

**Sygn. akt: KIO/KU 28/19**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 18 kwietnia 2019 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Wiszni Małej**  
**Ul. Lipowa 15, Strzeszów**  
**55-114 Wisznia Mała**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 21 marca 2019 r. w przedmiocie zamówienia na budowę sieci kanalizacji wraz z przepompowniami ścieków w miejscowościach Krzyżanowice i Szymanów, gmina Wisznia Mała – etap II i III wraz z usunięciem kolizji z linią energetyczną nn 0,4 kV oraz układem odwodnienia drogi w ul. Lotniczej w Szymanowie (dot. części nr 1 zamówienia)

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Ewa Sikorska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Katarzyna Poprawa</b>
	<b>Robert Skrzyszewski</b>

wyraża następującą opinię:

**zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia z dnia 28 marca 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

### **Uzasadnienie**

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą uprzednią w przedmiocie zamówienia na budowę sieci kanalizacji wraz z przepompowniami ścieków w miejscowościach Krzyżanowice i Szymanów, gmina Wisznia Mała – etap II i III wraz z usunięciem kolizji z linią energetyczną nn 0,4 kV oraz układem odwodnienia drogi w ul. Lotniczej w Szymanowie (dot. części nr 1 zamówienia). O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, tj. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Wiszni Małej pismem z dnia 21 marca 2019 r., przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował, że po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania stwierdził naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) – dalej: ustawa P.z.p. przez wskazanie w dokumentacji postępowania szerszych podstaw wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z zapisami w pkt 10.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz sekcji III.1 .1 ogłoszenia o zamówieniu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12–23 ustawy P.z.p. (obligatoryjne podstawy wykluczenia), a także na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy P.z.p. (fakultatywne podstawy wykluczenia). W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentu, o którym 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), dalej: „rozporządzenie”, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy P.z.p.. Odpowiednio w stosunku do wykonawców zagranicznych — dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit b, ust. 3 oraz § 8 rozporządzenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy P.z.p.

W toku prowadzonej kontroli dotyczącej części nr 2 zamówienia, pismem z dnia 27 lutego 2019 r., Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z

prośbą o złożenie wyjaśnień, w której części dokumentacji zamawiający zawarł wyłączenie odnoszące się do podstaw wykluczenia w zamówieniach sektorowych zgodnie z treścią art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p.

Zamawiający pismem z dnia 5 marca 2019 r. złożył wyjaśnienia w odniesieniu do braku wskazania w treści ogłoszenia oraz siwz wyłączenia wskazanego w art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., które odnosi się do podstaw wykluczenia przy zamówieniach sektorowych. Zamawiający wskazał, iż cyt.: „W opinii Zamawiającego redakcja art. 133 ust. 4 ustawy PZP zbliżona jest w formie i wydźwięku do redakcji art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, który wyraźnie wskazuje, iż mimo istnienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w pewnych sytuacjach Wykonawca nie będzie podlegać wykluczeniu. Podobnie art. 133 ust. 4 ustawy PZP opisuje specyficzną sytuację, kiedy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania pomimo tego, że w jego przypadku istnieje obligatoryjna podstawa wykluczenia, na co wyraźnie wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „(...)wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d”. (...) Aktualnie Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. nie wprowadza szczególnego rozróżnienia zakresu treści informacji z KRK żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonym przez tzw. zamawiającego sektorowego, bowiem w treści tego aktu trudno odnaleźć przepis stanowiący odpowiednik cytowanego § 3 ust. 1 pkt 7) Rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 23 lutego 2013 roku, wymagającego informacji z KRK, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, była ograniczona do informacji o karalności, w sposób wskazany w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego w aktualnym stanie prawnym Zamawiający nie tylko nie powinien, co wręcz nie może dokonać rozróżnienia zakresu informacji z KRK żądanych od podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na takie postępowanie nie pozwala treść przepisów wykonawczych regulujących kwestie rodzaju i zakresu informacji zawartych w dokumentach jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro działający ustawodawca nie dokonuje swego rodzaju rozróżnienia zakresu informacji o karalności wskazujących na podstawy wykluczenia wykonawcy lub osoby fizycznej w zależności od przypadku, z tytułu przesłanek wykluczenia wskazanych w ustawie, żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień sektorowych, trudno wymagać aby takiego rozróżnienia miał dokonywać sam podmiot zamawiający. (...) W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż ani z treści art. 24 ustawy Pzp ani z treści art. 133 ustawy Pzp nie wynika, aby przesłanki wykluczenia tam wskazane lub szczególne zawężenie ich

stosowania, dla swojej skuteczności wymagały wykazania w treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.(...) W stosunku do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia zastrzeżenia takiego ustawodawca nie czyni, co oznacza, iż są one skuteczne i obowiązujące już z samej mocy i rangi przepisu ustawowego. Skoro ustawodawca nie wymaga literalnego wskazania w treści specyfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia to brak jest również obowiązku powielania innych zapisów powszechnie obowiązującej regulacji ustawy Pzp powiązanych z tymi podstawami. (.. Wskazana korelacja przepisów ustawowych oraz przepisów powołanego aktu wykonawczego skłania do następujących wniosków: - dokonanie modyfikacji opisu obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym, w treści ogłoszenia lub specyfikacji, z wyłączeniem stosowania podstaw wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit d), jest niezgodne z treścią art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie wskazuje na wyłączenie stosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d) ustawy Pzp w zamówieniach sektorowych, a jedynie wskazuje szczególną okoliczność kiedy pomimo zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia, tak jak wskazuje art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, do faktycznego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu dojść nie może. C..) — treść art. 133 ust. 4 ustawy Pzp jest dyrektywą dla Zamawiającego, który nie może samodzielnie modyfikować obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym, podobnie nie jest władny żądać ograniczonych w swej treści informacji o karalności, jednak w toku weryfikacji braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zobowiązany jest zaniechać czynności wykluczenia w stosunku do wykonawcy, wobec którego ziszczają się przesłanki wskazane w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, a zaniechanie takie jest wymagane nie tyle z tytułu wskazania w ogłoszeniu lub specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy, ale z mocy obowiązywania przepisów rangi ustawowej. (...) Treść art. 133 ust. 4 ustawy, odmiennie od zmienionego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku przepisu art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, nie wyłącza wprost stosowania przepisów ustawy do zamówień sektorowych, a jedynie wskazuje, iż w przypadku ziszczenia się sytuacji opisanych hipotezą normy prawnej, określony skutek nastąpić nie może. Brak zacytowania w dokumentach zamówienia treści tej normy nie może stanowić o jej naruszeniu, bowiem tylko zaniechanie działania tą normą opisanego może stanowić przyczynę takiego stwierdzenia.(. Brak wyartykułowania w zapisach specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnie stwierdzenia błędnego opisanego podstaw wykluczenia, bowiem obecnie z treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika zakaz stosowania określonych przepisów ustawy Pzp wyraźnie tym przepisem wskazanych, a jedynie nakaz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy, wobec którego istnieją obligatoryjnie podstawy wykluczenia, wynikający nie tyle z treści specyfikacji czy ogłoszenia, co z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Prezes Urzędu zauważył, iż przy udzieleniu kontrolowanego zamówienia zamawiający

