

Sygn. akt KIO/KU 6/24

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 19 marca 2024 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Województwo Śląskie

Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego

Z siedzibą w Katowicach, ul. Ligonía 46

w imieniu którego postępowanie prowadzi:

Koleje Śląskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Z siedzibą w Katowicach, ul. Raciborska 58

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej znak **KU/91/23/DKZP**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

zakup zeroemisyjnego taboru kolejowego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

Adriana Urbanik

Wyraża opinię, że

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Kontrola udzielenia zamówień publicznych dotyczących zakupu zeroemisyjnego taboru kolejowego została wszczęta z urzędu w dniu 29 grudnia 2023 r.

W dniu 19 lutego 2024 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał informację o wyniku kontroli uprzedniej stwierdzając naruszenie przez zamawiającego art. 124 ust. 1 ustawy w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, przez określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W uzasadnieniu informacji wskazał, że zgodnie z sekcją X pkt 10.5. SWZ, zamawiający na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia żądał od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b), pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7 lit. a)-e) oraz i) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415).

W sekcji X pkt 10.12. SWZ zamawiający zastrzegł, że „W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w pkt 10.11, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, a także w celu wykazania braku wobec tych podmiotów podstaw do wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w Postępowaniu, Wykonawca:

1) składa wraz z ofertą zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów Wykonawcy - zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów;

2) składa wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dotyczący tych podmiotów, w zakresie wskazanym w Części II Sekcji C JEDZ (Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów);

3) w terminie określonym w pkt 10.5, przedkłada w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia i dokumenty tam wskazane.

Prezes UZP zauważył, że, zamawiający żądał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, podmiotowych środków dowodowych, określonych w sekcji X pkt 10.5. SWZ, tj. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b), pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7 lit. a)-e) oraz i) rozporządzenia.

Zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 11.01.2024 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w którym miejscu w dokumentacji postępowania zamawiający wyłączył obowiązek żądania od podmiotu trzeciego dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 18.01.2024 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Pełnomocnik Zamawiającego wskazuje, że w dokumentacji postępowania nie znajduje się wprost wyłączenie obowiązku żądania od podmiotu trzeciego dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Pełnomocnik Zamawiającego wskazuje przy tym, że:

- W Sekcji X pkt. 10.9 znajduje się zapis w brzmieniu:
-10.9. W zakresie nieuregulowanym Ustawą PZP lub niniejszą SWZ do oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę w Postępowaniu zastosowanie mają przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji.
- z ostrożności należy wskazać na:
- treść Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO/KU 15/22,

- w tym postępowaniu zapisy SWZ w tym zakresie nie były przedmiotem wątpliwości Wykonawców na etapie pytań i wyjaśnień Zamawiającego,
- w złożonej w postępowaniu jedynej ofercie NEWAG S. A. nie polegał na zasobach innych podmiotów”.

Mając na uwadze powyższe, zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Natomiast zgodnie z treścią art. 119 ustawy, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Stosownie bowiem do treści § 5 ust. 1 rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika, że jego zakres - w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Tym samym Kontrolujący stwierdził, że określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza treść art. 124 ust. 1 ustawy w związku z § 5 ust. 1 rozporządzenia.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W dniu 23 lutego 2024 r. zamawiający wniósł motywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli i oczekując uwzględnienia zastrzeżeń w całości zarzucił im:

- niepełną i wadliwą wykładnię przepisów ustawy w odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem kontroli i w konsekwencji wadliwą ocenę zachowania zamawiającego, a to poprzez błędną wykładnię art. 124 ust. 1 ustawy w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, dalej: Rozporządzenie), a w konsekwencji niezasadne stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 124 ust. 1 ustawy w zw. z § 5 ust. 1 Rozporządzenia poprzez określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zdaniem zamawiającego, nie sposób się zgodzić, a to z uwagi na szereg argumentów, które podniesione zostały słusznie również przez innego zamawiającego - Gminę Gromnik w toku składania zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 25 marca 2022 r. (znak sprawy KU/17/22/DKZP) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych do produkcji energii elektrycznej w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych w ramach projektu „Ekopartnerzy na rzecz słonecznej energii Małopolski”, w analogicznym stanie faktycznym i prawnym.

