

Sygn. akt KIO/KU 27/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 24 kwietnia 2019 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 marca 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Wiszni Małej
Ul. Lipowa 15, Strzeszów
55-114 Wisznia Mała**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 21 marca 2019 r. (znak KU/16/19/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowaniami ścieków w miejscowościach Krzyżanowice i Szymanów, gmina Wisznia Mała – Etap II i Etap III wraz z usunięciem kolizji z linią energetyczną nn 0,4kV oraz układem odwodnienia drogi w ul. Lotniczej w Szymanowie” w zakresie obejmującym część nr 2 zamówienia

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik
Marzena Ordysińska
Anna Packo**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wiszni Małej (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowaniami ścieków w miejscowościach Krzyżanowice i Szymanów, gmina Wisznia Mała – Etap II i Etap III wraz z usunięciem kolizji z linią energetyczną nn 0,4kV oraz układem odwodnienia drogi w ul. Lotniczej w Szymanowie” w zakresie dotyczącym części nr 2 zamówienia.

O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, pismem z dnia 21 marca 2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/31(6)/19/MM), przesyłając Informację o wyniku kontroli, w której stwierdzono naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wskazanie w dokumentacji postępowania szerszych podstaw wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych.

Uzasadniając powyższe Kontrolujący wskazał, iż zgodnie z zapisami w pkt 10.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz sekcji III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia), a także na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (fakultatywne podstawy wykluczenia). W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający żądał m.in. dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dalej: „rozporządzenie”, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp. Odpowiednio w stosunku do wykonawców zagranicznych - dokumentów, o których mowa w S 7 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit b, ust. 3 oraz S 8 rozporządzenia w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp.

Kontrolujący podniósł, iż w toku prowadzonej kontroli dotyczącej części nr 2 zamówienia, pismem z dnia 27 lutego 2019 r., Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o złożenie wyjaśnień, w której części dokumentacji zamawiający zawarł wyłączenie odnoszące się do podstaw wykluczenia w zamówieniach sektorowych

zgodnie z treścią art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający, pismem z dnia 5 marca 2019 r. złożył wyjaśnienia w odniesieniu do braku wskazania w treści ogłoszenia oraz SIWZ wyłączenia wskazanego w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, które odnosi się do podstaw wykluczenia przy zamówieniach sektorowych. Zamawiający wskazał, iż „W opinii Zamawiającego redakcja art. 133 ust. 4 ustawy Pzp zbliżona jest w formie i wydźwięku do redakcji art 24 ust. 9 ustawy Pzp, który wyraźnie wskazuje, iż mimo istnienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w pewnych sytuacjach Wykonawca nie będzie podlegać wykluczeniu. Podobnie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp opisuje specyficzną sytuację, kiedy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania pomimo tego, że w jego przypadku istnieje obligatoryjna podstawa wykluczenia, na co wyraźnie wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „(...)wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d”. (...) Aktualnie Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. nie wprowadza szczególnego rozróżnienia zakresu treści informacji z KRK żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonym przez tzw. zamawiającego sektorowego, bowiem w treści tego aktu trudno odnaleźć przepis stanowiący odpowiednik cytowanego 53 ust. 1 pkt 7) Rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 23 lutego 2013 roku, wymagającego informacji z KRK, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, była ograniczona do informacji o karalności, w sposób wskazany w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego w aktualnym stanie prawnym Zamawiający nie tyle nie powinien, co wręcz nie może dokonać rozróżnienia zakresu informacji z KRK żądanych od podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na takie postępowanie nie pozwala treść przepisów wykonawczych regulujących kwestie rodzaju i zakresu informacji zawartych w dokumentach jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro działający ustawodawca nie dokonuje swego rozróżnienia zakresu informacji o karalności wskazujących na podstawy wykluczenia wykonawcy lub osoby fizycznej w zależności od przypadku, z tytułu przesłanek wykluczenia wskazanych w ustawie, żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień sektorowych, trudno wymagać aby takiego rozróżnienia miał dokonywać sam podmiot zamawiający. (. .) W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż ani z treści art. 24 ustawy Pzp ani z treści art. 133 ustawy PZP nie wynika, aby przesłanki wykluczenia tam wskazane lub szczególne zawężenie ich stosowania, dla swojej skuteczności wymagały wykazania w treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...) W stosunku do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia zastrzeżenia takiego ustawodawca nie czyni, co oznacza, iż są one skuteczne

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

Prezes Urzędu zauważył, iż przy udzieleniu kontrolowanego zamówienia zamawiający był zobowiązany stosować przepisy szczególne ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp. Treść powyższych wymogów nie została przez zamawiającego, będącego zamawiającym sektorowym, ograniczona poprzez zastrzeżenie zastosowania art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

