiego nie miało miejsca — Zamawiający zażądał dokumentu opisanego literalnie w §5 pkt 1 rozporządzenia. Stąd też w przedmiotowej Informacji nie wskazano, który przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów naruszył Zamawiający.

Zamawiający wskazał także, że na okoliczność, że postawiony zarzut wynika tylko i wyłącznie z określonej interpretacji przepisów (a właściwie ich zmiany) wskazują dotychczasowe kontrole prowadzone przez UZP, również dotyczące zamówień sektorowych z dofinansowaniem unijnym, w których przy identycznych wymaganiach SIWZ, stwierdzano brak naruszeń.

Zamawiający podniósł także, że żądanie potwierdzenia niekaralności w zakresie wynikającym z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp, nie narusza naczelných zasad określonych w ustawie oraz przepisów dyrektywy 2014/25/UE oraz dyrektywy 2014/24/UE, do której w wielu przypadkach dyrektywa sektorowa odsyła — w żaden sposób nie ogranicza konkurencji ani nie stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców. Jak stwierdzono w Informacji o wyniku kontroli, nie miało to wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto w świetle art. 138c ust. 1 pkt 2 wymaganie tego typu może być uznane za uzasadnione. Jak dalej argumentował zamawiający: „przepis tego typu nie może stanowić bezpośredniej podstawy do jego wprowadzenia (brak naruszenia przepisów wynika tu z zastosowania wskazanych wyżej przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów), bowiem w obecnej redakcji odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, a nie podstaw wykluczenia. Jednakże dyspozycja ww. przepisu winna stanowić dodatkowy argument na rzecz liberalnej oceny katalogu i możliwości żądania dokumentów przez zamawiających sektorowych. Uzyskanie informacji o sposobie zatrudniania cudzoziemców (do tego typu przestępstw odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) przez wykonawcę, jest istotne dla racjonalnej oceny kontrahenta i układania z nim relacji biznesowych (w szczególności zabezpieczenia prawidłowej realizacji zamówienia, w sposób który przepisy Pzp nie regulują)”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił stanowiska prezentowanego przez zamawiającego i podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Ponownie podkreślił, że przedmiotem niniejszego postępowania jest udzielenie zamówienia o charakterze sektorowym, a tym samym, zamawiający był zobowiązany do stosowania przepisów szczególnych ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp. Zgodnie z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego 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.

Tym samym, opierając się na treści przytoczonego przepisu, w postępowaniu sektorowym niedopuszczalne jest wykluczenie wykonawcy będącego osobą fizyczną w przypadku, gdy została ona skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 9, bądź art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przybywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 769) oraz wykonawcy pełniącego funkcję członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo — akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazanego za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp.

Z treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wynika natomiast, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania a także, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert wskazuje oświadczenia i 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.

Oznacza to, że zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w SIWZ jest zobowiązany do wskazania dokumentów i oświadczeń, których będzie wymagał od wykonawców w trakcie postępowania, a te dokumenty i oświadczenia muszą być mu niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Pomimo, że na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp minister właściwy do spraw gospodarki określił, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców, a zamawiający wprost odwołał się do katalogu dokumentów określonych w §5 pkt 1 rozporządzenia, to w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający formułując odpowiednie zapisy SIWZ nie uwzględnił faktu, że w przypadku zamówień sektorowych zakres przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania został ograniczony na podstawie dyspozycji art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym ustawodawca przewidział, że zakres informacji jakie powinny wynikać z dokumentów przedkładanych w procedurze sektorowej jest mniejszy niż w przypadku zamówień klasycznych. Jeżeli zatem na zamawiającym ciąży obowiązek wymagania od wykonawców tylko niezbędnych dokumentów lub oświadczeń, to a contrario zamawiający nie może wymagać od wykonawców dokumentów lub oświadczeń, które nie są mu niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

Dlatego też zdaniem Prezesa Urzędu, zamawiający uwzględniając ograniczenie podstaw wykluczenia zawarte w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, powinien ograniczyć zakres wymaganych informacji zawartych w dokumencie o którym mowa w §5 ust. 1 ustawy Pzp o informację dotyczącą przesłanki zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp.

Prezes UZP przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z §5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać 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 (...).

Zamawiający w niniejszym postępowaniu zażądał dokumentu wynikającego wprost z treści wyżej powołanego rozporządzenia. Nie zażądał od wykonawców innego dokumentu - takiego, którego możliwość żądania nie wynika z treści rozporządzenia. Działania Zamawiającego były więc zgodne z przepisami rozporządzenia. Już z tej okoliczności wynika, że Zamawiający nie naruszył dyspozycji § 5 ww. rozporządzenia, a w konsekwencji art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający naruszyłby przepis ustawy, gdyby zażądał dokumentów innych niż przewidziane w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co jednak w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Dodatkowo, w dyspozycji przywołanego przepisu rozporządzenia wprost przewidziano dostosowanie zakresu żądanej informacji z Krajowego Rejestru Karnego do odpowiednich podstaw wykluczenia, które zaistniały w danym postępowaniu. Oznacza to, że Zamawiający ukształtował treść dokumentów postępowania stosownie do treści przepisu wykonawczego.

Ponadto trafnie wskazał Zamawiający, że ani w treści § 5 rozporządzenia, ani w pozostałych przepisach rozporządzenia nie ma mowy o tym, że zamawiający winni żądać innego

dokumentu (w innym zakresie) w przypadku zamówień sektorowych. W odniesieniu do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, przepisy rozporządzenia nie zawierają szczególnych uregulowań dotyczących zamówień sektorowych, ani też nie nakazują zamawiającym prowadzącym takie postępowania, aby żądali informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dostosowanych specjalnie pod kątem zamówień sektorowych. Powyższe oznacza, że nie jest zasadny stawiany przez Prezesa Urzędu zarzut w sytuacji, gdy Zamawiający zastosował się do literalnego brzmienia przepisu rozporządzenia.

Pominięcie przez ustawodawcę wskazania, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego powinna być zmodyfikowana w przypadku zamówień sektorowych i dostosowana do art. 133 ust. 4 ustawy, nie może powodować negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego, który zastosował się do przepisu rozporządzenia wskazującego, jakich dokumentów może żądać w postępowaniu.

W okolicznościach, kiedy brak jest spójności pomiędzy treścią § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, trudno obciążać Zamawiającego konsekwencjami braku spójności przepisów, w sytuacji, gdy Zamawiający literalnie zastosował się do treści jednego z tych przepisów, tj. rozporządzenia.

Dodatkowo jedynie należy zauważyć, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie odniósł się do argumentacji podniesionej przez Zamawiającego, zgodnie z którą dotychczasowe kontrole przeprowadzone przez Urząd Zamówień Publicznych u innych zamawiających, również dotyczące zamówień sektorowych, przy identycznych wymaganiach SIWZ, nie wykazały wystąpienia naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....