W pierwszej kolejności zamawiający podkreślił, że zgodnie z sekcją X pkt 10.5. SWZ, zamawiający na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia żądał od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b), pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7 lit. a)-e) oraz i) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415).

W sekcji X pkt 10.12. SWZ zamawiający zastrzegł, że:

„W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w pkt 10.11, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu

umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, a także w celu wykazania braku wobec tych podmiotów podstaw do wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w Postępowaniu, Wykonawca:

- 1) składa wraz z ofertą zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów Wykonawcy - zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów;
- 2) składa wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dotyczący tych podmiotów, w zakresie wskazanym w Części II Sekcji C JEDZ (Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów);
- 3) w terminie określonym w pkt 10.5, przedkłada w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia i dokumenty tam wskazane."

Zauważył, że żądał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji Innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, podmiotowych środków dowodowych, określonych w sekcji X pkt 10.5. SWZ, tj. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b), pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7 lit. a)-e) oraz i) Rozporządzenia.

Zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 11.01.2024 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w którym miejscu w dokumentacji postępowania zamawiający wyłączył obowiązek żądania od podmiotu trzeciego dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 18.01.2024 r. zamawiający wskazał:

„Pełnomocnik Zamawiającego wskazuje, w dokumentacji postępowania nie znajduje się wprost wyłączenie obowiązku żądania od podmiotu trzeciego dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia. Pełnomocnik Zamawiającego wskazuje przy tym, iż:

-10.9. W zakresie nieuregulowanym Ustawa PZP lub niniejsza SWZ do oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę w Postępowaniu zastosowanie mają przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz Rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji.

• z ostrożności należy wskazać na:*

- treść Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO/KU 15/22, - w niniejszym postępowaniu zapisy SWZ w tym zakresie nie były przedmiotem wątpliwości Wykonawców na etapie pytań i wyjaśnień Zamawiającego,

- w złożonej w postępowaniu jedynej ofercie NEWAG S. A. nie polegał na zasobach innych podmiotów".

Zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, w tym oświadczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w odniesieniu do podmiotów na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega w toku wykonywania zamówienia.

Wskazana praktyka zgodna jest nie tylko z wyjaśnieniami przedkładanymi w toku kontroli Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, ale również z wykładnią językową, systemową oraz celowościową powoływanych przepisów.

Za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w Uchwale KIO z dnia 26 kwietnia 2022 r. w sprawie zadekretowanej pod sygn. akt KIO/KU 15/22 wskazać należy, co następuje.

(1) przesłanki wykluczenia wskazane w art. 108 ustawy mają charakter obligatoryjny, a więc nie mogą być przedmiotem zawężającego zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z powyższego wyprowadzić należy wniosek, że zamawiający nie ma możliwości ograniczenia zakresu badania przesłanek tam wskazanych wobec któregośkolwiek z podmiotów, które badaniu takiemu zgodnie z ustawą powinny podlegać (wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby).

(2) Zgodnie z art. 119 ustawy zamawiający bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Użycie przez ustawodawcę słowa „bada” oznacza, że zamawiający jest do wskazanego badania zobligowany.

(3) Jednocześnie na uwadze mieć należy, że ustawa nie wyłącza przesłanki ujętej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy (w całości lub w części) z zakresu dotyczącym weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby.

(4) Treść art. 119 ustawy koreluje w pełni z treścią Dyrektywy Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: Dyrektywa), która w swym art. 63 wskazuje:

„Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia”.

Powyższe stanowisko potwierdzenie znajduje również w doktrynie: „Przepis art. 119 ustawy wymaga również badania, czy nie zachodzą wobec podmiotu trzeciego również przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Treść przepisu art. 119 ustawy pozostaje w zgodności z obowiązkiem wynikającym z art. 124 pkt 1 ustawy (żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia) oraz art. 125 ust. 5 ustawy (żądania od podmiotu trzeciego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy co do braku wszystkich przesłanek wykluczenia, które zostały przewidziane w dokumentach zamówienia względem wykonawcy, w tym przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy). Obowiązek badania, czy nie zachodzą wobec podmiotu trzeciego podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy, wynika także z motywu 84 oraz art. 63 dyrektywy 2014/24/UE. Przepis § 5 ust. 1 r.w.r.d., określając katalog podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać, pomija § 2 ust. 1 pkt 2 r.w.r.d. (oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej). Należy jednak zwrócić uwagę na rozbieżność co do żądania podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstawy wykluczenia podmiotu trzeciego żart. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy występujący w przepisach rozporządzenia MRPIIT w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które w § 5 ust. 1 przewiduje możliwość żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia m.in. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 lit. c, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Oznacza to, że w zakresie żądania od podmiotu trzeciego

podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia żart. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy przepisy wskazanego rozporządzenia pozostają w sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych i dyrektywa 2014/24/UE." (Józef Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 119)