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

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

Wobec powyższego, zdaniem Kontrolującego, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował w stosunku do wykonawców szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych, co powoduje naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Kontrolujący stwierdził, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 28 marca 2019 r. zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę na dwie okoliczności - po pierwsze, iż treść dokumentacji postępowania oraz obowiązująca w państwie prawa zasada prymatu przepisów powszechnie obowiązującego prawa nad treścią dokumentacji przetargowej nie pozwala na podzielenie zapatrywania kontrolującego jakoby w postępowaniu doszło do ustalenia szerszych aniżeli wskazane przepisami ustawy Pzp podstaw wykluczenia, a po drugie, iż całokształt czynności zamawiającego zdziałanych w postępowaniu nie pozwala na przyjęcie, iż w toku postępowania doszło do naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp podczas gdy sytuacja tak nie miała miejsca, bowiem z postępowania nie został, wbrew dyrektywie wzmiankowanego przepisu, wykluczony wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp, względnie wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp gdy osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści informacji o wyniku kontroli, zamawiający wskazał, iż w przedmiotowej sprawie jednoznacznego rozstrzygnięcia wymaga: 1) czy wobec brzmienia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, które nie wyłącza wprost stosowania art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d)

w przypadku zamówień sektorowych, dopuszczalne jest odczytywanie regulacji art. 133 ust. 4 tak jak miało to miejsce w przypadku art. 133 ust. 3 w brzmieniu ustawy Pzp, obowiązującym do dnia 28 lipca 2016 roku, gdzie poprzez zastosowanie zwrotu „Do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 wprost zawarte było wyłączenie stosowania określonych norm art. 24 ust. 1 ustawy Pzp tj. art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz pkt 11, a tym samym istniał wyraźny zakaz opisu podstaw wykluczenia z uwzględnieniem artykułów nie znajdujących zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego; 2) czy wobec istotnych zmian regulacji podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu dokonanych na mocy Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U, z 2016 roku poz.1020), polegających m.in. na znaczącej zmianie brzmienia art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, wprowadzeniu art. 24 ust. 5 ustawy Pzp opisującego tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia zależne od wyboru Zamawiającego, dopuszczalnym jest przyjęcie, iż Zamawiający może dokonać skutecznej modyfikacji podstaw wykluczenia w zakresie tzw. obligatoryjnych podstaw wykluczenia opisanych normą art. 24 ust. 1 pkt 12 - 23 ustawy Pzp; 3) czy wobec braku wyraźnego i jednoznacznego wyłączenia stosowania art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d) na mocy przepisów regulujących udzielanie zamówień sektorowych, wskazanie w dokumentacji postępowania obligatoryjnych podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu poprzez ogólne odniesienie do art. 24 ust. 1 pkt 12) - 23) ustawy Pzp, przy jednoczesnym jednoznacznym zastrzeżeniu prymatu ustawy nad zapisami SIWZ, stanowi jak wskazuje kontrolujący, ustalenie szerszych aniżeli dopuszczalne w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego podstaw wykluczenia; 4) jaki przepis ustawy Pzp wymaga przytoczenia w treści dokumentów postępowania dokładnego wskazania jednostek redakcyjnych przepisów ustawy Pzp ustalających obligatoryjne podstawy wykluczenia, względnie wskazanie wszelkich możliwych jednostek redakcyjnych ustawy opisujących sytuacje, w których mimo formalnego istnienia podstaw wykluczenia finalne, z uwagi na istnienie zakazu ustawowego, do wykluczenia wykonawcy nie dojdzie; 5) czy wobec brzmienia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, w toku postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego, Zamawiający zobowiązany jest żądać informacji o karalności w zakresie odmiennym aniżeli wskazany treścią 55 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 roku, tj. w zakresie wyłączającym wskazanie podstaw skazania za przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 13) lit d) ustawy Pzp, podczas gdy we wzmiankowanym Rozporządzeniu brak normatywnego rozróżnienia zakresu informacji o karalności żądanych w toku postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego albo sektorowego; 6) czy wymaganie informacji o karalności tak jak to wskazuje § 5 pkt 1) Rozporządzenia, a więc w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, w sytuacji gdy ustawodawca nie wprowadza odmiennego zakresu informacji o karalności żądanych w toku postępowań o udzielenie zamówień sektorowych, może stanowić przyczynek do stwierdzenia, iż Zamawiający żądając

informacji o karalności w zakresie określonym i dopuszczalnym na mocy przepisów aktu wykonawczego do ustawy Pzp, dopuścił się ustalenia szerszych aniżeli możliwe w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego podstaw wykluczenia.

Zamawiający wyjaśnił, iż ww. kwestie sporne zostały szczegółowo opisane przez niego w złożonych w dniu 5 marca 2019 roku wyjaśnieniach, gdzie zamawiający jasno wskazał, jakie założenia i zapatrywania legły u podstaw konstruowania treści dokumentów postępowania. Niemniej wobec dalece wybiórczego, w opinii zamawiającego, zacytowania treści jego wyjaśnień w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, a także wobec braku merytorycznego odniesienia się do wskazanych w tych wyjaśnieniach zastrzeżeń, Zamawiający, wnosząc zastrzeżenia rekapitulował treść tych wyjaśnień.