był zobowiązany stosować przepisy szczególne ustawy P.z.p., tj. art. 132 i n. ustawy P.z.p. Treść powyższych wymogów nie została przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorowym, ograniczona poprzez zastrzeżenie zastosowania art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d oraz w przypadku, wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący wskazał, że zamawiający zobowiązany jest do stosowania właściwych dla danego postępowania przepisów ustawy P.z.p. od początku postępowania, tj. przygotowując dokumentację postępowania. Dokumenty, takie jak ogłoszenie o zamówieniu oraz siwz, odzwierciedlają oczekiwania zamawiającego i określają wymagania odnośnie wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Co za tym idzie, przy sporządzaniu treści specyfikacji zamawiający powinien wziąć pod uwagę ustawowe uregulowania dotyczące zamówień sektorowych, w tym art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. mający wpływ na krąg wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający zobowiązany był do jego stosowania.

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował w stosunku do wykonawców szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, co powoduje naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 28 marca 2019 roku doręczonym Prezesowi Urzędu w dniu 1 kwietnia 2019 roku zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Zamawiający stwierdził, co następuje:

1) Treść dokumentacji postępowania oraz obowiązująca w państwie prawa zasad prymatu przepisów powszechnie obowiązującego prawa nad treścią dokumentacji przetargowej nie pozwala na podzielenie zapatrywania kontrolującego, jakoby w postępowaniu doszło do ustalenia szerszych aniżeli wskazane przepisami ustawy P.z.p. podstaw wykluczenia.

2) Całokształt czynności zamawiającego działanych w niniejszym postępowaniu nie pozwala na przyjęcie, jak zostało to wskazane w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, iż w toku postępowania doszło do naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. podczas gdy sytuacja

tak nie miała miejsca, bowiem z postępowania nie został, wbrew dyrektywie wzmiankowanego przepisu, wykluczony wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy P.z.p., względnie wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p., gdyż osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, że w opinii kontrolującego zastrzeżenie stosowania art. 133 ust. 4 w dokumentach specyfikacji jest elementem obligatoryjnym treści dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego tj. ogłoszenia oraz siwz, podczas gdy z żadnej obowiązującej normy ustawy P.z.p. nie wynika, aby dla skuteczności przepisu rangi ustawowej koniecznym było wskazanie jego treści w dokumentach postępowania względnie stosowanie wskazania, iż taka norma ustawowa będzie stosowana. W szczególności w treści art. 133 ust. 4 trudno doszukać się wskazania, aby stosowanie tej normy prawa uzależnione było od poczynienia stosownego zastrzeżenia stosowania art. 133 ust. 4 przez zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Wobec sformułowanego w treści informacji pokontrolnej zarzutu naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., a w konsekwencji wywiedzenie, iż w postępowaniu poprzez zapisy treści dokumentacji postępowania doszło do ustalenia szerszych podstaw wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, a owo rozszerzenie podstaw wykluczenia, w opinii kontrolującego, wynika z:

- zawartych w dokumentacji postępowania wskazań, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 — 23 ustawy P.z.p. (podstawy obligatoryjne), a także na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1) (podstawy fakultatywne); oraz

- z ustalonego zapisami dokumentacji wymogu przedstawienia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu m.in. dokumentu, o którym mowa w 55 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 (Dz. U. z 2016 r, poz. 1126 - dalej jako „Rozporządzenie w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 roku”), 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 57 ust, 1 pkt 1 i pkt 2 lit b. ust. 3 oraz 58 Rozporządzenie w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2016 roku, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy P.z.p..

w przedmiotowej sprawie jednoznacznego rozstrzygnięcia wymaga,

- czy wobec brzmienia art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., które nie wyłącza wprost stosowania art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d w przypadku zamówień sektorowych, dopuszczalne jest odczytywanie regulacji art. 133 ust. 4 tak jak miało to miejsce w przypadku art. 133 ust. 3 w brzmieniu ustawy P.z.p., obowiązującym do dnia 28 lipca 2016 roku, gdzie poprzez zastosowanie zwrotu „Do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 (...)” wprost zawarte było wyłączenie stosowania określonych norm art. 24 ust. 1 ustawy P.z.p. tj. art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz pkt 11, a tym samym istniał wyraźny zakaz opisu podstaw wykluczenia z uwzględnieniem artykułów nie znajdujących zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego;

- czy wobec istotnych zmian regulacji podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu dokonanych na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 roku poz.1020), polegających m.in. na znaczącej zmianie brzmienia art. 24 ust. 1 ustawy P.z.p., wprowadzeniu art. 24 ust. 5 ustawy P.z.p. opisującego tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia zależne od wyboru zamawiającego, dopuszczalnym jest przyjęcie, iż zamawiający może dokonać skutecznej modyfikacji podstaw wykluczenia w zakresie tzw. obligatoryjnych podstaw wykluczenia opisanych normą art. 24 ust. 1 pkt 12 — 23 ustawy P.z.p.;

- czy wobec braku wyraźnego i jednoznacznego wyłączenia stosowania art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d na mocy przepisów regulujących udzielanie zamówień sektorowych, wskazanie w dokumentacji postępowania obligatoryjnych podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu poprzez ogólne odniesienie do art. 24 ust. 1 pkt 12 — 23 ustawy P.z.p., przy jednoczesnym jednoznacznym zastrzeżeniu prymatu ustawy nad zapisami siwz, stanowi jak wskazuje kontrolujący, ustalenie szerszych aniżeli dopuszczalne w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego podstaw wykluczenia;

- jaki przepis ustawy P.z.p. wymaga przytoczenia w treści dokumentów postępowania dokładnego wskazania jednostek redakcyjnych przepisów ustawy P.z.p. ustalających obligatoryjne podstawy wykluczenia, względnie wskazanie wszelkich możliwych jednostek redakcyjnych ustawy opisujących sytuacje, w których mimo formalnego istnienia podstaw wykluczenia finalne, z uwagi na istnienie zakazu ustawowego, do wykluczenia wykonawcy nie dojdzie;

- czy wobec brzmienia art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., w toku postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego, zamawiający zobowiązany jest żądać informacji o karalności w zakresie odmiennym aniżeli wskazany treścią 55 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 roku, tj. w zakresie wyłączającym wskazanie podstaw

skazania za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d ustawy P.z.p., podczas gdy we wzmiankowanym rozporządzeniu brak normatywnego rozróżnienia zakresu informacji o karalności żądanych w toku postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego albo sektorowego;