Zasadę zgodnie z którą zakres badania podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby jest identyczny z zakresem badania podstaw wykluczenia wykonawcy potwierdza treść art. 125 ust. 5 ustawy „wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby."

Jak wskazane zostało w cytowanej powyżej treści Komentarza zgodnie z motywem 84 Dyrektywy „jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przedstawiać stosowne informacje w odniesieniu do podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, tak by weryfikacja informacji dotyczących takich podmiotów mogła zostać przeprowadzona łącznie z weryfikacją odnoszącą się do głównego wykonawcy i na takich samych warunkach."

Zwrócił uwagę że standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia nie różnicuje w swej treści reguł dla wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wypełnienia Części III sekcji C o treści „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji". Sekcja ta umożliwia udzielenie jednoznacznej odpowiedzi - TAK lub NIE zarówno przez wykonawcę jak i przez podmiot udostępniający zasoby.

Na mocy art. 128 ust.6 ustawy Minister właściwy do spraw gospodarki uzyskał uprawnienie do określenia, w drodze rozporządzenia, rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okresu ich ważności oraz form, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposobu komunikacji między zamawiającym, a wykonawcą. Rozporządzenie z założenia ma więc charakter wykonawczy oraz traktuje o kwestiach technicznych.

Regulacja ujęta w par. 5 ww. Rozporządzenia wprowadziła wprawdzie wyjątek w zakresie badania podstaw wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby, niemniej uczyniła to w sposób nieprzewidziany zapisami dyrektywy jak i ustawy. Podkreślił, że delegacja do wydania rozporządzenia nie obejmuje uprawienia do dookreślenia (w tym

wskazania wyjątków) zasad badania podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby w odniesieniu do treści art. 119 ustawy. Wskazanie w Rozporządzeniu wyjątku od zasady określonej w art. 119 ustawy należy zatem ocenić jako wykraczające poza zakres zakreślonej w art. 128 ust. 6 ustawy treści.

Motywnym wprowadzenia badania podstaw wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby do europejskich i polskich przepisów o zamówieniach publicznych było wyeliminowanie praktyk, w ramach których podmiot podlegający wykluczeniu z udziału w postępowaniu (np. w efekcie uczestnictwa w grupie kapitałowej z innym wykonawcą) przyjmował rolę podmiotu udostępniającego zasoby, tj. podmiotu nieweryfikowanego w zakresie podstaw wykluczenia.

Wykładnia celowościowa treści art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 119 ustawy pozostaje spójna z wykładnią gramatyczną przepisów.

Zważywszy, że ustawa nie zawiera przepisu, który w swojej treści wskazywałby na wyłączenie badania podmiotu udostępniającego zasoby na okoliczność uczestnictwa w grupie kapitałowej z innymi wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu, to uzasadnionym jest przyjęcie przez zamawiających założenia zgodnego z prawem oraz zasadami logiki, że ustawodawca świadomie przyjął w treści ustawy, a w konsekwencji, że podmiot udostępniający zasoby powinien być badany na okoliczność uczestnictwa w grupie kapitałowej z wykonawcami, którzy składają oferty w postępowaniu.

Ponad powyższe zwrócił uwagę na wewnętrzną sprzeczność regulacji Rozporządzenia. Zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia w zw. z art. 124 ustawy w postępowaniu powyżej progów unijnych zamawiający jest zobligowany do żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7) lit c) Rozporządzenia, tj. oświadczenia o aktualności danych zawartych w JEDZ w zakresie informacji dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Powyższe nie wyłącza z zakresu tego oświadczenia informacji o braku porozumienia w postaci uczestnictwa grupie kapitałowej, które zgodnie z treścią art. 108 ust. 1 pkt 5 jest jednym z przejawów porozumienia mającego na celu zakłócenie uczciwej konkurencji.