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

Zamawiający wskazał, iż w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, powyższe wyjaśnienia zostały całkowicie pominięte, a kontrolujący wbrew założeniom poczynionym w dokumentacji postępowania przyjął, iż zamawiający ustalił szersze aniżeli dopuszczalne zapisami ustawy podstawy wykluczenia. Zamawiający podkreślił, iż żaden zapis dokumentów postępowania (ogłoszenia czy SIWZ) nie zwiera zastrzeżenia, iż Zamawiający prowadząc postępowanie nie będzie stosował art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, a domniemanie kontrolującego jakoby właśnie taki zamiar przyświecał Zamawiającemu, ulega obaleniu już w zestawieniu z zapisami zawartymi w akapicie czwartym pkt 3 IDW stanowiącej część I SIWZ kontrolowanego postępowania.

Następnie zamawiający podniósł, iż kontrolujący nie odniósł się również do zawartej w wyjaśnieniach argumentacji zamawiającego wyraźnie wskazującej, iż brak okoliczności powołania zapisu ustawy w treści dokumentów postępowania nie może jednoznacznie przesądzać o wyłączeniu stosowania takiego przepisu w konkretnym postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający podniósł, iż: *W odniesieniu do rozważanego problemu tj. podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, warto zaznaczyć, iż zamawiający w dokumentach postępowania nie wskazywał wszystkich możliwych przepisów ustawy Pzp wyłączających możliwość wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności tam wskazanych. Przykładowo w treści SIWZ zamawiający nie ujmował wskazań dotyczących braku możliwości wykluczenia wykonawcy w przypadku, gdy upłynęły okresy czasu liczone od uprawomocnienia się wyroków karnych wskazane w art. 24 ust. 7 ustawy Pzp, jednak brak takiego wskazania czy samego odesłania do treści art. 24 ust. 7 ustawy Pzp w treści specyfikacji nie może sam przez się stanowić, iż Zamawiający nie zamierza tych norm stosować albo w jakikolwiek inny sposób ograniczyć bądź modyfikować ich stosowanie.* (str. 2 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku). Zamawiający podniósł także, iż brak wskazania treści art. 24 ust. 7 ustawy Pzp czy to przez zacytowanie jego brzmienia w dokumentach postępowania, czy to przez zastosowanie odpowiedniego zastrzeżenia stosowania tego przepisu w dokumentach postępowania nie stał się przyczynkiem zarzutu naruszenia tej normy ustawy Pzp.

Następnie zamawiający zacytował dalszą część wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku:

Podobnie, zamawiający informując w dokumentach postępowania (SIWZ - część I IDW) o swoistym novum wprowadzonym nowelizacją przepisów ustawy Pzp na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, tj. wskazując na możliwość prowadzenia tzw. „procedury samooczyszczania”, zamawiający nie zastrzegł w treści SIWZ, jak to czyni art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, iż „wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8” bowiem z uwagi na powszechne obowiązywanie normy art. 24 ust. 9 ustawy Pzp zamawiający w sposób oczywisty nie mógł zaniechać stosowania tej dyrektywy, czyniąc procedurę samooczyszczenia wyłącznie pozorną. (str. 3 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku). Na tych samych zasadach, nie można porównać, jak czyni to kontrolujący, sytuacji braku powołania w dokumentach postępowania treści powszechnie obowiązującego przepisu prawa, w tym przypadku treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, do ewentualnego dążenia Zamawiającego do pominięcia stosowania tej regulacji, Jak już zostało podniesione, Zamawiający wyraźnie sygnalizował prymat zapisów ustawy nad zapisami SIWZ, co w odniesieniu do rozważonego problemu stanowiło jednoznacznie o konieczności stosowania treści art. 133 ust. 4 ustawy

Pzp, w toku postępowania w sytuacjach w tym przepisem przewidzianych. (str. 3 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku).

Zamawiający zwrócił uwagę, iż w treści informacji pokontrolnej zacytowano dalszą część jego wyjaśnień, gdzie wskazał iż: *W tym miejscu zamawiający zaznacza, iż regulacja art. 133 ust. 4 ustawy PZP stanowi lex specialis w stosunku do regulacji art. 24 ustawy Pzp, przewidując, iż pomimo istnienia okoliczności tam wskazanych, a stanowiących podstawę wykluczenia w niejako standardowym postępowaniu, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego nie będzie podlegaj wykluczeniu. W opinii Zamawiającego redakcja art. 133 ust. 4 ustawy Pzp zbliżona jest w formie i wydźwięku do redakcji art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, który wyraźnie wskazuje, iż mimo istnienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, w pewnych sytuacjach wykonawca nie będzie podlegać wykluczeniu. Podobnie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp opisuje specyficzną sytuację, kiedy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia sektorowego nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania pomimo tego, że w jego przypadku istnieje obligatoryjna podstawa wykluczenia, na co wyraźnie wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „ (...) wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art 24 ust. 1 pkt 13 lit. d.” (str. 3 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku).*

W ocenie zamawiającego, dokonany sposób prezentacji jego wyjaśnień, tj. pomijanie kolejnych fragmentów wywodów i wybiórcze cytowanie treści złożonych wyjaśnień w uzasadnieniu informacji o wyniku kontroli, całkowicie wypaczyło sens i cel wyjaśnień złożonych przez zamawiającego. Podkreślił, iż w treści informacji pokontrolnej, bez wskazania przyczyny, w szczególności bez odniesienia się do zasadności zawartej tam argumentacji, pominięto dalszą część wyjaśnień zamawiającego (zawartą od akapitu szóstego na stronie 3 do akapitu piątego na str. 4 wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku), gdzie Zamawiający wskazywał co następuje:

Co istotne, literalnie art. 133 ust. 4 nie eliminuje stosowania art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d) w procedurze udzielania zamówienia sektorowego, bowiem treść tego przepisu nie brzmi „przepisów art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d) oraz art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 13 lit d) nie stosuje się” gdyż tego rodzaju wyraźnego wskazania w treści art. 133 ust. 4 brak, a przepis ten stanowi nakaz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy pomimo formalnego zaistnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w tym przepisie. W tym miejscu zaznaczenia wymaga powiązanie treści art. 24 ust. 1 pkt 13) i pkt 14) ustawy Pzp oraz art. 133 ust. 4 ustawy Pzp z przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126). W aktualnie obowiązującym Rozporządzeniu w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2016 roku, nieco odmiennie niż w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r, (Dz.U. z 2013 r, poz. 231), uregulowane zostały wiążące wymagania dotyczące zakresu informacji z krajowego rejestru karnego (KRK) żądanych w postępowaniu od wykonawców. Pod rządami uchylonego Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 roku, tj. aktu wykonawczego obowiązującego do czasu wejścia w życie nowelizacji przepisów prawa zamówień publicznych dokonanych na mocy Ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. IJ. z 2016 r. poz. 1020), istniało wyraźne rozróżnienie zakresu informacji z KRK, bowiem zgodnie z 53 ust. 1 pkt 5) - 7) Rozporządzenia zakres informacji z KRK winien był obejmować: (i) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 48 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; (§ 3 ust. 1 pkt 5) ww. Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku); (ii) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; (§ 3 ust. 1 pkt 6) ww. Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku); (iii) w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 [przyp. autora: zamówienia w dziedzinie obronności] i art. 132 ust 1 [przyp. autora: zamówienia sektorowe] ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert (§ 3 ust. 1 pkt 7 ww. Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku). Regulacja Rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 23 lutego 2013 roku powiązana była wprost z treścią art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 lipca 2016 roku, stanowiącym, iż „Do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, art. 100 ust. 2 i art. 102 ust. 3.” Art. 24 ust. 10 i ust. 11 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym do dnia 28 lipca 2016 roku, wskazywały, iż „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 10) wykonawców będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytoriach Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku,

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

Zdaniem zamawiającego okoliczności istotnej, a wykazanej powyżej różnicy, w treści aktów wykonawczych do ustawy Pzp kontrolujący nie wziął pod uwagę, co więcej jak wynika z treści informacji o wyniku kontroli uprzedniej, przyjął, iż zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentu informacji o karalności w zakresie wskazanym § 5 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2017 roku (por. str. 2 informacji pokontrolnej), chociaż z treści wzmiankowanego Rozporządzenia nie wynika, aby Zamawiający uprawniony był do modyfikacji zakresu żądanych informacji, jakie winny zostać objęte informacją o karalności.

Zamawiający przywołał brzmienie § 5 pkt 1) aktualnie obowiązującego Rozporządzenia i wskazał, iż ani § 5 pkt 1) ani inne przepisy ww. Rozporządzenia nie różnicują zakresów informacji z KRK od charakteru prowadzonego postępowania (postępowanie klasyczne albo sektorowe), w związku z czym czynienie zarzutu z tytułu opisanego w treści dokumentów zamówienia żądania przedstawienia informacji o karalności tak jak to czyni aktualnie obowiązujące Rozporządzenie, a z tego wywodzenia rozszerzenie zakresu podstaw wykluczenia, jest zarzutem całkowicie bezzasadnym dokonany z obrazą aktu wykonawczego do ustawy Pzp.

Zamawiający dodał, iż cytując fragmentarycznie treść wyjaśnień zamawiającego, uzasadnienie informacji pokontrolnej nie wskazuje z jakich przyczyn przedstawiona w wyjaśnieniach argumentacja zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, a w szczególności nie wskazuje jaki przepis prawa zamawiający naruszył żądając informacji o karalności w zakresie zbieżnym z uregulowaniem Rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2016 roku. W szczególności mimo wskazania w treści informacji o wyniku kontroli fragmentów wyjaśnień Zamawiającego, jednoznacznie wykazujących brak możliwości żądania informacji o karalności w zakresie innym aniżeli wskazany przepisami Rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2016 roku, w informacji o wyniku kontroli brak jest rzeczowych wskazań, z jakiego powodu argumentacja zawarta w złożonych wyjaśnieniach nie została uwzględniona, w szczególności brak jest zakwestionowania twierdzeń tam zawartych. Wobec powyższego, w ocenie zamawiającego, nieodzownym dla prawidłowego rozparzenia sprawy jest przytoczenie pełnej treści wyjaśnień Zamawiającego

z dnia 5 marca 2019 roku, gdzie oprócz fragmentów powyżej cytowanych wskazano:

Aktualnie Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r, nie wprowadza szczególnego rozróżnienia zakresu treści informacji z KRK żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonym przez tzw. zamawiających sektorowych, bowiem w treści tego aktu trudno odnaleźć przepis stanowiący odpowiednik cytowanego 93 ust. pkt 7) Rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 23 lutego 2013 roku, wymagającego aby informacja z KRK, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, była ograniczona do informacji o karalności, w sposób wskazany w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego w aktualnym stanie prawnym Zamawiający nie tyle nie powinien, co wręcz nie może dokonać rozróżnienia zakresu informacji z KRK żądanych od podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na takie postępowanie nie pozwala treść przepisów wykonawczych regulujących kwestie rodzaju i zakresu informacji zawartych w dokumentach jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro działający ustawodawca nie dokonuje swoistego rozróżnienia zakresu informacji o karalności wskazujących na brak podstaw wykluczania wykonawcy lub osoby fizycznej w zależności od przypadku, z tytułu przesłanek wykluczenia wskazanych w ustawie, żądanych w postępowaniach o udzielenie zamówień sektorowych, trudno wymagać aby takiego rozróżnienia miał dokonywać sam podmiot zamawiający. Co więcej, skoro w przepisach rangi ustawowej, ustawodawca nie dokonuje wyraźnego stosowania przepisów dotyczących obligatoryjnych podstaw wykluczenia w przypadku zamówień sektorowych, w szczególności art. 133 ust. 4 ustawy nie stanowi o wyłączeniu stosowania określonych norm art. 24 ustawy Pzp, jak to wynikało z uprzednio obowiązującej treści art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, to zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania szczególnych modyfikacji podstaw wykluczenia, w sytuacji kiedy pozostałe przepisy ustawy wyraźnie na to nie pozwalają. Podobnie przyjmując zasadę racjonalizmu ustawodawcy nie można wywieść, iż wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ podstaw wykluczania z powołaniem przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 12) - 23) ustawy Pzp jest nieprawidłowe. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż ani z treści art. 24 ustawy Pzp ani z treści art. 133 ustawy Pzp nie wynika, aby przesłanki wykluczenia tam wskazane lub szczególne zawężenie ich stosowania, dla swojej skuteczności wymagały wykazania w treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp, konkretnego wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu wymagają wyłącznie tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu bowiem „Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu,

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.” W stosunku do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia zastrzeżenia takiego ustawodawca nie czyni, co oznacza, iż są one skuteczne i obowiązujące już z samej mocy i rangi przepisu ustawowego. Skoro ustawodawca nie wymaga literalnego wskazania w treści specyfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia to brak jest również obowiązku powielania innych zapisów powszechnie obowiązującej regulacji ustawy Pzp powiązanych z tymi podstawami.

Następnie zamawiający wskazał, iż w dalszej części wyjaśnień z dnia 5 marca 2019 roku podawał przykłady uzasadniające przyjęcie tezy o braku obowiązku powielania zapisów ustawy w treści dokumentów postępowania w celu ich skutecznego stosowania w toku postępowania, które to wywody zostały pominięte w treści uzasadnienia informacji pokontrolnej gdzie bezrefleksyjnie przyjęto, iż mimo nowelizacji przepisu art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, którego swoisty „odpowiednik” stanowi art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, iż obowiązkiem Zamawiającego jest modyfikowanie treści dokumentów postępowania (wskazań SIWZ i ogłoszenia) tak jakby brzmienie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp było identyczne z brzmieniem art. 133 ust. 3 ustawy Pzp sprzed nowelizacji, gdzie wprost wyłączone było stosowanie dokładnie tym przepisem wskazanych przepisów ustawy Pzp, jednak wobec aktualnego brzmienia art. 133 ust. 4 dopuszczenie stosowanie art. 133 ust. 4 na zasadach identycznych jak stosowanie uchylonego art. 133 ust. 3 ustawy Pzp stanowiskiem niemożliwym do zaakceptowania. Jak podkreślono w złożonych wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2019 roku, w opinii zamawiającego do skutecznego zastosowania regulacji art. 133 ust. 4 nie jest konieczne transponowanie jego treści do postanowień specyfikacji czy ogłoszenia o zamówieniu: *Podobnie do skutecznego zastosowania tzw. „procedury samooczyszczania” uregulowanej w art. 24 ust 8 i ust. 9 ustawy Pzp, a w konsekwencji odstąpienia od czynności wykluczenia wykonawcy, pomimo formalnego istnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust, 1 pkt 13) i 14) oraz 16) -20) lub ust. 5 ustawy Pzp, nie jest konieczne powołanie treści regulacji art. 24 ust. 8 i ust. 9 w zapisach ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ, a przynajmniej wymóg taki wprost z przepisów prawa nie wynika. Podobny wymóg nie wynika z treści art. 36 ust. 1 pkt 5) lub 5a) ustawy Pzp, bowiem żaden z tych przepisów nie odwołuje się do treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp ani przez zastosowanie odesłania do stosownej jednostki redakcyjnej aktu ustawowego ani poprzez posłużenie się sformułowaniem o treści np. „z zastrzeżeniem treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp”. Art. 36 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wymaga aby w SIWZ znalazły się informacje o warunkach udziału w postępowaniu, z kolei art. 36 ust 1 pkt 5a) wymaga aby w SIWZ wskazane zostały podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 tzw. fakultatywne podstawy wykluczenia, jednak podobny wymóg nie jest zastrzeżony dla obligatoryjnych podstaw wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem są one skuteczne i obowiązujące już z samej mocy aktu rangi ustawowej, w którym są ujęte.*

