

Sygn. akt: KIO/KU 3/18

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 31 stycznia 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 22.11.2017 r. (znak: MZK/JRP/2912/2017) /wpływ 27.11.2017 r. / zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Miasto Zielona Góra - Miejski Zakład Komunikacji
ul. Chemiczna 8
65 - 713 Zielona Góra**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 10.11.2017 r.
(znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/147(9)/17/KB dot. KU/117/17/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Dostawę fabrycznie nowych elektrycznych niskopodłogowych autobusów miejskich
(znak sprawy 7/UE/JRP/2017).

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Justyna Tomkowska Paweł Trojan

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Zielona Góra - Miejski Zakład Komunikacji w ul. Chemiczna 8, 65 - 713 Zielona Góra – wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę fabrycznie nowych elektrycznych niskopodłogowych autobusów miejskich (znak sprawy 7/UE/JRP/2017)” – ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 075 - 144645 z 15.04.2017 r. W dniu 10.10.2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Z ustaleń kontroli uprzedniej - informacja o wyniku kontroli uprzedniej - wynikają następujące okoliczności. Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu - naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”, poprzez żądanie dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. nie były dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie określonych przesłanek fakultatywnych wykluczenia. Stwierdził, że jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” [Rozdz. XIII pkt 13.4.5 i 13.4.6] zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2) i 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako „rozporządzenie”, tj.:

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

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

Jednocześnie, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w Rozdz. XIII pkt 1. 1a) SIWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp (przesłanki wykluczenia obligatoryjne) oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 4-7 Pzp (przesłanki wykluczenia fakultatywne). Zamawiający nie przewidział natomiast fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 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.

Wskazał, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 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.

Z powyższych przepisów wynika, że zaświadczeń o których mowa w § 5 pkt 2) i 3) rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie potwierdzają niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 4-7 Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg ich przedłożenia stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp. Przedstawione powyżej stanowisko potwierdza uchwała KIO z 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 11/17. Powyższe naruszenie, jak wyraźnie stwierdzono, nie miało wpływu na wynik postępowania.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyników kontroli uprzedniej, w których podniósł co następuje. Stwierdził, że rozporządzenie MR jest aktem prawnym, na podstawie którego następuje transpozycja do polskiego porządku prawnego niektórych postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm. - dalej: „*Dyrektywa 2014/24/UE*”). Jak stanowi przypis 2 Rozporządzenia MR rozporządzenie to, w zakresie swojej regulacji wdraża m.in. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, Dz. Urz. UE L 24 z 30.01.2016, str. 14 oraz Dz. Urz. UE L 307 z 25.11.2015, str. 5). Fakt, iż Rozporządzenie MR jest aktem transpozycji do prawa Rzeczypospolitej Polskiej niektórych postanowień Dyrektywy 2014/24/UE ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia sposobu prowadzenia wykładni jego przepisów, w tym także przepisów dotyczących dokumentów służących potwierdzeniu braku przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, iż orzecznictwie organów ochrony prawnej jest powszechnie przyjęta i w pełni aprobowana zasada konieczności interpretacji prawa krajowego z uwzględnieniem postanowień prawa UE, których transpozycję do polskiego porządku prawnego stanowi dany przepis prawa krajowego. Przede wszystkim obowiązek prowsólnotowej wykładni prawa krajowego został potwierdzony i skonkretyzowany w licznych wyrokach TSUE. W myśl używanej przez TSUE formuły *„stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego specjalnie w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, sąd krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie (ang. as far as possible) w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie zapewnić zgodność z art. 249 ak. 3 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (w aktualnym stanie prawnym art. 288 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)”* [wyrok z 16.12.1993 r. w sprawie C-334/92 Wagner Miret, Rec. str. 1-6911, pkt 2; wyrok z 15.05.2003 r. w sprawie C-160/01 Mau, Rec. str. 1-4791; wyrok z 23.02.1999 r. w sprawie C-63/97 BMW, Rec. str. I-905, pkt 22; wyrok z 27.06.2000 r. w sprawach połączonych od C-240/98 do C-244/98, Rec. str. 1-4941, pkt 30, wyrok z 23.10.2003 r. w sprawie C-408/01 Adidas-Salomon i Adidas Benelux, pkt 21]. Wymóg ten stanowi immanentną cechę systemu traktatowego, który umożliwia sądom krajowym zapewnienie w ramach ich właściwości pełnej skuteczności prawa wspólnotowego przy rozstrzyganiu zawisłych przed nimi sporów. Jak podkreśla TSUE, sądy krajowe powinny czynić wszystko co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność rozpatrywanej dyrektywy i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi

przez nią celami. [wyrok z 20.05.2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/0139 Rechnungshof.]. W świetle orzecznictwa TSUE wykładnia prawspólnotowa wymaga w pewnych sytuacjach pominięcia przez sąd krajowy sprzecznego z prawem wspólnotowym przepisu prawa krajowego. W sprawie Marleasing (C-106/89) z 1990 r. TSUE uznał, że wykładnia prawspólnotowa powinna skłaniać sąd krajowy do pominięcia (niestosowania) przepisu prawa krajowego, jeżeli rezultat jego zastosowania byłby sprzeczny z brzmieniem i celem dyrektywy. Nakaz pominięcia przepisu krajowego niezgodnego z odpowiednim standardem unijnym wynika również z orzeczenia TS w sprawie Centroteel (sprawa C-456/98). Analogicznie to zagadnienie postrzegają sądy krajowe. Jak wskazał NSA w wyroku z 17.09.2010 r., sygn. akt: I FSK 237/10 - Sąd krajowy jest zobowiązany dokonywać wykładni prawa wspólnotowego tak dalece, jak to możliwe w świetle brzmienia i celu dyrektywy, aby osiągnąć cel dyrektywy. Jeszcze dobitniej obowiązek prowadzenia wykładni prawspólnotowej wyraził NSA w wyroku z 10.03.2015 r., sygn. akt: I FSK 100/14 orzekając, że podstawowym celem dokonywania wykładni systemowej jest zapewnienie zgodności między normami należącymi do odrębnych porządków prawnych (tj. prawa polskiego i prawa unijnego) oraz inspirowanie organu stosującego prawo krajowe do wyboru takiego rezultatu wykładni, który zapewnia możliwie największą skuteczność prawu unijnemu. W konsekwencji sąd krajowy powinien dokonać wykładni istniejącego prawa wewnętrznego tak, aby uwzględniała ona zarówno treść, jak i cel przepisu prawa unijnego. Natomiast wykładnia celowościowa prawa wspólnotowego nakazuje w większym stopniu uwzględniać cele konkretnych rozwiązań prawnych, niż literalne brzmienie przepisów je zawierających. Zgodnie natomiast z poglądem wyrażonym przez NSA w wyroku z 12.09.2012 r., sygn. akt: I FSK 1781/2011: *„Aby dokonać pełnej oceny zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, należy oczywiście odwołać się nie tylko do litery przepisu, ale również poznać jego kontekst, miejsce w systemie, funkcje i cele, którym służy. Przy czym sędzia krajowy nie może zapominać, że interpretacja danego przepisu krajowego powinna być dokonywana z punktu widzenia jego celu i ogólnego systemu regulacji, którego jest częścią.”* Podkreślił więc, że obowiązek prounijnej wykładni nie może zakończyć się na etapie porównania brzmienia przepisów prawa krajowego i unijnego, ale konieczne może być również dokonanie interpretacji systemowej i celowościowej przepisu prawa krajowego, w celu uniknięcia konfliktu z normą dyrektywy. Pogląd wyrażony przez NSA zasługuje w pełni na aprobatę. Wymaga bowiem przypomnienia, że dyrektywa obliguje państwa członkowskie do osiągnięcia określonego w niej rezultatu, pozostawiając jednocześnie swobodę wyboru formy i środków, które doprowadzą do jego osiągnięcia. Zgodnie natomiast z orzecznictwem TS najważniejszym kryterium oceny właściwego funkcjonowania norm dyrektyw w prawie krajowym jest zapewnienie im pełnej praktycznej efektywności i w ten sposób pełne osiągnięcie wyznaczonego rezultatu. Ocena prawidłowości środków implementacyjnych jest

z kolei dokonywana z punktu widzenia ich kompletności, jasności, jednoznaczności i precyzyjności. Tylko więc przy uwzględnieniu zasady pronunijnej interpretacji przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem zarówno wykładni językowej, systemowej i celowościowej, pozwala na ocenę, czy został spełniony rezultat określony w dyrektywie, a tym samym, czy implementacja przez ustawodawcę krajowego przepisów dyrektywy została dokonana w sposób prawidłowy. Uwzględniając formułowany przez TSUE (i w pełni aprobowany przez sądy krajowe) obowiązek wykładni prawspólnotowej w procesie stosowania prawa, normy prawne prawa krajowego powinny być interpretowane w celu zapewnienia zgodności z prawem UE tak dalece, jak jest to możliwe na podstawie prawa krajowego, w świetle treści i celu dyrektywy, aby osiągnąć rezultat w określony w dyrektywie. Należy więc podkreślić, że obowiązkiem sądu lub organu stosującego prawo, w sytuacji stwierdzenia sprzeczności między przepisem prawa krajowego, a przepisem dyrektywy, jest najpierw podjęcie próby pronunijnej wykładni przepisu prawa krajowego. Zgodnie z najbardziej aktualnym orzecznictwem TSUE oraz SN, obowiązek pronunijnej wykładni niezgodnego z prawem unijnym przepisu sięga tak daleko, że sąd krajowy może pominąć (nie zastosować) przepis prawa krajowego i w jego miejsce zastosować inny przepis prawa krajowego, który będzie zgodny z dyrektywą lub którego wykładnia taką zgodność pozwoli uzyskać [(SN w wyroku z 19.10.2012 r., sygn. akt: III SK 3/12 oraz w wyroku z 13.12.2012 r., sygn. akt: III SK 23/12. TSUE w wyroku z 24.01.2012 r. w C-282/10 (Dominguez)]. Odnosząc obowiązek wykładni prawspólnotowej do postanowień Rozporządzenia MR normujących dokumenty na potwierdzenie braku przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 25 ust. 1 pkt 15 Pzp należy wskazać na postanowienia art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE. Stosownie do postanowień tego przepisu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia obligatoryjnie wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej. Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