Z kolei zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia oświadczenie obejmuje informację o przynależności do grupy kapitałowej będącej przykładem niedozwolonego porozumienia o którym mówi pierwsza część art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy tj. „oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi

przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej". W konsekwencji powyższego pierwszy z opisanych powyżej podmiotowych środków dowodowych, który zamawiający musi wyegzekwować od podmiotu udostępniającego zasoby zawiera informacje o treści potwierdzającej, że ten nie zawarł jakiegokolwiek nielegalnego porozumienia w tym o treści sprecyzowanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Drugi z opisanych podmiotowych środków dowodowych, który w ocenie UZP nie może być egzekwowany od podmiotu udostępniającego zasoby, sprowadza się do informacji, że podmiot ten nie zawarł jednego konkretnego porozumienia zaliczającego się do grupy niedozwolonych porozumień w tym dotyczącego uczestnictwa w grupie kapitałowej.

A więc treść oświadczenia drugiego (zakazanego) mieści się w treści oświadczenia pierwszego (obowiązkowego).

Oczywista sprzeczność między brzmieniem ustawy oraz Rozporządzenia nie może zostać wykluczona poprzez przyznanie prymatu normie znajdującej się w akcie niższego rzędu jakim jest Rozporządzenie.

Wobec nakreślonej powyżej argumentacji w ocenie zamawiającego uprawniony jest wniosek, że zamawiający prawidłowo zażądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z treścią art. 119 ustawy. Działania takiego nie można zakwalifikować jako naruszenia przepisów § 5 ust. 1 Rozporządzenia ze względu na to, że przepis ten w części wyłączającej możliwość żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia jest niezgodny z treścią art. 119 ustawy w zakresie w jakim wprowadza wyjątek do tego przepisu w sposób sprzeczny z delegacją do jego wydania.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z z dnia 1 kwietnia 2022 r. wydana pod sygn. akt KIO/KU 15/22 „Nie ulega wątpliwości, że przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy jest przesłanką obligatoryjną, od której badania względem wykonawcy zamawiający nie może odstąpić. Ponadto, art. 119 ustawy nakłada na zamawiającego dodatkowy obowiązek badania przesłanek wykluczenia przewidzianych względem wykonawcy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby. Dyspozycja powyższego przepisu determinuje zatem konieczność badania względem podmiotu trzeciego również przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nie przewidując w tym zakresie wyjątków. Uregulowanie wynikające z art. 119 ustawy pozostaje w zgodności z obowiązkiem wynikającym z art. 124 ust. 1 żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz art. 125 ust. 5 ustawy żądania od podmiotu trzeciego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, a więc również wstępnego oświadczenia co do braku wszystkich przesłanek wykluczenia, które zostały przewidziane w dokumentacji postępowania względem wykonawcy, w tym przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy -18 Część

III sekcja C o treści „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji (...) regulacje ustawowe są spójne i jednoznaczne co do obowiązków nałożonych na zamawiającego w zakresie badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu udostępniającego zasoby.”

Ponadto jak wskazano w ww. uchwale:

„Mając na względzie powyższe, wobec rozbieżności przepisów ustawowych i wykonawczych trudno zamawiającemu przypisywać naruszenie w sytuacji, gdy zamawiający zastosował się do regulacji ustawowej. Izba uznała zatem, że Prezes Urzędu niezasadnie stwierdził naruszenie art. 124 ust. 1 ustawy w zw. z par. 5 ust. 1 Rozporządzenia.”

§ 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia regulując katalog podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać pomija § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, a więc oświadczenie wykonawcy, „w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej”. Oczywiście pozostaje również rozbieżność co do żądania podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstawy wykluczenia podmiotu trzeciego z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w treści samego Rozporządzenia, które jednak w § 5 ust. 1 przewiduje możliwość żądania od podmiotu trzeciego w § 2 ust. 1 pkt 7 lit. c: „7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.” W świetle powyższego oczywistym jest, iż w zakresie żądania od podmiotu udostępniającego zasoby podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy uregulowanie wykonawcze pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawowymi i unijnymi. Niewątpliwie kolizja norm ustawowych i wykonawczych powinna zostać rozwiązana zgodnie z regułą hierarchiczną *lex superior derogat legi inferiori*, nadającą prymat uregulowaniu ustawowemu, a w konsekwencji prowadzić do uznania, że przesłanki wykluczenia przewidziane względem wykonawcy muszą zostać zbadane również w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, w tym podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy zgodnie z art. 119 ustawy. W konsekwencji żądanie podmiotowego środka dowodowego określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia od podmiotu udostępniającego

zasoby należało uznać za zgodne z ustawą. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy może regulować wyłącznie kwestie przypisane mu przez ustawę, a ta w art. 119 ustawy jednoznacznie stanowi o obowiązku badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu trzeciego w zakresie identycznym jak przewidziane dla wykonawcy, nie stanowiąc w tym zakresie wyjątków.