Również określone w treści art. 41 ustawy Pzp wymagania co do treści ogłoszenia o zamówieniu nie wskazują wprost aby zamawiający, w treści ogłoszenia obowiązany był wykazać okoliczności uzasadniające brak podstaw wykluczenia, względnie określał je z zastrzeżeniem treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp lub z powołaniem treści tego artykułu. Należy zauważyć, iż art. 41 pkt 7) ustawy Pzp wymaga aby w ogłoszeniu wskazano warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, z kolei pkt 7a) tego artykułu wskazuje na wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zamawiający obowiązany jest wskazać podstawy wykluczenia, jednak art. 41 pkt 7 ustawy Pzp nie wymaga, aby w treści ogłoszenia zawarte zostały okoliczności uzasadniające niestosowanie pewnych podstaw wykluczenia jak również nie wymaga aby w treści ogłoszenia powołać wynikające z ustawy podstawy prawne nakazujące w sytuacjach określonych prawem zaniechanie czynności wykluczenia mimo istnienia formalnej podstawy wykluczenia.

Wskazanie w treści ogłoszenia przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu poprzez ogólne odesłanie do treści art. 24 ust. 1 pkt 12)-23) ustawy Pzp, nie może zostać odczytane jako błędne bowiem ani z treści art. 24 ustawy Pzp, ani z treści art. 133 ust. 4 nie wynika wprost, iż w odniesieniu do zamówień sektorowych, tak jak to miało miejsce do dnia 28 lipca 2016 roku, pewne regulacje z mocy ustawy są wyłączone. Jak już wspomniano powyżej na mocy art. 133 ust. 3 ustawy Pzp do dnia 28 lipca 2016 roku art. 24 ust. 1 pkt 10) i 11) z mocy ustawy zastosowania nie miały, a podmiot prowadzący takie postępowanie nie mógł żądać informacji o istnieniu lub nieistnieniu podstaw wykluczenia tam wskazanych. Mając na uwadze nowelizację przepisów art. 133 ustawy Pzp, która weszła w życie 28 lipca 2016 roku, normy art. 133 ust. 4 nie można odczytywać w taki sam sposób jak odczytywano regulację art. 133 ust 3 ustawy Pzp do dnia 28 lipca 2016 roku, gdyż aktualnie art. 133 ust. 4 stanowi wyłącznie pewien odpowiednik normy art. 133 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, iż brak stosowania obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 10) i 11) ustawy Pzp wynikał wprost z ówczesnego brzmienia ustawy, gdzie art. 133 ust. 3 ustawy Pzp sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku wskazywał jednoznacznie iż „Do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11, art. 100 ust. 2 i art. 102 ust 3.” co skorelowane było z wyraźnym zakazem żądania informacji o karalności w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 10) i 11) ustawy Pzp. Z kolei aktualnie obowiązujący „odpowiednik” zacytowanego art. 133 ust. 3 ustawy Pzp (sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku) tj. art. 133 ust. 4 ustawy Pzp brzmi „ W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d.” Treść

powołanego przepisu koreluje z treścią art. 24 ustawy Pzp, do którego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2015 roku nie wprowadzono szczególnego zastrzeżenia czy powiązania z normą art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, wprowadzanego tą nowelizacją, jak również z treścią Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r, gdzie nie wprowadzono szczególnych wymagań czy zakazu wymagania określonych treści w dokumentach stanowiących informacje o karalności (informacji z KRK) w stosunku do dokumentów wymaganych w postępowaniach sektorowych.

*Zamawiający wskazał, iż treść uzasadnienia informacji o wyniku kontroli uprzedniej wybiórczo cytuje korelacje przepisów powołane przez Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 5 marca 2019 roku (str. 4 informacji pokontrolnej) wobec czego zacytował dalszą część tych wyjaśnień: *Wskazana korelacja przepisów ustawowych oraz przepisów powołanego aktu wykonawczego skłania do następujących wniosków: (-) dokonanie modyfikacji opisu obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym, w treści ogłoszenia lub specyfikacji, z wyłączeniem stosowania podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit d), jest niezgodne z treścią art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie wskazuje na wyłączenie stosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 13 lit d) ustawy Pzp w zamówieniach sektorowych, a jedynie wskazuje szczególną okoliczność kiedy pomimo zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia, tak jak wskazuje art. 133 ust. 4, do faktycznego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu dojść nie może; (-) z uwagi na aktualną treść Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający (...) podmioty zamawiające działające w określonych sektorach gospodarki nie są uprawnione do ograniczania lub różnicowania treści dokumentów stanowiących informacje o karalności; (-) treść ogłoszenia oraz specyfikacji w zakresie podstaw wykluczenia winna pozostawać spójna z informacjami o dokumentach jakich Zamawiający będzie żądał w celu wykazania braku podstaw wykluczenia. Wydaje się, iż takiej spójności brak w sytuacji gdy podmiot zamawiający wbrew regulacji Rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) zmienia zakres informacji o karalności żądanych w postępowaniu sektorowym; (-) treść art. 133 ust. 4 jest dyrektywą postępowania dla Zamawiającego, który jako że samodzielnie modyfikować obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu sektorowym nie jest władny, podobnie nie może żądać ograniczonych w swej treści informacji o karalności, jednak w toku weryfikacji braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zobowiązany jest zaniechać czynności wykluczenia w stosunku do wykonawcy, wobec którego ziszcza się przesłanki wskazane w art. 133 ust, 4 ustawy Pzp, a zaniechanie takie jest wymagane nie tyle z tytułu wskazania w ogłoszeniu lub specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy, ale z mocy obowiązywania przepisów rangi ustawowej; (-) treść art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie tworzy**