Art. 60 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE wskazujący katalog środków dowodowych, których może żądać zamawiający, by potwierdzić brak podstaw do wykluczenia stanowi, że instytucje zamawiające mogą wymagać zaświadczeń, oświadczeń i innych środków dowodowych, o których mowa w ust. 2, 3 i 4 niniejszego artykułu oraz w załączniku XII, jako dowodów na brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 57, oraz dowodów spełnienia kryteriów kwalifikacji zgodnie z art. 58. Instytucje zamawiające nie wymagają środków dowodowych innych niż te, o których mowa w niniejszym artykule i w art. 62. Z kolei, w myśl postanowień art. 60 ust. 2 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE jako wystarczające dowody potwierdzające, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z przypadków wymienionych w art. 57, instytucje zamawiające przyjmują w odniesieniu do ust. 2 wspomnianego artykułu - zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego. Stanowisko Prezesa UZP, jak stwierdził Zamawiający, w sprawie dokumentów jest zatem niezasadne w świetle przepisów prawa europejskiego, których transpozycję do prawa polskiego stanowi Rozporządzenie MR. Stanowisko to nie uwzględnia bowiem postanowień art. 60 ust. 2 lit b Dyrektywy 2014/24/UE, które przewidują, że jako wystarczające dowody potwierdzające, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z przypadków wymienionych w art. 57, instytucje zamawiające przyjmują, w odniesieniu do art. 57 ust. 2 wspomnianego artykułu, zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego. Z kolei art. 57 ust. 2 Dyrektywy przewiduje, że z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej. Interpretacja Rozporządzenia MR dokonywana z uwzględnieniem obowiązku zastosowania wykładni prowspólnotowej powinna prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż dokumentem służącym potwierdzeniu omawianej przesłanki wykluczenia jest właśnie zaświadczenie właściwego organu (o którym mowa w § 5 pkt 2 Rozporządzenia MR), a nie oświadczenie (własne) wykonawcy (o którym mowa w § 5 pkt 5 Rozporządzenia MR).

Gdyby przyjąć, iż na gruncie postanowień Rozporządzenia MR nie jest dopuszczalne wykazywanie braku przesłanki wykluczenia przy pomocy zaświadczenia organu to oznaczałoby to, iż RP dokonała nieprawidłowo transpozycji art. 60 ust. 2 lit b Dyrektywy 2014/24/UE do systemu prawa krajowego. Wadliwa transpozycja Dyrektywy 2014/24/UE do prawa polskiego nie uniemożliwiłaby jednak powoływanie się na uprawnienie do weryfikacji braku przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp (stanowiącym odpowiednik art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE) przy pomocy zaświadczenia właściwego organu państwa

członkowskiego. Zgodnie z postanowieniami Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej dyrektywa, co do zasady, nie aktem prawnym bezpośrednio skutecznym w przepisach prawa krajowego i jako taki wymaga transpozycji do krajowych porządków prawnych Państw Członkowskich. Tym nie mniej, w określonych sytuacjach wskazywanych w orzecznictwie TSUE dyrektywa, jako akt prawny, wywołuje skutek bezpośredni w prawie krajowym. Jak podkreśla judykatura TSUE, we wszystkich przypadkach, gdy przepisy dyrektywy wydają się, z punktu widzenia ich treści, bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, można się na nie powołać w razie niewprowadzenia środków wykonawczych w wyznaczonych terminach, wobec wszelkich przepisów krajowych niezgodnych z dyrektywą, bądź też wtedy, gdy charakter przepisów dyrektywy pozwala określić uprawnienia, jakich podmioty prawa mogą dochodzić od państwa (TSUE w wyroku z 19.01.1982 r. w C-8/81 BeckerA, w wyroku z 10.09.2002 r. w C-141/00 Kugler oraz w wyroku z 20.05.2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/01 Österreichischer Rundfunk i in.e). W sprawie C-236/92 (Comitatodi Coordinamentoper la DifesaDella Cava v Regione Lombardia), TSUE wskazał, że: *„Jeżeli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo”*. Zbliżone stanowisko wyrażone zostało przez TSUE w wyroku C-148/78 (Publico Ministerio vs. Ratti), w którym TSUE orzekł, iż *„Państwo członkowskie nie może oskarżać za czynność bezprawną wg własnego prawa, jeśli charakter czynności został zmieniony na skutek dyrektywy, która weszła w życie przed dokonaniem czynności, a prawo wewnętrzne nie zostało zmienione w duchu dyrektywy. (...) Ponadto, w przypadku, gdy norma dyrektywy jest sformułowana wyraźnie i nie zależy od krajowych przepisów wykonawczych wówczas wywiera skutek bezpośredni nawet, gdy nie została inkorporowana do prawa krajowego. Skutek bezpośredni w takiej sytuacji polega na tym, że organ krajowy odmawia zastosowania przepisu prawa krajowego, a stosuje odpowiednie postanowienia dyrektywy, po czym bezpośrednio na nich (bez dokonywania prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego) opiera swoje rozstrzygnięcie. Przyjmuje się, że bezpośredni skutek ma w takim wypadku charakter sankcji za nieprawidłową lub nieterminową implementację dyrektywy. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą TSUE, warunkiem bezpośredniego zastosowania przepisu dyrektywy jest aby był on wystarczająco jasny, precyzyjny i bezwarunkowy. Jeżeli przepis dyrektywy spełnia wymienione wyżej warunki jednostka może powołać się przed sądem krajowym bezpośrednio na ten przepis, wywodząc z niego korzystne dla siebie skutki”* (wyroku TSUE z 12.07.2012 r. sprawy połączone C-55/11, C-57/11 i C-58/11 Vodafone Espana i in.). W niniejszym przypadku przepis prawa unijnego (art. 60 ust. 2 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE) wskazuje wyraźnie, że dla potwierdzenia, iż wykonawca nie naruszył

obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej zamawiający może żądać zaświadczeń wydanych przez właściwe organy. Tym samym, nawet gdyby uznać (wbrew zasadzie wykładni prowspólnotowej), iż dla obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania wyrażonej w art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE (a w Pzp w art. 24 ust. 1 pkt 15) przepisy prawa polskiego implementujące Dyrektywę 2014/24/UE przewidują inny dokument na potwierdzenie tej okoliczności, to w następstwie wertykalnego bezpośredniego skutku dyrektywy i tak zarówno wykonawca, jak i zamawiający mieliby prawo bezpośrednio na podstawie dyrektywy dokonywać weryfikacji przesłanki wykluczenia za pomocą zaświadczenia właściwego organu. Skoro zatem udokumentowanie braku istnienia przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp (odpowiadającej przesłance z art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE) może nastąpić na podstawie bezpośrednio stosowanej dyrektywy przy pomocy zaświadczenia właściwego organu Państwa Członkowskiego, to taki zapis w SIWZ nie może być traktowany przez Prezesa UZP w kategorii naruszenia. Prawo do powołania się na bezpośredni skutek wertykalny Dyrektywy 2014/24/UE z pewnością służy wykonawcy, jako podmiotowi prawa prywatnego. Prawo to jednak służy także Zamawiającemu, który ma status gminy. Jako gmina Zamawiający korzysta z przymiotu osobowości prawnej przyznanej wprost na mocy art. 165 ust. 1 Konstytucji RP. Osobowość prawna gminy odnosi się zarówno do wymiaru podmiotowości publicznoprawnej, jak i osobowości w sferze prawa cywilnego. Osobowość prawna gminy jest jednorodna i występuje w obu sferach ze prawa. Jej istotą jest stawanie się podmiotem praw i obowiązków tak w sferze prawa publicznego, jak i prywatnego. Dodatkowo, bezpośrednio na mocy Konstytucji RP (art. 165 ust. 2) samodzielność jednostek samorządu terytorialnego podlega ochronie sądowej. Tym samym duchu ujęcia prawnonaturalnego gmina to podmiot o charakterze związku (korporacja), któremu przysługują samoistne, nie płynące z nadania Państwa a jedynie przez to Państwo uznane, zarówno prywatne, jak i publiczne prawa i obowiązki (O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* Berlin 1913 r. i O. von Gierke: *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Berlin 1913). Według SN (uchwała z 12.03.1992, sygn. akt: III CZP 165/92) gmina jest co prawda nośnikiem władztwa publicznego ale w niniejszym przypadku występuje jako podmiot w stosunkach prywatnoprawnych i uczestniczy w obrocie na gruncie prawa prywatnego. Udzielenie zamówienia nie jest przejawem władztwa publicznego gminy ale stanowi realizację celów publicznych za pośrednictwem narzędzi prywatnoprawnych. Zatem gmina może w stosunkach prywatnoprawnych być traktowana jak jednostka-obywatel i może tym samym powoływać się na bezpośredni wertykalny skutek dyrektywy w prawie krajowym. Analizując postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE (art. 60 ust. 2 lit b) w świetle sformułowanych przez

TSUE warunków bezpośredniego skutku dyrektywy w prawie krajowym wskazać należy, iż jest ona skonstruowana tak jednoznacznie, iż daje pełne prawo do dokumentowania braku przesłanki wykluczenia (z art. 57 Dyrektywy 2014/24/UE) przy pomocy zaświadczenia organu krajowego. Prawo do wykazania nieistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyartykułowane tak jednoznacznie, nie wymaga żadnych zabiegów interpretacyjnych.