W dniu 7 marca 2024 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli i przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosząc się do zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, Kontrolujący wskazał, co następuje.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 11.01.2024 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w którym miejscu w dokumentacji postępowania zamawiający wyłączył obowiązek żądania od podmiotu trzeciego dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

W odpowiedzi na ww. Wezwanie, w piśmie z dnia 18.01.2024 r. zamawiający wskazał, iż „Pełnomocnik Zamawiającego wskazuje, iż w dokumentacji postępowania nie znajduje się wprost wyłączenie obowiązku żądania od podmiotu trzeciego dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia”.

W związku z powyższym wskazał, że w złożonych zastrzeżeniach zamawiający nie kwestionuje stwierdzonego w toku kontroli faktu, iż w dokumentach zamówienia określił, że w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, będzie żądał przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach powołał się na Uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KU 15/22). Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonej uchwale wskazała, iż „Nie ulega wątpliwości, że przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy jest przesłanką obligatoryjną, od której badania względem wykonawcy zamawiający

nie może odstąpić. Ponadto, art. 119 ustawy nakłada na zamawiającego dodatkowy obowiązek badania przesłanek wykluczenia przewidzianych względem wykonawcy w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby. Dyspozycja powyższego przepisu determinuje zatem konieczność badania względem podmiotu trzeciego również przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy nie przewidując w tym zakresie wyjątków. (...)"

Ponadto Kontrolujący wskazał, że zgodnie z opinią Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22.08.2022 r. dotyczącej sprawy KU/17/22/DKZP w zakresie wątpliwości, czy żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U., poz. 2415) w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza treść art. 124 ust. 1 ustawy w zw. z § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia, wskazano, że „Zgodnie z treścią art. 124 pkt. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. W świetle art. 119 ustawy zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Przepis art. 125 ust. 5 ustawy stanowi, że w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, wykonawca przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1 ww. artykułu, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Obligatoryjna podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy przewiduje, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Z kolei w świetle § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów

lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), zwanego dalej „rozporządzeniem”, na okoliczność braku zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, zamawiający może żądać następujących środków dowodowych:

(1) oświadczenia wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo

(2) oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej - zwanych dalej „oświadczeniami”.

Jednocześnie, zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3 - 7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania.

Mając na uwadze powyższe normy prawne wskazać należy, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby w celu wykazania braku podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Taka interpretacja wynika z literalnego brzmienia § 5 ust. 1 rozporządzenia, jak również z celu przepisów ustawy w zakresie dotyczącym wykluczania wykonawców powiązanych kapitałowo oraz istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu zdaniem kontrolującego dostrzeżenia wymaga, że wprowadzenie dodatkowej przesłanki wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu ze względu na ich przynależność do tej samej grupy kapitałowej do systemu zamówień publicznych stanowiło wyraz wzmocnienia ochrony prawidłowości przebiegu postępowania poprzez ograniczenie sytuacji, w których w jednym postępowaniu oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składali przedsiębiorcy stanowiący de facto jeden podmiot gospodarczy. Pomimo tego, że przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej to odrębni w sensie prawnym przedsiębiorcy, nie występuje między nimi faktyczna niezależność, a co za tym idzie nie konkurują oni ze sobą, co może doprowadzić do wystąpienia negatywnych zjawisk w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i naruszenia zasady rzeczywistej konkurencyjności tych postępowań.