- czy wymaganie informacji o karalności tak jak to wskazuje 55 pkt 1 rozporządzenia, a więc w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy P.z.p., w sytuacji gdy ustawodawca nie wprowadza odmiennego zakresu informacji o karalności żądanych w toku postępowań o udzielenie zamówień sektorowych, może stanowić przyczynek do stwierdzenia, iż zamawiający żądając informacji o karalności w zakresie określonym i dopuszczalnym na mocy przepisów aktu wykonawczego do ustawy P.z.p., dopuścił się ustalenia szerszych aniżeli możliwe w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego podstaw wykluczenia;

Zamawiający stwierdził, że w wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2019 roku, w samych dokumentach postępowania (siwz) wyraźnie i jednoznacznie zaznaczył prymat przepisów ustawy P.z.p. nad zapisami dokumentów postępowania, mianowicie:

Zamawiający już w początkowych zapisach siwz (IDW część I siwz) wyraźnie i jednoznacznie wskazał, iż „W sprawach nie uregulowanych niniejszą SIWZ bądź w sytuacji rozbieżności zapisów SIWZ w stosunku do ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie odpowiednie zastosowanie i nadrzędne znaczenie mają przepisy ustawy i aktów wykonawczych. ” (akapit czwarty pkt 3 IDW). Zapis taki ma na celu ustalenie wyraźniej dyrektywy postępowania dla zamawiającego, stanowiącej jednocześnie jasny sygnał dla wykonawców, iż mimo potencjalnych braków w zapisach siwz czy to literalnych czy też wynikających z możliwości niejednoznacznej wykładni zapisów siwz, zawsze prymat będą miały normy powszechnie obowiązującego prawa, a zamawiającemu wbrew tym normom postąpić nie można. Powyższe, w przekonaniu zamawiającego, koreluje z redakcją zapisów siwz w tym zapisów IDW, w których zamawiający nie zawsze posługiwał się literalnym brzmieniem przepisów ustawy P.z.p., wychodząc z założenia, iż są to przepisy powszechnie obowiązujące oraz skuteczne wobec wszystkich uczestników procedury przetargowej, a co za tym idzie nie wymagają dodatkowego eksponowania w treści dokumentacji przetargowej. (str. 2 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku.)

Zamawiający stwierdził, że w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, powyższe wyjaśnienia zostały całkowicie pominięte, a kontrolujący wbrew założeniom poczynionym w dokumentacji postępowania przyjął, iż zamawiający ustalił szersze aniżeli dopuszczalne zapisami ustawy podstawy wykluczenia. Szczęólnego podkreślenia wymaga, iż żaden zapis dokumentów postępowania (ogłoszenia czy siwz) nie zwiera zastrzeżenia, iż zamawiający



prowadząc postępowanie nie będzie stosował art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., a domniemanie kontrolującego jakoby właśnie taki zamiar przyświecał zamawiającemu, ulega obaleniu już w zestawieniu z zapisami zawartymi w akapicie czwartym pkt 3 IDW stanowiącej część I siwz kontrolowanego postępowania.

Zamawiający stwierdził, że kontrolujący nie odniósł się również do zawartej w wyjaśnieniach argumentacji zamawiającego wyraźnie wskazującej, iż brak okoliczności powołania zapisu ustawy w treści dokumentów postępowania nie może jednoznacznie przesądzać o wyłączeniu stosowania takiego przepisu w konkretnym postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający zmuszony jest po raz kolejny podnieść, iż:

W odniesieniu do rozważanego problemu tj. podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, zamawiający zaznaczył, że w dokumentach postępowania nie wskazywał wszystkich możliwych przepisów ustawy P.z.p. wyłączających możliwość wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności tam wskazanych, Przykładowo w treści siwz zamawiający nie ujmował wskazań dotyczących braku możliwości wykluczenia wykonawcy w przypadku, gdy upłynęły okresy czasu liczone od uprawomocnienia się wyroków karnych wskazane w art. 24 ust. 7 ustawy P.z.p., jednak brak takiego wskazania czy samego odesłania do treści art. 24 ust. 7 ustawy P.z.p. w treści specyfikacji nie może sam przez się stanowić, iż zamawiający nie zamierzał tych norm stosować albo w jakikolwiek inny sposób ograniczyć bądź modyfikować ich stosowanie. (str. 2 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku)

Co więcej brak wskazania treści art. 24 ust. 7 ustawy P.z.p. czy to przez zacytowanie jego brzmienia w dokumentach postępowania czy to przez zastosowanie odpowiedniego zastrzeżenia stosowania tego przepisu w dokumentach postępowania nie stał się przyczynkiem zarzutu naruszenia tej normy ustawy P.z.p.

Podobnie, zamawiający informując w dokumentach postępowania (siwz — część I IDW) o swoistym *novum* wprowadzonym nowelizacją przepisów ustawy P.z.p. na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, tj. wskazując na możliwość prowadzenia tzw. „procedury samooczyszczenia”, Zamawiający nie zastrzegął w treści siwz, jak to czyni art. 24 ust. 9 ustawy P.z.p., iż „wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.”, bowiem z uwagi na powszechne obowiązywanie normy art. 24 ust. 9 ustawy P.z.p. zamawiający w sposób oczywisty nie mógł zaniechać stosowania tej dyrektywy, czyniąc procedurę samooczyszczenia wyłącznie pozorną. (str. 3 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku).

Na tych samych zasadach, nie można porównać, jak czyni to kontrolujący, sytuacji

braku powołania w dokumentach postępowania treści powszechnie obowiązującego przepisu prawa, w tym przypadku treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., do ewentualnego dążenia zamawiającego do pominięcia stosowania tej regulacji. Zamawiający stwierdził, że wyraźnie sygnalizował prymat zapisów ustawy nad zapisami siwz, co w odniesieniu do rozważanego problemu stanowiło jednoznacznie o konieczności stosowania treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., w toku postępowania w sytuacjach w tym przepisem przewidzianych. (str. 3 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku).

Zamawiający podniósł, że w treści informacji pokontrolnej zacytowano dalszą część wyjaśnień zamawiającego, gdzie zamawiający wskazał iż regulacja art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. stanowi *lex specialis* w stosunku do regulacji art. 24 ustawy P.z.p., przewidując, iż pomimo istnienia okoliczności tam wskazanych, a stanowiących podstawę wykluczenia w niejako standardowym postępowaniu, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego nie będzie podlegał wykluczeniu.

W opinii zamawiającego redakcja art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. zbliżona jest w formie i wydźwięku do redakcji art. 24 ust. 9 ustawy P.z.p., który wyraźnie wskazuje, że mimo istnienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w pewnych sytuacjach wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu.