Stwierdził, że przywołanie uchwały KIO z 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 11/17 w Informacji o wynikach kontroli nastąpiło jednakże z pominięciem faktu, iż przedmiotowa uchwała w żaden sposób nie uzasadnia przyjętej przez KIO wykładni Rozporządzenia MR, w myśl której zaświadczenie organu nie może być dokumentem potwierdzającym brak przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Analiza postanowień § 5 Rozporządzenia MR nie potwierdza apriorycznej tezy KIO z uchwały z 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 11/17. Zauważył, że w treści § 5 Rozporządzenia MR dokumenty dotyczące nieobligatoryjnych przesłanek wykluczenia (z art. 24 ust. 5 Pzp) zostają wyraźnie opatrzone zastrzeżeniem „*w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt...*” lub „*w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt ...*”. Widać zatem, iż prawodawca pomimo tego, iż dokumenty dotyczące obligatoryjnych i nieobligatoryjnych przesłanek wykluczenia reguluje jednej jednostce redakcyjnej Rozporządzenia MR (tzn. w § 5) to jednakże przy pomocy wskazanego powyżej zabiegu legislacyjnego stara sprecyzować te dokumenty, które dotyczą przesłanek wykluczenia uregulowanych w art. 24 ust. 5 Pzp. Z konieczności logicznej pozostałe dokumenty wskazane w § 5 Rozporządzenia MR muszą dotyczyć przesłanek wykluczenia unormowanych w postanowieniach art. 24 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (dokument z § 5 pkt 2 Rozporządzenia MR) prawodawca poczynił opisanego powyżej zastrzeżenia. W konsekwencji z przepisu § 5 pkt 2 Rozporządzenia MR nie wynika, aby dokumenty te dotyczyły wyłącznie przesłanki fakultatywnej z wyłączeniem przesłanki obligatoryjnej (z art. 24 ust. 1 Pzp). Powyższe, równoległe do wniosków płynących z obowiązku dokonywania wykładni prawspółnotowej, tworzy kolejny argument, że zaświadczenie organu jest dokumentem służącym potwierdzeniu braku przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.

Przywołał stanowisko zgodnie z którym z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Wskazany przepis kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w szczególności, gdy zalega z uiszczeniem podatków, który to fakt został stwierdzony ostateczną decyzją administracyjną lub prawomocnym wyrokiem sądu. Zdaniem Izby, wskazany przepis należy rozumieć w ten sposób, iż istnienie zaległości podatkowej, co do zasady, stanowi przeszkodę w udziale wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej jednak na tym tle dostrzec należy, że fakt istnienia zaległości podatkowej musi być aktualny na moment składania ofert. Za powyższym przemawia fakt, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać, w szczególności zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków (wyrok KIO z 16.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2278/16).

Stanowisko o uznaniu zaświadczenia właściwego organu za dokument służący potwierdzeniu braku przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp uzyskuje także w ocenie Zamawiającego wsparcie także na gruncie przepisów prawa podatkowego. Zgodnie z tym zapisem przesłankę wykluczenia jest wydanie wobec wykonawcy prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Informacje o wskazanym w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp prawomocnym wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej zawarte są w zaświadczeniach wydanych odpowiednio przez właściwy urząd skarbowy lub terenowa jednostkę ZUL lub KRUS. Zgodnie bowiem z art. 306e § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 201 z późn. zm.) zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydaje się na podstawie dokumentacji danego organu podatkowego oraz informacji otrzymanych od innych organów podatkowych. Z kolei na podstawie art. 306e § 2 Ordynacji podatkowej przed wydaniem zaświadczeń, o których mowa w § 1, ustala się, czy w stosunku do wnioskodawcy nie jest prowadzone postępowanie mające na celu ustalenie lub określenie wysokości jego zobowiązań podatkowych. Jeżeli takie postępowanie jest prowadzone i zgromadzony materiał dowodowy pozwala na jego zakończenie, powinna być niezwłocznie wydana decyzja ustalająca lub określająca wysokość zobowiązań podatkowych, w celu wykazania

ich w zaświadczeniu. W związku z przywołaną regulacją art. 306e § 1 i 2 Ordynacji podatkowej orzecznictwo sądów administracyjnych jednoznacznie wskazuje, iż zaświadczenie zawiera informacje zarówno o decyzjach nieostatecznych, jak i o decyzjach ostatecznych podkreślając, że charakter prawny zaświadczenia oraz treść art. 306e O.p. potwierdza stanowisko organu podatkowego, że nie może wydać on zaświadczenia o niezaleganiu, będąc w posiadaniu doręczonych podatnikowi, nawet nieostatecznych decyzji, z których wynikają zaległości podatkowe (wyrok NSA z 12.07.2017 r., sygn. akt. II FSK 1681/15). Zgodnie natomiast z art. 180 i 217-219 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t. j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1257 z późn. zm.) oraz art. 33 ust. 1 pkt 2 i 4 w związku z art. 45 ust. 1 pkt 2 i art. 83b ust. 1 ustawy z 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1778 ze zmianami) na wniosek płatnika składek ZUS wydaje zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek. Zaświadczenie to stwierdza, że płatnik składek nie posiada zadłużenia w ZUS na dzień jego wydania. Oba wskazane wyżej zaświadczenia swoją treścią obejmują wszelkie zaległości potwierdzone zarówno decyzjami ostatecznymi jak i nieostatecznymi i są jedynymi urzędowymi dokumentami potwierdzającymi stan zaległości w omawianym zakresie. W konsekwencji informacje w nich zawarte korespondują zarówno z przesłankami wykluczenia określonymi w art. 24 ust. 1 pkt. 15 Pzp (obligatoryjnymi) jak i fakultatywnymi, wskazanymi w art. 24 ust. 5 pkt. 8 Pzp. Biorąc zatem pod uwagę brzmienie art. 60 ust. 2 ust. 2 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE, który jednoznacznie dopuszcza możliwość żądania dokumentów wydanych przez właściwe organy oraz fakt, iż tylko te dokumenty systemem prawa krajowego dopuszcza jako potwierdzenie braku zaległości podatkowych oraz w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne należy stwierdzić, że właśnie tych dokumentów Zamawiający nie tylko może, ale jest zobligowany żądać, by w sposób prawidłowy przeprowadzić postępowanie.