specyficznego podstawy wykluczenia, odmiennej od regulacji ogólnej zawartej w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie wskazuje szczególne okoliczności w jakich do wykluczenia ostatecznie dojść nie może.

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

Rozważając skutki zmiany przepisów art. 24 ustawy Pzp, art. 133 ustawy Pzp dokonane ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku oraz mając na uwadze zmiany przepisów wykonawczych do znowelizowanej ustawy dokonane wraz z wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. nie można zapominać o praktycznym wymiarze stosowania tych regulacji. Mianowicie w przypadku wskazania w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu i/lub specyfikacji), iż obligatoryjne przesłanki wykluczenia ogranicza się, w zakresie pkt 13 artykułu 24 ust. 1 ustawy Pzp, do przestępstw wymienionych w lit a) - c) tego przepisu, to ograniczenie takie może budzić wątpliwości po stronie potencjalnych wykonawców, którzy nie mają pewności czy posiłkując się informacjami o karalności obejmującymi informację w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, uczynią zadość wymaganiu wykazania braku istnienia zawężonych podstaw wykluczenia. Co istotne wątpliwość tę wzmagają również zapisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 26 lipca 2016 r, w którym, jak już podkreślono, nie różnicuje się informacji o karalności w zależności od rodzaju postępowania w jakim informacje mają być składane, w szczególności brak zróżnicowania zakresu tych informacji w postępowaniach klasycznych albo sektorowych.

Reasumując powyższe, w opinii Zamawiającego: Treść art. 133 ust. 4 ustawy Pzp odnosi się do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, stanowiąc swoiste wyłączenie skutku wynikającego z przepisu ogólnego w sytuacjach ściśle tą normą określonych co sprawia, iż sposób jej stosowania winien być zbliżony do sposobu stosowania norm wynikających z treści art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, nakazujących zaniechania wykluczenia wykonawcy w sytuacjach ziszczenia się okoliczności wskazanej w art. 24 ust. 9 pomimo formalnego ziszczenia się przesłanek wykluczenia wyliczonych w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. W obecnym stanie prawnym brak wyraźnej normy ustawowej obligującej zamawiającego do wskazania okoliczności, o których mowa w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp w treści ogłoszenia

o zamówieniu lub w treści specyfikacji, ustawodawca wymaga jedynie aby fakultatywne przesłanki wykluczenia były wskazywane w ogłoszeniu, a norma art. 133 ust. 4 do takich się nie odnosi. Art. 133 ust. 4 jest normą powszechnie obowiązującego prawa i dla swej skuteczności nie wymaga wprowadzenia do treści ogłoszenia lub SIWZ. Treść art. 133 ust. 4 ustawy, odmiennie od zmienionego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku, przepisu art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, nie wyłącza wprost stosowania przepisów ustawy do zamówień sektorowych, a jedynie wskazuje, iż w przypadku ziszczenia się sytuacji opisanych hipotez normy prawnej, określony skutek nastąpić nie może. Brak zacytowania w dokumentach zamówienia treści tej normy nie może stanowić o jej naruszeniu, bowiem tylko zaniechanie działania tą normą opisanego może stanowić przyczynę takiego stwierdzenia. Podobnie trudno jest mówić o naruszeniu innych przepisów ustawy, które wyraźnie na mocy przepisów ustawy nie zostały z tym przepisem powiązane. Brak wyartykułowania w zapisach specyfikacji treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnie stwierdzenia błędnego opisanie podstaw wykluczenia, bowiem obecnie z treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika zakaz stosowania określonych przepisów ustawy Pzp wyraźnie tym przepisem wskazanych, a jedynie nakaz zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy, wobec którego istnieją obligatoryjne podstawy wykluczenia, wynikający nie tyle z treści specyfikacji czy ogłoszenia, co z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Rozważając zgłoszone w informacji pokontrolnej zastrzeżenia, a w szczególności zarzut rzekomo nieprawidłowego określenia zakresu żądanych informacji o karalności niż właściwy dla tego rodzaju informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, zamawiający wskazał, iż nie sposób pominąć wytycznych opublikowanych na stronie internetowej UZP, gdzie pośród wzorcowych oświadczeń i przykładów zapisów SIWZ zamieszczona została tabela pt. „Zestawienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne.” W tabeli tej brak jest wskazania aby w zakresie potwierdzenia braku przestanków wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego zobowiązany był żądać informacji o karalności w ograniczonym zakresie, bowiem jak wynika z wytycznych UZP zawartych w ww. zestawieniu, dokumentem właściwym dla zobrazowania braku podstaw wykluczenia jest Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tak jak to wskazuje § 5 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów z dnia 26 lipca 2016 r. Skoro więc również wytyczne Urzędu Zamówień Publicznych nie wskazują na konieczność odmiennego określania zakresu żądanych informacji o karalności w przypadku prowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego, to żądanie zawarte w dokumentach postępowania, zbieżne z treścią wytycznych UZP, nie może stanowić przyczynku do formułowania zarzutu określenia szerszych podstaw wykluczenia aniżeli dopuszczalne w postępowaniu sektorowym, wywodzonego pośrednio z opisu żądanych przez Zamawiającego informacji o karalności.