Zamawiający stwierdził, że podobnie art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. opisuje specyficzną sytuację, kiedy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, pomimo tego, że w jego przypadku istnieje obligatoryjna podstawa wykluczenia, na co wyraźnie wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „ (...) wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d. ” (str. 3 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku)"

Zamawiający stwierdził, że dokonany sposób prezentacji wyjaśnień zamawiającego, tj. pomijanie kolejnych fragmentów wywodów i wybiórcze cytowanie treści złożonych wyjaśnień w uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli, całkowicie wypaczyło sens i cel wyjaśnień złożonych przez zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, iż w treści informacji pokontrolnej, bez wskazania przyczyny, w szczególności bez odniesienia się do zasadności zawartej tam argumentacji, pominięto dalszą część wyjaśnień zamawiającego (zawartą od akapitu szóstego na stronie 3 do akapitu piątego na str. 4 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku), gdzie zamawiający wskazywał co następuje:

„Co istotne, literalnie art. 133 ust. 4 nie eliminuje stosowania art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d) w procedurze udzielania zamówienia sektorowego, bowiem treść tego przepisu nie brzmi „przepisów art.24 ust. 1 pkt 13 lit d) oraz art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 13 lit d) nie stosuje się”, gdyż tego rodzaju wyraźnego wskazania w treści art. 133 ust. 4 brak, a przepis ten stanowi nakaz zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy pomimo formalnego zaistnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w tym przepisie.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga powiązanie treści art. 24 ust. 1 pkt 13 i pkt 14 ustawy P.z.p. oraz art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. z przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126).

W aktualnie obowiązującym rozporządzeniu w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 roku, nieco odmiennie niż w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), uregulowane zostały wiążące wymagania dotyczące zakresu informacji z krajowego rejestru karnego (KRK) żądanych w postępowaniu od wykonawców.

Pod rządami uchylonego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 roku, tj. aktu wykonawczego obowiązującego do czasu wejścia w życie nowelizacji przepisów prawa zamówień publicznych dokonanych na mocy Ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), istniało wyraźne rozróżnienie zakresu informacji z KRK, bowiem zgodnie z 53 ust. 1 pkt 5 — 7 rozporządzenia zakres informacji z KRK winien był obejmować:

- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; (53 ust. 1 pkt 5) w/w Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku)

- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; (53 ust. 1 pkt 6) ww. rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku)

- w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1

(przyp. autora: zamówienia w dziedzinie obronności) i art. 132 ust. 1 (przyp. autora: zamówienia sektorowej ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert (53 ust. 1 pkt 7) w/w Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku).

Regulacja rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 23 lutego 2013 roku powiązana była wprost z treścią art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p., w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 lipca 2016 roku, stanowiącym, iż „Do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, art. 100 ust. 2 i art. 102 ust. 3.”

Art. 24 ust. 10 i ust. 11 ustawy P.z.p., w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 lipca 2016 roku, wskazywały, że „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...)

10) wykonawców będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku;

11) wykonawców będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

Okoliczności istotnej, a wykazanej powyżej różnicy, w treści aktów wykonawczych do ustawy P.z.p., tj. rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 23 lutego 2013 roku oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 roku, kontrolujący nie wzięli pod uwagę, co więcej jak wynika z treści informacji o wyniku kontroli uprzedniej, przyjęli, iż zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentu informacji o karalności w zakresie wskazanym 55 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2017 roku (por. str. 2 informacji pokontrolnej), chociaż z treści wzmiankowanego rozporządzenia nie wynika, aby zamawiający uprawniony był do modyfikacji zakresu żądanych informacji jakie winny zostać objęte informacją o karalności.

Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z 55 pkt 1 aktualnie obowiązującego 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;”, tak więc ani 55 pkt 1, ani inne przepisy ww. rozporządzenia nie różnicują zakresów informacji z KRK od charakteru prowadzonego postępowania (postępowanie klasyczne albo sektorowe), w związku z czym czynienie zarzutu z tytułu opisanego w treści dokumentów zamówienia żądania przedstawienia informacji o karalności tak jak to czyni aktualnie obowiązujące rozporządzenie, a z tego wywodzenia rozszerzenie zakresu podstaw wykluczenia, jest zarzutem całkowicie bezzasadnym dokonany z obrazą aktu wykonawczego do ustawy P.z.p.

Cytując fragmentarycznie treść wyjaśnień zamawiającego, uzasadnienie informacji pokontrolnej nie wskazuje z jakich przyczyn przedstawiona w wyjaśnieniach argumentacja zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, a w szczególności nie wskazuje jaki przepis prawa zamawiający naruszył żądając informacji o karalności w zakresie zbieżnym z uregulowaniem rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 roku.

W szczególności mimo wskazania w treści informacji o wyniku kontroli fragmentów wyjaśnień zamawiającego, jednoznacznie wykazujących brak możliwości żądania informacji o karalności w zakresie innym aniżeli wskazany przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 roku, w informacji o wyniku kontroli brak jest rzeczowych wskazań, z jakiego powodu argumentacja zawarta w złożonych wyjaśnieniach nie została uwzględniona, w szczególności brak jest zakwestionowania twierdzeń tam zawartych.

Aktualnie rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. nie wprowadza szczególnego rozróżnienia zakresu treści informacji z KRK żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonym przez tzw. zamawiających sektorowych, bowiem w treści tego aktu trudno odnaleźć przepis stanowiący odpowiednik cytowanego 43 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 23 lutego 2013 roku, wymagającego aby informacja z KRK, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, była ograniczona do informacji o karalności, w sposób wskazany w art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p.

Wobec powyższego, w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie tyle nie powinien, co wręcz nie może dokonać rozróżnienia zakresu informacji z KRK żądanych od podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na takie postępowanie nie pozwala treść przepisów wykonawczych regulujących kwestie rodzaju i zakresu informacji zawartych w dokumentach, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skoro działający ustawodawca nie dokonuje swoistego rozróżnienia zakresu informacji o karalności wskazujących na brak podstaw wykluczania wykonawcy lub osoby fizycznej w zależności od przypadku, z tytułu przesłanek wykluczenia wskazanych w ustawie, żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień sektorowych, trudno wymagać, aby takiego rozróżnienia miał dokonywać sam podmiot zamawiający.

Co więcej, skoro w przepisach rangi ustawowej, ustawodawca nie dokonuje wyraźnego stosowania przepisów dotyczących obligatoryjnych podstaw wykluczenia w przypadku zamówień sektorowych, w szczególności art. 133 ust. 4 ustawy nie stanowi o wyłączeniu stosowania określonych norm art. 24 ustawy P.z.p., jak to wynikało z uprzednio obowiązującej treści art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p., to zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania szczególnych modyfikacji podstaw wykluczenia, w sytuacji kiedy pozostałe przepisy ustawy wyraźnie na to nie pozwalają. Podobnie przyjmując zasadę racjonalizmu ustawodawcy nie można wywieść, iż wskazanie w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz podstaw wykluczania z powołaniem przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 12 — 23 ustawy P.z.p. jest nieprawidłowe.