Na zakończenie wskazał, że stanowisko Prezesa UZP jest niezrozumiałe w świetle treści przekazywanych przez sam UZP w trakcie przeprowadzanych szkoleń. W załączeniu przedstawiam prezentację ze szkolenia przeprowadzanego w dniu 24.10.2016r. przez UZP pt.: *„Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych po zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. Cz. II”*. Na str. 9 ww. prezentacji wskazano jednoznacznie, że w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawców określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 15 Pzp właściwym dokumentem na potwierdzenie ww. przesłanki jest właśnie zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

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

Jak wskazano w wyroku WSA w Poznaniu z 16.07.2014 r., sygn. akt: II SA/Po 1335/13: *„Z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wynika, że dyrektywa jest aktem wymagającym implementacji (wdrożenia) przez państwo członkowskie w określonym czasie. Implementowanie dyrektyw polega zasadniczo na wydaniu aktu prawnego przez właściwy organ państwa członkowskiego, który wprowadzi normy zawarte w dyrektywie do porządku prawnego w tym państwie. O pełnej implementacji dyrektywy można mówić, gdy normy prawa krajowego stwarzają podstawy do kompetencji organów państwowych, a także określając uprawnienia lub obowiązki podmiotów prawa, niezbędne do osiągnięcia celów, przewidzianych w danej dyrektywie. Implementacja dyrektywy nie musi natomiast polegać, ani zasadniczo nie powinna, na dosłownym przepisywaniu ich tekstów do ustaw krajowych.”*

Ponadto również wskazał, iż regulacje prawa europejskiego w zakresie zamówień publicznych pozwalają państwom członkowskim na wprowadzenie bardziej restrykcyjnych obwarowań niż regulacje unijne. Przykładowo, TSUE w wyroku z 22.10.2015 r. C-425/14 Impresa Edilux Srl: *„należy przyznać państwom członkowskim określony zakres uznania w celu przyjmowania środków mających zagwarantować przestrzeganie zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości, które obowiązują instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić w świetle charakterystycznych dla niego względów historycznych, prawnych, ekonomicznych i społecznych sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tej zasady i tego obowiązku”*

(podobnie wyrok z 23.12.2009 r. C-376/08 Serrantoni i Consorzio stabile edili, oraz przytoczone tam orzecznictwo). Analiza przywołanego przez Zamawiającego art. 57 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/181WE (Dz. Urz. UE.L Nr 94, str. 65) wskazuje, że:

- 1) obowiązkowo państwa członkowskie mają obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej;
- 2) instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne. Przytoczone powyżej unormowania zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego odpowiednio - pkt 1) - w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp i pkt 2) - w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.

Analizując z kolei art. 60 ww. dyrektywy 2014/24/UE wskazał, że stosownymi środkami dowodowymi w odniesieniu do braku naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne w okolicznościach opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp są dokumenty, określone w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, będące zaświadczeniami wydawanymi przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego, tj. środkami dowodowymi w świetle uregulowania art. 60 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE. Oczywistym jest zatem, że Zamawiający wskazując na fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp jest zobowiązany do żądania ww. dokumentów od wykonawców i są to środki dowodowe, za pomocą których Zamawiający określa brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie niniejszego przepisu.

Przypomniał, że na gruncie krajowym o wydanie zaświadczenia z US oraz z ZUS, może wystąpić tylko podatnik oraz płatnik składek, a Zamawiający nie jest do tego uprawniony. Jednakże ustawodawca krajowy przesądził w § 5 pkt 5 rozporządzenia, że w zakresie przesłanki obligatoryjnej wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której stanowi art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp, Zamawiający może żądać jedynie oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na

ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności. Reasumując, ustawodawca krajowy korzystając z możliwości stworzonej przez ustawodawcę unijnego ustanowienia regulacji w zakresie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz mając na uwadze uwarunkowania prawne, ekonomiczne i społeczne, przewidział w rozporządzeniu dwa rodzaje dokumentów, przy czym zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenie z ZUS, są dokumentami służącymi potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanki fakultatywnej wymienionej w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp a nie przesłanki obligatoryjnej z wymienionej w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Tym samym za chybione należy uznać zarzuty Zamawiającego dotyczące błędnej wykładni prawa wspólnotowego w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających ich brak, a także nieprawidłowej transpozycji art. 60 ust. 2 lit. b dyrektywy 2014/24/UE do krajowego porządku prawnego.

W tym miejscu ponownie wskazał na art. 25 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym 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. Jednocześnie wskazał, iż art. 26 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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 Pzp.

Powyższe oznacza, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp Zamawiający ma obowiązek żądać oświadczeń i dokumentów, które potwierdzają okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym m.in. brak podstaw wykluczenia.