Dodanie nowej przesłanki wykluczenia referującej do przynależności wykonawców do tej samej grupy kapitałowej oznaczało, że ustawodawca upatrywał zagrożenia uczciwej konkurencji w relacjach między wykonawcami składającymi oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i taki cel tej regulacji przyświecał ustawodawcy również na gruncie ustawy.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca ubiega się bowiem o udzielenie zamówienia publicznego i to wykonawca zawiera z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasoby podmiotu trzeciego udostępnione wykonawcy służą li tylko wykazaniu przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji. Badanie przez zamawiającego czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia nie może abstrahować od wskazanej istoty przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, czyli horyzontalnego zagrożenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji (tj. między wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia), a nie między podmiotem udostępniającym zasoby a innym wykonawcą w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

Nie sposób również podzielić poglądu, jakoby przepis § 5 ust. 1 rozporządzenia pozostawał w sprzeczności z art. 119 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Cechą aktu wykonawczego jakim jest rozporządzenie, wydane w celu wykonania ustawy, jest materialne i formalne powiązanie tego aktu z ustawą. Przez powiązanie formalne rozumie się wydawanie aktu wykonawczego na podstawie sformułowanego w konkretny sposób upoważnienia, określającego organ legitymowany, cel oraz ewentualnie inne przesłanki niezbędne do jego stanowienia. Z kolei powiązanie materialne postrzega się jako merytoryczny związek między ustawą upoważniającą a aktem wykonawczym, a także jako dopuszczalność normowania w akcie wykonawczym materii pozostających w sferze zastrzeżonej dla ustawodawcy. Podkreślenia wymaga, że celem regulacji rozporządzeń jest nie tyle ściśle służebna względem ustawy ich rola, ile wymuszenie kompletności i szczegółowości regulacji ustawowej.

W tym kontekście Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że przepisy ustawy nie określają zakresu podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może być zatem mowy o wystąpieniu niezgodności między wskazanymi przepisami ustawy a przepisami rozporządzenia, która uprawniałaby interpretatora do zastosowania reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori*. Z delegacji ustawowej z art. 128 ust. 6 ustawy wynika natomiast, że zakres przedmiotowy rozporządzenia obejmuje określenie m.in. rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a więc materii nieobjętej przepisami ustawy. Należy zatem przyjąć, że przepis § 5 ust. 1 rozporządzenia uzupełnia i

uszczegóławia regulacje art. 119 ustawy oraz art. 125 ust. 5 ustawy, przewidując wyłączenie możliwości żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.

Twierdzeniu takiemu nie przeczy obowiązek wymagania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczącego zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji [§ 2 ust. 1 pkt 7 lit. c) rozporządzenia]. Wskazał przy tym, że wykluczenie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy obejmuje okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 111 pkt 4 ustawy).

Zauważył, że przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy dotyczy zawarcia przez wykonawców porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji, zaś przynależność do tej samej grupy kapitałowej może stanowić jedynie jeden z przejawów zawarcia takiego porozumienia, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”. Porozumienia w ramach grupy kapitałowej nie są bowiem jedynymi porozumieniami mającymi na celu zakłócenie konkurencji (por. art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji lub konsumentów). Tym samym, nałożony przez ustawodawcę na zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy przedstawienia oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy w zakresie podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy obejmuje innego rodzaju porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, niż zawarte w ramach przynależności do tej samej grupy kapitałowej co inny wykonawca, który złożył ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z powyższego wynika, że badanie przez zamawiającego obligatoryjnej podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy polega na ustalaniu - na podstawie wiarygodnych przesłanek - czy podmiot udostępniający danemu wykonawcy zasoby zawarł z wykonawcą inne niż w ramach grupy kapitałowej porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Reasumując, należy przyjąć, że brak jest podstaw do żądania przez zamawiającego przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji".

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, narusza treść art. 124 ust. 1 ustawy w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia.

Izba zważyła, co następuje:

Istota problemu wynikającego z przeprowadzonej kontroli nie sprowadza się do ustalenia treści przepisu rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 ze zm. – dalej rozporządzenie o PŚD) i jego zastosowania, bo przepis par. 5 ust. 1 rozporządzenia o PŚD jest w ocenie Izby klarowny i bezspornie nie zawiera odesłania do par. 2 ust. 1 pkt 2, który stanowi, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

- oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej;

natomiast zawiera odesłanie do par. 2 ust. 1 pkt 7 lit. c tj. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w:

c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Z tych przepisów wykonawczych do ustawy wynika zatem, że zamawiający nie może żądać od wykonawców, aby składali oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Problem sprowadza się do tego, czy brak odesłania w par. 5 ust. 1 rozporządzenia o PŚD do par. 2 ust. 1 pkt 2 tegoż rozporządzenia nie powoduje, że zamawiający nie może prawidłowo wykonać nakazu tożsamego badania wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby pod kątem braku przesłanek wykluczenia, wynikającego z art. 119 in fine ustawy.