Zamawiający podkreślił, iż ani z treści art. 24 ustawy P.z.p. ani z treści art. 133 ustawy PZP nie wynika aby, przesłanki wykluczenia tam wskazane lub szczególne zawężenie ich stosowania, dla swojej skuteczności wymagały wykazania w treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy P.z.p., konkretnego wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu wymagają wyłącznie tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu bowiem „Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.” W stosunku do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia zastrzeżenia takiego ustawodawca nie czyni, co oznacza, że są one skuteczne i obowiązujące już z samej mocy i rangi przepisu ustawowego. Skoro ustawodawca nie wymaga literalnego wskazania w treści specyfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia to brak jest również obowiązku powielania innych zapisów powszechnie obowiązującej regulacji ustawy P.z.p. powiązanych z tymi podstawami.

Zamawiający stwierdził, że w dalszej części wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku podawał przykłady uzasadniające przyjęcie tezy o braku obowiązku powielania zapisów ustawy w treści dokumentów postępowania w celu ich skutecznego stosowania w toku postępowania, które to wywody zostały pominięte w treści uzasadnienia informacji pokontrolnej, gdzie bezrefleksyjnie przyjęto, iż mimo nowelizacji przepisu art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p., którego swoisty „odpowiednik” stanowi art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., iż obowiązkiem zamawiającego jest modyfikowanie treści dokumentów postępowania (wskazań s.i.w.z. i ogłoszenia), tak jakby brzmienie art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. było identyczne z brzmieniem art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p., sprzed nowelizacji, gdzie wprost wyłączone było stosowanie dokładnie tym przepisem wskazanych przepisów ustawy P.z.p., jednak wobec aktualnego brzmienia art. 133 ust. 4 dopuszczenie stosowanie art. 133 ust. 4 na zasadach identycznych jak stosowanie uchylonego art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p. stanowiskiem niemożliwym do zaakceptowania.

Zamawiający stwierdził, że podobnie do skutecznego zastosowania tzw. „procedury samooczyszczania” uregulowanej w art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy P.z.p., a w konsekwencji odstąpienia od czynności wykluczenia wykonawcy, pomimo formalnego istnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 - 20 lub ust. 5 ustawy P.z.p., nie jest konieczne powołanie treści regulacji art. 24 ust. 8 i ust. 9 w zapisach ogłoszenia o zamówieniu lub siwz, a przynajmniej wymóg taki wprost z przepisów prawa nie wynika.

Podobny wymóg nie wynika z treści art. 36 ust. 1 pkt 5 lub 5a ustawy P.z.p., bowiem żaden z tych przepisów nie odwołuje się do treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. ani przez zastosowanie odesłania do stosownej jednostki redakcyjnej aktu ustawowego ani poprzez posłużenie się sformułowaniem o treści np. „z zastrzeżeniem treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p.”. Art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. wymaga aby w siwz znalazły się informacje o warunkach udziału w postępowaniu z kolei art. 36 ust. 1 pkt 50 wymaga, aby w siwz wskazane zostały podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 tzw. fakultatywne podstawy wykluczenia, jednak podobny wymóg nie jest zastrzeżony dla obligatoryjnych podstaw wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 ustawy P.z.p., bowiem są one skuteczne i obowiązujące już z samej mocy aktu rangi ustawowej, w którym są ujęte.

Również określone w treści art. 41 ustawy P.z.p. wymagania co do treści ogłoszenia o zamówieniu nie wskazują wprost, aby zamawiający, w treści ogłoszenia obowiązany był wykazać okoliczności uzasadniające brak podstaw wykluczenia, względnie określał je z zastrzeżeniem treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. lub z powołaniem treści tego artykułu. Zamawiający zauważył, że art. 41 pkt 7 ustawy P.z.p. wymaga, aby w ogłoszeniu wskazano warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, z kolei pkt 70 tego artykułu

wskazuje na wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zamawiający obowiązany jest wskazać podstawy wykluczenia, jednak art. 41 pkt 7 ustawy P.z.p. nie wymaga aby w treści ogłoszenia zawarte zostały okoliczności uzasadniające niestosowanie pewnych podstaw wykluczenia, jak również nie wymaga, aby w treści ogłoszenia powołać wynikające z ustawy podstawy prawne nakazujące w sytuacjach określonych prawem zaniechanie czynności wykluczenia mimo istnienia formalnej podstawy wykluczenia.

Wskazanie w treści ogłoszenia przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu poprzez ogólne odesłanie do treści art. 24 ust. 1 pkt 12 - 21 ustawy P.z.p., nie może zostać odczytane jako błędne, bowiem ani z treści art. 24 ustawy P.z.p. ani z treści art. 133 ust. 4 nie wynika wprost, że w odniesieniu do zamówień sektorowych, tak jak to miało miejsce do dnia 28 lipca 2016 roku, pewne regulacje z mocy ustawy są wyłączone. Jak już wspomniano powyżej na mocy art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p. do dnia 28 lipca 2016 roku art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 z mocy ustawy zastosowania nie miały, a podmiot prowadzący takie postępowanie nie mógł żądać informacji o istnieniu lub nieistnieniu podstaw wykluczenia tam wskazanych.

Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze nowelizację przepisów art. 133 ustawy P.z.p., która weszła w życie 28 lipca 2016 roku, normy art. 133 ust. 4 nie można odczytywać w taki sam sposób jak odczytywano regulację art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p. do dnia 28 lipca 2016 roku, gdyż aktualnie art. 133 ust. 4 stanowi wyłącznie pewien odpowiednik normy art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p.. Podkreślenia wymaga, iż brak stosowania obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy P.z.p. wynikał wprost z ówczesnego brzmienia ustawy, gdzie art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p. sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku wskazywał jednoznacznie iż „Do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, art. 100 ust. 2 i art. 102 ust. 3”, co skorelowane było z wyraźnym zakazem żądania informacji o karalności w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy P.z.p.

Z kolei aktualnie obowiązujący „odpowiednik” zacytowanego art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p. (sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku) tj. art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. brzmi „W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d”. Treść powołanego przepisu koreluje z treścią art. 24 ustawy P.z.p., do którego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku nie wprowadzono szczególnego zastrzeżenia czy powiązania z normą art. 133 ust. 4 ustawy



P.z.p., wprowadzanego tą nowelizacją, jak również z treścią rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. gdzie nie wprowadzono szczególnych wymagań czy zakazu wymagania określonych treści w dokumentach stanowiących informacje o karalności (informacji z KRK) w stosunku do dokumentów wymaganych w postępowaniach sektorowych.