Żądane dokumenty i oświadczenia muszą być zatem niezbędne do przeprowadzenia postępowania i uprzednio wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Rodzaje dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy zostały określone w ww. rozporządzeniu. Przepis § 5 rozporządzenia zawiera katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez Zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych określonych w art. 24 ust. 1 Pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 Pzp. Przy czym użyte w przepisie § 5 rozporządzenia sformułowanie „Zamawiający może żądać następujących dokumentów” oznacza zakaz żądania przez Zamawiającego od wykonawców dokumentów innych niż wyszczególnione w tym przepisie w celu potwierdzenia przez wykonawców braku konkretnych przesłanek wykluczenia. Jednocześnie należy zauważyć, że przepis § 5 rozporządzenia, w stosunku do tych z dokumentów, w których opisie ustawodawca nie zamieścił wskazania konkretnej przesłanki wykluczenia, nie uprawnia Zamawiającego do żądania tego rodzaju dokumentów w celu potwierdzenia braku innych przesłanek wykluczenia niż Zamawiający jest w stanie stwierdzić w oparciu o informacje zawarte w treści tych dokumentów. 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 Pzp, z uwagi na żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego ustalonego w wyniku kontroli przedmiotowego postępowania należy stwierdzić, iż Zamawiający w celu potwierdzenia braku istnienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp uprawniony był jedynie do żądania oświadczenia i dokumentów określonych w § 5 pkt 5 rozporządzenia.

Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 15 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. W tym miejscu podkreślić należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, 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 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.”

Powyższe oznacza, że inne niż wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 15 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 jako przesłankę fakultatywną, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, czego w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający zaniechał.

Niezależnie od powyższego zauważył, że dokumenty, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie zawierają informacji o wydaniu prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne co oznacza, iż na ich podstawie Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić istnienia lub braku istnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.

Na podstawie ww. dokumentów Zamawiający ma jedynie możliwość weryfikacji, czy:

- wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, ewentualnie, czy zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, ewentualnie, czy zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Tym samym ww. dokumenty są jedynie nośnikami informacji m.in. w zakresie terminowego wywiązywania się przez wykonawcę z ciążących na nim zobowiązań podatkowych lub zobowiązań powstałych z tytułu płatności składek na ubezpieczenie społeczne, lecz nie potwierdzają, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp, gdyż nie wynika z nich, że wobec wykonawcy wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Jednakże sam fakt istnienia zaległości z tytułu niewywiązywania się z obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne przez wykonawcę, wobec którego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem ww. zaległości publicznoprawnych, nie skutkuje sankcją wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Zamawiający chcąc ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom będącym w powyżej opisanej sytuacji (występowanie zaległości i brak prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej) - jest uprawniony do ustanowienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 8 Pzp.

W świetle powyższego nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego, iż zaświadczenia z m.in. Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS zawierają również informacje, które dotyczą także przesłanki obowiązkowej i mogą być składane na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.

Wymaga bowiem podkreślenia wskazany w przepisie art. 25 ust. 1 Pzp przymiot niezbędności, jaki muszą posiadać oświadczenia i dokumenty żądane przez zamawiającego od wykonawcy. Jeżeli zatem podstawowym dokumentem weryfikacyjnym w odniesieniu do podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp jest oświadczenie wykonawcy (§ 5 pkt 5 rozporządzenia), to oznacza to, że inne dokumenty, nawet jeżeli częściowo lub pośrednio zawierają także informacje odnoszące się do tej przesłanki wykluczenia, nie stanowią dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Na gruncie ww. regulacji określenie „niezbędny” oznacza, że bez danego dokumentu nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania, czy też konkretnej czynności składającej się na to postępowanie. W analizowanym przypadku czynnością tą jest dokonanie przez zamawiającego weryfikacji wykonawców pod kątem nie podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp. Jak już była o tym mowa powyżej, w treści rozporządzenia (§ 5 pkt 5) ustawodawca przesądził, iż dokumentem - wystarczającym, a jednocześnie niezbędnym - do dokonania weryfikacji wykonawców w odniesieniu do tej przesłanki wykluczenia z postępowania jest oświadczenie wykonawcy. Powyższe, w odniesieniu do ww. podstawy wykluczenia, nakazuje odmówić przymiotu niezbędności innym dokumentom określonym w § 5 rozporządzenia. Skoro bowiem ocena wykonawców w tym zakresie jest możliwa w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w § 5 pkt 5 rozporządzenia, to inne dokumenty nie mogą być uznane za niezbędne do dokonania tej oceny, a w konsekwencji nie stanowią dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W świetle powyższego nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, zgodnie z którym zaświadczenia m.in. naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwej

terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS zawierają również informacje, które dotyczą także przesłanki obligatoryjnej i mogą być składane na potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.