Różnicowanie podstaw wykluczenia, którym podlega wykonawca i tych którym podlega podmiot udostępniający zasoby jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne i niezgodne z ustawą, bowiem art. 125 ust. 5 ustawy stanowi, że wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie

warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Jeszcze dobitniej podkreśla to art. 119 ustawy stanowiąc in fine, że zamawiający bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem podwykonawcy. Przepis ten nie uwzględnia różnic w sytuacji faktycznej czy prawnej wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, nakazując, aby ten sam katalog przesłanek wykluczenia, które obligatoryjnie (art. 108 ustawy) lub fakultatywnie (art. 109 ustawy) określił zamawiający wobec wykonawcy, był następnie badany wobec podmiotu udostępniającego zasoby. Jest to zatem badanie jeden do jednego, w każdym szczególe przesłanek wskazanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Przepis ten wprost wpisuje się w zasadę równego traktowania z art. 16 pkt 1 ustawy. W tym zakresie zatem należy przyznać rację uchwale w sprawie KIO/KU 15/22, że podmiot trzeci ma wykazać, że nie podlega wykluczeniu z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w odniesieniu do całego brzmienia tej przesłanki, a nie tylko jej pierwszego członu.

Zamawiający ma swobodę decyzji co do doboru przesłanek fakultatywnych podstaw wykluczenia, ale nie ma swobody decyzyjnej, co do tego czy i jakich podmiotowych środków dowodowych żąda na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych wynika wprost z art. 124 ust. 1 ustawy, a w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby katalog tych środków musi być tożsamy z katalogiem przewidzianym dla wykonawcy.

Potwierdza to motyw 84 akapit trzeci dyrektywy klasycznej: Należy wyraźnie określić, że jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przedstawiać stosowne informacje w odniesieniu do podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, tak by weryfikacja informacji dotyczących takich podmiotów mogła zostać przeprowadzona łącznie z weryfikacją odnoszącą się do głównego wykonawcy i na takich samych warunkach.

I podobnie reguluje to art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy klasycznej

Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

Z tych przepisów wynikałoby, że podmiot trzeci ma być badany pod kątem wykluczenia na takich samych warunkach jak wykonawca, choć to państwo członkowskie może określić, czy wykonawca ma zastępować podmiot wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

Niewątpliwie z przepisów unijnych (dyrektywa klasyczna 2014/24/WE) wynika, że art. 108 ust. 1 pkt 5 to fakultatywna przesłanka z punktu widzenia dyrektywy – art. 57 ust. 4 lit. d czyli, że państwo członkowskie ma w tym zakresie uprawnienie do nakazania instytucjom zamawiającym do wykluczania wykonawców i krajowy ustawodawca z tej możliwości skorzystał - przy czym, o ile dosłownie przeniósł pierwszą część przesłanki z art. 57 ust. 4 lit d czyli jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, to jednak przesłankę rozwinął podając, że wykonawca podlega wykluczeniu zawierając porozumienie zakłócające konkurencję, w szczególności, jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Z tego wynika, że poczynione przez ustawodawcę uszczegółowienie może być szczególnym rodzajem porozumienia ograniczającego konkurencję i jako takie oczywiście powinno stanowić przeszkodę w ubieganiu się o zamówienie.

Z art. 119 in fine, art. 124 ust. 1 ustawy i art. 16 pkt 1 ustawy wynika, że te same przesłanki wykluczenia badane wobec wykonawcy muszą być badane wobec podmiotu udostępniającego zasoby, a skoro tak, to w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia zarówno wykonawca jaki i podmiot udostępniający zasoby powinni składać te same podmiotowe środki dowodowe. Tymczasem rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych przewiduje różne katalogi tych środków w zakresie przesłanek obligatoryjnych wykluczenia w stosunku do wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby. Katalog podmiotowych środków dowodowych (w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia z art. 108 ustawy) dla wykonawcy składa się z:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

2) oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej;

3) informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w:

a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,

c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,

d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Natomiast dla podmiotu udostępniającego zasoby składa się z :

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

3) informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem;

7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w:

a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,

c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,

d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Katalogi te nie są tożsame, a zatem zamawiający nie może zrealizować ustawowego wymogu badania braku tych samych podstaw wykluczenia w taki sam sposób u podmiotu udostępniającego zasoby, co u wykonawcy.