W ocenie zamawiającego wskazana korelacja przepisów ustawowych oraz przepisów powołanego aktu wykonawczego skłania do następujących wniosków:

- dokonanie modyfikacji opisu obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym, w treści ogłoszenia lub specyfikacji, z wyłączeniem stosowania podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit d, jest niezgodne z treścią art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., bowiem przepis ten nie wskazuje na wyłączenie stosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d ustawy P.z.p. w zamówieniach sektorowych, a jedynie wskazuje szczególną okoliczność, kiedy pomimo zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia, tak jak wskazuje art. 133 ust. 4, do faktycznego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu dojść nie może;

- z uwagi na aktualną treść rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający (...) podmioty zamawiające działające w określonych sektorach gospodarki nie są uprawnione do ograniczania lub różnicowania treści dokumentów stanowiących informacje o karalności;

- treść ogłoszenia oraz specyfikacji w zakresie podstaw wykluczenia winna pozostawać spójna z informacjami o dokumentach, jakich zamawiający będzie żądał w celu wykazania braku podstaw wykluczenia. Wydaje się, iż takiej spójności brak w sytuacji, gdy podmiot zamawiający, wbrew regulacji rozporządzenia w sprawie dokumentów, zmienia zakres informacji o karalności żądanych w postępowaniu sektorowym.

- treść art. 133 ust. 4 jest dyrektywą postępowania dla zamawiającego, który, jako że samodzielnie modyfikować obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym nie jest władny, podobnie nie może żądać ograniczonych w swej treści informacji o karalności, jednak w toku weryfikacji braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zobowiązany jest zaniechać czynności wykluczenia w stosunku do wykonawcy, wobec którego ziszczą się przesłanki wskazane w art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., a zaniechanie takie jest wymagane nie tyle z tytułu wskazania w ogłoszeniu lub specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy, ale z mocy obowiązywania przepisów rangi ustawowej

- treść art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. nie tworzy specyficznej podstawy wykluczenia, odmiennej od regulacji ogólnej zawartej w art. 24 ust. 1 ustawy P.z.p., a jedynie wskazuje szczególne okoliczności, w jakich do wykluczenia ostatecznie dojść nie może;

Zamawiający stwierdził, że w treści uzasadnienia informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie odniesiono się ani nawet nie zawarto w formie cytatu zaczerpniętego z wyjaśnień, o których informacja wzmiankuje, fragmentów wyjaśnień odnoszących się do praktycznego aspektu stosowania znowelizowanych przepisów ustawy, jak również wybiórczo zacytowano wnioski zamawiającego zawarte w reasumpcji treści wyjaśnień, wobec czego rekapitulując i podtrzymując treści zawarte w wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2019 roku zamawiający zaznacza, iż:

Rozważając skutki zmiany przepisów art. 24 ustawy P.z.p., art. 133 ustawy P.z.p. dokonane ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku oraz mając na uwadze zmiany przepisów wykonawczych do znowelizowanej ustawy dokonane wraz z wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r., nie można zapominać o praktycznym wymiarze stosowania tych regulacji.

Mianowicie, w przypadku wskazania w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu i/lub specyfikacji), iż obligatoryjne przesłanki wykluczenia ogranicza się, w zakresie pkt 13 artykułu 24 ust. 1 ustawy P.z.p., do przestępstw wymienionych w lit a — c tego przepisu, to ograniczenie takie może budzić wątpliwości po stronie potencjalnych wykonawców, którzy nie mają pewności, czy posiłkując się informacjami o karalności obejmującymi informację w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy P.z.p., uczynią zadość wymaganiu wykazania braku istnienia zawężonych podstaw wykluczenia.

Co istotne wątpliwość tę wzmagają również zapisy rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 r, w którym, jak już podkreślono, nie różnicuje się informacji o karalności w zależności od rodzaju postępowania w jakim informacje mają być składane, w szczególności brak zróżnicowania zakresu tych informacji w postępowaniach klasycznych albo sektorowych.

Reasumując powyższe, w opinii zamawiającego:

Treść art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. odnosi się do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, stanowiąc swoiste wyłączenie skutku wynikającego z przepisu ogólnego w sytuacjach ściśle tą normą określonych co sprawia, że sposób jej stosowania winien być zbliżony do sposobu stosowania norm wynikających z treści art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust.

8 ustawy P.z.p., nakazujących zaniechania wykluczenia wykonawcy w sytuacjach ziszczenia się okoliczności wskazanej w art. 24 ust. 9 pomimo formalnego ziszczenia się przesłanek wykluczenia wyliczonych w art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p.

W obecnym stanie prawnym brak wyraźnej normy ustawowej obligującej zamawiającego do wskazania okoliczności, o których mowa w art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w treści specyfikacji. Ustawodawca wymaga jedynie, aby fakultatywne przesłanki wykluczenia były wskazywane w ogłoszeniu, a norma art. 133 ust. 4 do takich się nie odnosi. Art. 133 ust. 4 jest normą powszechnie obowiązującego prawa i dla swej skuteczności nie wymaga wprowadzenia do treści ogłoszenia lub siwz.

Treść art. 133 ust. 4 ustawy, odmiennie od zmienionego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku, przepisu art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wyłącza wprost stosowania przepisów ustawy do zamówień sektorowych, a jedynie wskazuje, iż w przypadku ziszczenia się sytuacji opisanych hipotezą normy prawnej, określony skutek nastąpić nie może. Brak zacytowania w dokumentach zamówienia treści tej normy nie może stanowić o jej naruszeniu, bowiem tylko zaniechanie działania tą normą opisanego może stanowić przyczynę takiego stwierdzenia..

Podobnie trudno jest mówić o naruszeniu innych przepisów ustawy, które wyraźnie na mocy przepisów ustawy nie zostały z tym przepisem powiązane. Brak wyartykułowania w zapisach specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. nie może stanowić samoistnie stwierdzenia błędnego opisu podstaw wykluczenia, bowiem obecnie z treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. nie wynika zakaz stosowania określonych przepisów ustawy P.z.p. wyraźnie tym przepisem wskazanych, a jedynie nakaz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy, wobec którego istnieją obligatoryjne podstawy wykluczenia, wynikający nie tyle z treści specyfikacji czy ogłoszenia, co z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Zamawiający wskazał, że rozważając zgłoszone w informacji pokontrolnej zastrzeżenia, a w szczególności zarzut rzekomo nieprawidłowego określenia zakresu żądanych informacji o karalności niż właściwy dla tego rodzaju informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, nie sposób pominąć wytycznych opublikowanych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie pośród wzorcowych oświadczeń i przykładów zapisów siwz zamieszczona została tabela pt. „ZESTAWIENIE OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH BRAK PODSTAW DO WYKLUCZENIA w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne” (adres strony internetowej <https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf/file/0022136238/zestawieniepodstawy-wykluczenia-powyzej-proaow.pdf>). W tabeli tej brak

jest wskazania aby w zakresie potwierdzenia braku przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego zobowiązany był żądać informacji o karalności w ograniczonym zakresie, bowiem jak wynika z wytycznych UZP zawartych w w. zestawieniu, dokumentem właściwym dla zobrazowania braku podstaw wykluczenia jest Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p., wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tak jak to wskazuje § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 r. Skoro więc również wytyczne Urzędu Zamówień Publicznych nie wskazują na konieczność odmiennego określania zakresu żądanych informacji o karalności w przypadku prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego, to żądanie zawarte w dokumentach postępowania, zbieżne z treścią wytycznych UZP, nie może stanowić przyczynku do formułowania zarzutu określenia szerszych podstaw wykluczenia aniżeli dopuszczalne w postępowaniu sektorowym, wywodzonego pośrednio z opisu żądanych przez zamawiającego informacji o karalności.