Powyższe stanowisko potwierdzono w uchwale KIO z 24.11.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 63/17. Zaś wynikające z tej uchwały stanowisko wpisuje się w ustabilizowaną linię orzeczniczą KIO oraz potwierdza jej bezsporny i niekontrowersyjny charakter. Za wyraz powyższego należy także uznać uchwałę KIO z 22.09.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 56/17. Z kolei w odniesieniu do przywołanego przez Zamawiającego wyroku KIO z 16.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2278/16 podniósł, iż zapadł on na tle konkretnego stanu faktycznego i z jego treści nie wynika prawidłowość działań zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu. Ponadto, zarzuty odwołania będące przedmiotem rozstrzygnięcia Izby dotyczyły zupełnie innych kwestii niż dopuszczalność żądania od wykonawców przedmiotowych zaświadczeń na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach wskazanych w obowiązkowej przesłance przewidzianej w art 24 ust. 1 pkt 15 Pzp, bez jednoczesnego stosowania przez podmiot zamawiający przesłanki fakultatywnej z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Jednocześnie należy podkreślić, że w uzasadnieniu powyższego wyroku Izba stwierdziła również: „zdaniem Izby, przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp dotyczy jedynie sytuacji, w której na moment składania wniosków czy też ofert można przypisać wykonawcy zaległość podatkową i została ona stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną.” Powyższych okoliczności zaś nie można potwierdzić dokumentem - zaświadczeniem urzędu skarbowego oraz właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, a wyłącznie oświadczeniem własnym wykonawcy przewidzianym w § 5 pkt 5 rozporządzenia.

Na zakończenie, odnosząc się do kwestii spójności stanowiska UZP w zakresie omawianej problematyki należy zauważyć, że na stronie internetowej UZP: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/przedswiezecia-edukacyjne/konferencje.seminaria/szkolenie-aspekty-spooleczne-w-zamowieniach-publicznych-po-zmianie-ustawyprawo-zamowien-publicznych> upubliczniona jest prezentacja, która w sposób jednoznaczny i niepodlegający wątpliwości przedstawia stanowisko Urzędu w pełni zgodne z opisanym w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 171 a Pzp w zw. z art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Po dokonaniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za własne stanowisko Prezesa UZP w zakresie braku naruszenia przez Prezesa UZP prowspólnotowej interpretacji rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz wnioski Prezesa UZP płynące z analizy wskazanych przez Zamawiającego przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Podnosząc, że jest one zgodne ze stanowiskiem wynikającym z uchwał: KIO z 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 11/17, KIO z 22.09.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 56/17, KIO z 24.11.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 63/17, czy też KIO z 29.11.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 65/17, które zostały także wzięte pod uwagę przez skład orzekający Izby. Nadto, należy wyraźnie podkreślić, że stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik.

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

Nadto, przywołane powyżej przepisy w swej treści niewątpliwie wskazują na wprowadzone do systemu krajowego przesłanki obligatoryjnego i fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z naruszeniem tego przepisu mamy zatem do czynienia w sytuacji, w której Zamawiający żąda od wykonawców oświadczeń lub dokumentów w zakresie przekraczającym granice zakreślone przez ustawodawcę w treści przepisu art. 25

ust. 1 Pzp, tj. gdy żądane oświadczenia lub dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Na podstawie upoważnienia - art. 25 ust. 2 Pzp - zostało wydane rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - Dz.U. z 2016 poz. 1126. Oświadczenia i dokumenty, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy zostały wskazane w tym rozporządzeniu. W § 5 rozporządzenia zawarty jest zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Tym samym, określając dokumenty żądane na potwierdzenie braku występowania przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania, Zamawiający może wskazać wyłącznie oświadczenia i dokumenty, które zostały wymienione w § 5 rozporządzenia.

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

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

z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

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

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

Treść tego przepisu stanowi, iż w odniesieniu do niektórych dokumentów występuje jednoznaczne określenie, poprzez wskazanie właściwego przepisu, do której przesłanki

wykluczenia ma zastosowanie (pkt 1, 4, 7, 8), przy czym dotyczy to zarówno przesłanek określonych w ust. 1 (obligatoryjnych) jak i ust. 5 (fakultatywnych), natomiast w odniesieniu do innych, takie wskazanie poprzez odniesienie do konkretnego przepisu nie występuje np. w odniesieniu do dokumentów pozostających w związku z przedmiotową - Informacją o wyniku kontroli i zastrzeżeniami wniesionymi przez Zamawiającego, tj. wymienionych w pkt 2, 3 i 5.

Nie oznacza to jednak braku przyporządkowania określonego dokumentu do konkretnej przesłanki wykluczenia albowiem przyporządkowanie występuje za sprawą treści tych przepisów.

W ocenie Izby - § 5 pkt 5 ww. rozporządzenia zawiera treść jednoznacznie i w pełni powiązaną z przesłanką określoną w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp („wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności” - art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp /„oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności” - § 5 pkt 5 rozporządzenia/. Izba zauważa również, iż § 5 pkt 2 i 3) rozporządzenia zawierają treści ściśle powiązane z treścią art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.

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

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

zastosowania przez Zamawiającego tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia, dokumenty te nie powinny być żądane przez Zamawiającego. Nie są, bowiem niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Tym samym inne niż wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 15 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 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 Pzp, jest pozbawione podstawy prawnej i w świetle art. 25 ust. 1 Pzp, stanowi ono żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

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

Odnosnie prezentacji UZP. W ocenie Izby, w informacji, zawartej na wskazanej przez Zamawiającego str. 9, znalazła się omyłka, polegająca na zamianie podstaw wykluczenia i dotyczących ich dokumentów. Wskazuje na to również przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, przywołany w odniesieniu do dokumentu w postaci oświadczenia własnego wykonawcy, zamieszczony na kolejnej stronie prezentacji. Niniejsza omyłka została w stosownej prezentacji poprawiona zgodnie z odesłaniem wskazanym w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....