W tym znaczeniu należy zatem przyznać rację uchwale Izby, na którą powołuje się zamawiający, że rozporządzenie różnicuje w sposób niedopuszczony ustawą sposób dowodzenia braku przesłanek wykluczenia przez wykonawcę i podmiot udostępniający zasób.

Należy zauważyć, że w art. 128 ust. 6 ustawy nie przewiduje delegacji ustawowej dla Ministra właściwego do spraw gospodarki określenia katalogu dokumentów składanych przez wykonawcę, w zależności od sposobu ubiegania się przez wykonawcę zamówienie publiczne (samodzielnie, z innym wykonawcą, z podmiotem udostępniającym zasoby, czy podwykonawcami). Tym samym określenie odmiennego katalogu dokumentów podmiotowych dla wykonawcy i podmiotu trzeciego w rozporządzeniu w sytuacji, gdy ustawa wymaga tożsamego badania przesłanek wykluczenia u tych podmiotów, stanowi w ocenie Izby wykroczenie poza granice delegacji ustawowej.

Izba zgadza się z Prezes UZP, że ustawa nie określa rodzaju podmiotowych środków dowodowych, ale określa zasadę jednakowego badania przesłanek wykluczenia i wskazuje na to, że wykonawca nie może uzyskać zamówienia, jeśli posługuje się podmiotem udostępniającym zasoby, który takiemu wykluczeniu podlega. Podmiotowe środki dowodowe z kolei to sposób wykazania zamawiającemu braku przesłanek wykluczenia, a więc jeśli katalogi dopuszczonych środków dowodowych są różne dla wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, to nie może być mowy o jednakowym sposobie badania.

Izba dostrzega wprawdzie, że nie jest możliwe zaistnienie przesłanek ściśle odczytanych z uszczegółowienia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy tj. - w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie - w przypadku porozumienia podmiotu udostępniającego zasoby i wykonawcy.

Izba zauważa, że zaistnienie przesłanki wykluczenia art. 108 ust. 1 pkt 5 in fine ustawy w odniesieniu do podmiotu trzeciego i wykonawcy w rozumieniu grupy kapitałowej z art. 4 pkt.14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, faktycznie nie zaistnieje.

Zgodnie z powołanym przepisem grupa kapitałowa - to wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Należy postawić pytanie czy wykonawca w stosunku do podmiotu trzeciego jest podmiotem kontrolującym, w ocenie składu orzekającego zdaniem - nie, bo dalej ten sam słowniczek art. 4 pkt. 4 uokik mówi, że przejęcie kontroli następuje przez wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w

zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,

e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.”

Przekładając powyższe przepisy na treść art. 108 ust. 1 pkt 5 in fine należy dojść do konkluzji, że nawet jeśli podmiot trzeci z jednej strony udostępni zasób innemu wykonawcy i sam złoży ofertę w tym samym postępowaniu, to nie zawrze porozumienia zakłócającego konkurencję w sposób wynikający z uszczegółowienia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy in fine, co by oznaczało, że złożenie przez niego oświadczenia z par. 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia o PŚD, byłoby zbędne i nie służyło wykazaniu przesłanki wykluczenia.

Mimo tej konstatacji trzeba jednak stanowczo stwierdzić, że art. 119 ustawy nakazuje zamawiającemu badać wykonawcę i podmiot udostępniający zasób w identyczny sposób, nie pozostawia zamawiającemu możliwości odstąpienia od badania z uwagi na szczególną sytuację prawną czy faktyczną podmiotu udostępniającego zasób. Przepis ten nie przewiduje odpowiedniego dostosowania badania braku przesłanek wykluczenia w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby, tym samym w obecnym jego brzmieniu zawężenie w rozporządzeniu o PŚD katalogu podmiotowych środków dowodowych dla podmiotów udostępniających zasoby, choć być może wynikające z racjonalnego podejścia ustawodawcy, należy ocenić jako wykraczające poza granice badania podstaw wykluczenia wykonawców i podmiotów udostępniających zasoby nakreślone ustawą.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 617 zd. 2 i art. 610 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodnicząca:

.....

.....