W ocenie zamawiającego, powyższe jednoznacznie wskazuje, iż treść dokumentacji postępowania oraz obowiązująca w państwie prawa zasad prymatu przepisów powszechnie obowiązującego prawa nad treścią dokumentacji przetargowej jak również brak obowiązku eksponowania treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. w dokumentach postępowania, uchylone na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku brzmienie art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p., nie pozwalają na podzielenie zapatrywania kontrolującego, wyrażonego w treści informacji o wyniku kontroli, jakoby w postępowaniu doszło do ustalenia szerszych aniżeli wskazane przepisami ustawy P.z.p. podstaw wykluczenia.

W odniesieniu do zastrzeżenia sformułowanego w pkt 2 *petitum*, zamawiający wskazał, że w informacji o wyniku kontroli uprzedniej wywiedziono, iż w toku postępowania zamawiający dopuścił się naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. W opinii zamawiającego zarzut taki nie ma racji bytu i został sformułowany z obrazą prawa. Art. 133 ust. 4 brzmi; „W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit, d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d.”

Zamawiający podniósł, że wydzwięk informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazuje na naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., podczas gdy o naruszenie takie faktycznie nie miało miejsca, bowiem żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie został wykluczony z udziału w postępowaniu wbrew dyrektywie art. 133 ust. 4. Wykluczenie zdziałane

w toku postępowania, w ramach postępowania dla części nr 1 zamówienia i oparte było, jak wskazuje informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 stycznia 2019 roku, o stwierdzenie niespełnienia przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu, warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności zawodowej.

Tymczasem w informacji o wyniku kontroli zarzucono zamawiającemu naruszenie normy art. 133 ust. 4, co realnie może mieć miejsce, jedynie w sytuacji gdy wbrew określonemu w art. 133 ust. 4 zakazowi działania, zamawiający prowadząc zamówienie sektorowe wykluczy tj. dokona faktycznej czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769) albo wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769).

Treść art. 133 ust. 4 ustawy, odmiennie od zmienionego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku, przepisu art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wyłącza wprost stosowania określonych przepisów ustawy do zamówień sektorowych, a jedynie wskazuje, iż w przypadku ziszczenia się sytuacji opisanych hipotezą normy prawnej, określony skutek nastąpić nie może.

Z uwagi na powyższe naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. może nastąpić poprzez działanie powodujące wykluczenie wykonawcy, wbrew treści art. 133 ust. 4. Sam brak zacytowania w dokumentach zamówienia treści tej normy nie może stanowić o jej naruszeniu, bowiem tylko zaniechanie działania tą normą opisanego może stanowić przyczynę takiego stwierdzenia.

W ocenie zamawiającego, całokształt czynności zamawiającego zdziałanych w niniejszym postępowaniu, nie pozwala na przyjęcie, jak zostało to wskazane w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, iż w toku postępowania doszło do naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., podczas gdy sytuacja taka nie miała miejsca, bowiem z postępowania nie został, wbrew dyrektywie wzmiankowanego przepisu, wykluczony wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy P.z.p., względnie wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy P.z.p., gdyż osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo

wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy P.z.p. Wobec czego, sformułowane w informacji o wyniku kontroli stwierdzenie naruszenia przepisu ustawy P.z.p. nie może się ostać.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2019 roku Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 13 marca 2019 roku sygn. akt KIO/KU 15/19, gdzie Izba stwierdziła, co następuje:

*Izba miała na uwadze, że przedmiotem kontrolowanego postępowania jest udzielenie zamówienia o charakterze sektorowym. Do tego typu zamówień, zastosowanie znajdują przepisy ogólne ustawy Pzp, jednak ze stosownymi modyfikacjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zastosowanie znajdowały art. 132 i następne ustawy Pzp, w tym art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d. Przepis ten jednoznacznie stanowi, że w postępowaniu sektorowym niedopuszczalne jest wykluczenie wykonawcy będącego osobą fizyczną w sytuacji, gdy został skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wykonawcy, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13 ust. 1 art. 24 ustawy Pzp.*

*Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, że zamawiający zobowiązany jest do stosowania właściwych danemu postępowaniu przepisów ustawy Pzp od początku postępowania, tj. przygotowując dokumentację postępowania. Dokumenty, takie jak ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, odzwierciedlają oczekiwania zamawiającego i określają wymagania odnośnie wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Co za tym idzie, przy sporządzaniu treści specyfikacji zamawiający*

*powinien wziąć pod uwagę ustawowe uregulowania dotyczące zamówień sektorowych, w tym art. 133 ust. 4 ustawy Pzp mający wpływ na krąg wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający zobowiązany był do jego stosowania. Niezastosowanie ww. przepisu miało ten skutek, że w postępowaniu wskazano szersze podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, niż pozwalają na to przepisy ustawy Pzp.*

*Powyższe działanie zamawiającego było sprzeczne z dyspozycją art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Skutkiem powyższego, nie mogą podlegać uwzględnieniu zastrzeżenia zamawiającego do stwierdzonego przez Kontrolującego naruszenia. Izba miała przy tym na uwadze, że stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie ustawy Pzp, nie miało wpływu na wynik postępowania.*

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego wyrażonego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, Izba wskazuje, co następuje:

Izba podziela stanowisko zamawiającego co do obowiązującej w państwie prawa zasady prymatu przepisów powszechnie obowiązującego prawa nad treścią dokumentacji przetargowej, co nie zmienia faktu, że zamawiający obowiązany był w treści dokumentacji przetargowej uwzględnić okoliczność braku możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania zgodnie z dyspozycją art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, jakoby tylko wykluczenie wykonawcy wbrew dyspozycji wyrażonej w art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. stanowiło o naruszeniu tego przepisu. Naruszenie wskazanego przepisu związane jest bowiem z przygotowaniem przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli z jedną z pierwszych czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługuje wykonawcom prawo do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Przyjęcie, iż dopiero praktyczne zastosowanie sprzecznych z ustawą P.z.p. postanowień specyfikacji stanowi o naruszeniu przez zamawiającego ustawy P.z.p., pozbawiłoby wykonawców prawa ich skargenia po opublikowaniu specyfikacji i przed złożeniem oferty w postępowaniu.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli podniósł, iż z żadnej obowiązującej normy ustawy P.z.p. nie wynika, aby dla skuteczności przepisu rangi ustawowej (w tym przypadku art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p) koniecznym było wskazanie w jego treści w dokumentach postępowania, względnie stosowanie wskazania, że taka norma ustawowa będzie stosowana. Zamawiający stwierdził, iż już w początkowych zapisach siwz (IDW część I siwz) wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że w sprawach nieuregulowanych siwz bądź w

sytuacji rozbieżności zapisów siwz w stosunku do ustawy P.z.p. i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie odpowiednie zastosowanie i nadrzędne znaczenie mają przepisy ustawy i aktów wykonawczych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy P.z.p., specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy P.z.p. Z kolei art. 41 ust. 7 ustawy P.z.p. stanowi, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia.

Z powyższego wynika, iż ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać wszystkie podstawy wykluczenia. Z kolei siwz musi zawierać fakultatywne przesłanki wykluczenia, o ile zamawiający zdecydował się na zastosowanie którejś z nich. Jednakże posłużenie się ustawodawcy w art. 36 ust. 1 sformułowaniem „co najmniej” oznacza, że zamawiający może zawrzeć w siwz również inne elementy, w tym również obligatoryjne przesłanki wykluczenia. Skoro w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zdecydował się umieścić te przesłanki w siwz, wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu muszą mieć pełną wiedzę co do tego, w jakich okolicznościach będą z postępowania wykluczeni. Pełna informacja w tym zakresie winna oczywiście znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu.

W rozpoznawanej sprawie bezspornym jest, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.1.1) oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 10.1) wskazał, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12—23 ustawy P.z.p. (obligatoryjne podstawy wykluczenia), a także na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy P.z.p. (fakultatywne podstawy wykluczenia). Zamawiający nie poinformował o treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d.

Analiza treści wskazanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz pozwala na wniosek, że zamawiający rozszerzył przesłanki wykluczenia poprzez zaniechanie wskazania w dokumentacji postępowania okoliczności uniemożliwiających wykluczenie wykonawcy stosownie do dyspozycji art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. Zamawiający ani nie przytoczył treści art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p., ani też nie odwołał się do niego poprzez chociażby wskazanie jego jednostki redakcyjnej.

W ocenie Izby obowiązkowi poinformowania wykonawców o ograniczeniu przesłanek wykluczenia o zakres wskazany w art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. nie czyni zadość informacja,



że w sprawach nieuregulowanych siwz bądź w sytuacji rozbieżności zapisów siwz w stosunku do ustawy P.z.p. i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie odpowiednie zastosowanie i nadrzędne znaczenie mają przepisy ustawy i aktów wykonawczych. Takie działanie stoi w sprzeczności z zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą przejrzystości.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasada przejrzystości – podobnie jak pozostałe zasady prawa zamówień publicznych – wywodzi się z prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Względem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji oraz zasady jawności ma ona charakter instytucjonalny, znajdując w nich swoje odzwierciedlenie i będąc ich odzwierciedleniem. Współistnieje z nimi i jest immanentnym elementem tych zasad.

W ustawie P.z.p. ustawodawca odwołuje się wprost do przejrzystości jako zasady dopiero od niedawna, lecz wymóg zachowania przejrzystości obowiązuje od lat. W wyroku z 18 marca 2015 r. (KIO 398/15) Izba zaznaczyła, że choć zasada przejrzystości nie została *expressis verbis* wymieniona w ustawie P.z.p. (w ówczesnym brzmieniu ustawy), to jednak znajduje ona wyraz w wielu jej przepisach. Odwołanie do rzeczonyj zasady można jednak odnaleźć także we wcześniejszych wyrokach Izby. I tak, zgodnie z wyrokiem KIO z 10 maja 2012 r. (KIO 877/12) „Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzaniu jasnych i klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (zob. też wyrok KIO z 16 kwietnia 2012 r., KIO 643/12).

Przytoczone orzeczenia pozwalają wysnuć wniosek, że w praktyce przejrzystość interpretowana jest jako: obowiązek określania czytelnych, jasnych i jednoznacznych reguł postępowania o udzielenie zamówienia na każdym jego etapie, zobowiązanie zamawiających do obiektywizmu, bezstronności, wymóg jawności działań zamawiających i upubliczniania informacji związanych z procedurą oraz zamówieniem. Przejrzystość rozumiana jest też jako mechanizm pozwalający na kontrolę poprawności oraz zgodności działań zamawiającego i prowadzonych przez niego postępowań z przepisami. Przejrzystość można zatem rozumieć jako sposób przygotowania i prowadzenia postępowania, który zapewnia zachowanie pozostałych zasad prowadzenia postępowań.

Szczególnego znaczenia w kontekście zasady przejrzystości nabierają zawarte w dokumentacji postępowania informacje o podstawach wykluczenia wykonawców z

postępowania. Podkreślenia wymaga, że zasada przejrzystości nakłada na zamawiającego obowiązek odpowiedniego formułowania treści przekazywanych w trakcie postępowania informacji. Dotyczy to również informacji zawartych w dokumentacji postępowania. W szczególności informacje o podstawach wykluczenia, jako informacje o istotnym znaczeniu dla uczestników postępowania, muszą być sprecyzowane z odpowiednim wyprzedzeniem w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Warunkowi temu nie czyni zadość wskazanie w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia i zaniechanie poinformowania o wyłączeniu stosowania niektórych z nich, poprzestając na przeświadczeniu, że wystarczy, że jest ono zawarte w ustawie.

W tej sytuacji bez znaczenia pozostają rozważania zamawiającego dotyczące redakcji art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. i jej porównanie np. z art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p. w nieobowiązującym już brzmieniu. Zamawiający dokonuje rozróżnienia pomiędzy sformułowaniem: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu...”, zawartym w art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. a sformułowaniem: „Do zamówień sektorowych nie stosuje się...”, zawartym w nieobowiązującym już art. 133 ust. 3 ustawy P.z.p.

Izba podkreśla, że – bez względu na przyjętą formułę – znaczenie przepisów pozostaje takie samo, tzn. we wskazanych przypadkach wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania. W przypadku art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. niemożność wykluczenia oparta jest na takiej dyspozycji przepisu, która wprost stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, natomiast w przypadku art. 133 ust. 3 w jego nieobowiązującym już brzmieniu – z wyłączenia stosowania przepisu we wskazanym przypadku. Zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku zamawiający winien był wskazać okoliczności braku możliwości wyłączenia w dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do szerokiej argumentacji zamawiającego dotyczącej braku możliwości zmodyfikowania treści dokumentu określonego § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U 2016, poz. 1126 ze zm.), Izba wskazuje, że kontrolujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia tego przepisu. Kontrolujący na początku uzasadnienia informacji od wyniku kontroli wskazał co prawda, iż zamawiający w postępowaniu żądał dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia, niemniej jednak finalnie stwierdził naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez rozszerzenie podstaw wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Izba wyraziła zatem opinię jedynie w zakresie stwierdzonych przez kontrolującego naruszeń.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....