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

W dalszej kolejności zamawiający podniósł iż nie ma racji bytu sformułowany w informacji o wyniku kontroli uprzedniej zarzut naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp i został on sformułowany z obrazą prawa. Naruszenie takie faktycznie nie miało miejsca, bowiem żaden z wykonawców biorących udział w kontrolowanym postępowaniu tj. postępowaniu prowadzonym dla części nr 2 zamówienia, nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, co w sposób oczywisty eliminuje możliwość zarzutu naruszenia zasad wykluczenia wykonawców biorących udział w postępowaniu a opisanych w art. 133 ust. 4.

Tymczasem w informacji o wyniku kontroli zarzucono zamawiającemu naruszenie normy art. 133 ust. 4, co (w ocenie zamawiającego) realnie może mieć miejsce, jedynie w sytuacji gdy wbrew określonemu w art. 133 ust. 4 zakazowi działania, zamawiający prowadząc zamówienie sektorowe wykluczy tj. dokona faktycznej czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U, poz. 769) albo wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo o którym mowa w art, 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r, o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769). Treść art. 133 ust. 4 ustawy, odmiennie od zmienionego na mocy nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku, przepisu art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, nie wyłącza wprost stosowania określonych

przepisów ustawy do zamówień sektorowych, a jedynie wskazuje, iż w przypadku ziszczenia się sytuacji opisanych hipotezą normy prawnej, określony skutek nastąpić nie może.

Z uwagi na powyższe, zdaniem zamawiającego, naruszenie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp może nastąpić poprzez działanie powodujące wykluczenie wykonawcy wbrew treści art. 133 ust. 4. Sam brak zacytowania w dokumentach zamówienia treści tej normy nie może stanowić o jej naruszeniu, bowiem tylko zaniechanie działania tą normą opisanego może stanowić przyczynę takiego stwierdzenia. Całokształt czynności zamawiającego zdziałanych w niniejszym postępowaniu, nie pozwala na przyjęcie, jak zostało to wskazane w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, iż w toku postępowania doszło do naruszenia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp podczas gdy sytuacja taka nie miała miejsca, bowiem z postępowania nie został, wbrew dyrektywie wzmiankowanego przepisu, wykluczony wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp, względnie wykonawca, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp gdy osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe zamawiający wniósł o rozpatrzenie umotywowanych zastrzeżeń zgłaszanych do treści informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2019 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/31(12)/19/MM Prezes Urzędu poinformował zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 21 marca 2019 r.

Podkreślił, iż przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia o charakterze sektorowym, a tym samym, zamawiający był zobowiązany do stosowania przepisów szczególnych ustawy Pzp, tj. art. 132 i n. ustawy Pzp. Opierając się na treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp Prezes Urzędu wskazał, iż w postępowaniu sektorowym niedopuszczalne jest wykluczenie wykonawcy będącego osobą fizyczną w przypadku, gdy została ona skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 9, bądź art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r. poz. 769) oraz wykonawcy pełniącego funkcję członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo - akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazanego za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa Urzędu, nie można uznać stanowiska zamawiającego przedstawionego w zastrzeżeniach, iż treść art. 133 ust. 4 ustawy Pzp ma zastosowanie tylko wówczas, gdy zamawiający wbrew jego normie wykluczył wykonawcę

z postępowania przeprowadzonego w procedurze zamówienia sektorowego, a zamawiający nie jest zobowiązany do zawarcia w dokumentacji postępowania regulacji powyższego przepisu. W sytuacji, gdy przedmiotem postępowania przetargowego jest zamówienie o charakterze sektorowym, zamawiający jest zobligowany do stosowania przepisów związanych ze wskazanym zamówieniem sektorowym już od momentu przygotowania dokumentacji związanej z postępowaniem. Opierając się na powyższym twierdzeniu, warto zauważyć, iż uregulowania zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ odzwierciedlają oczekiwania zamawiającego związane z przedmiotem zamówienia, a także określają czynności, które winny być wypełnione przez wykonawcę oraz zamawiającego w celu prawidłowego wykonania lub udzielenia zamówienia, zgodnie z odpowiednią procedurą przetargową. Już na wstępnym etapie postępowania, wykonawcy winni posiadać wiedzę w przedmiocie rodzaju procedury, jaka będzie stosowana przez zamawiającego przy udzielaniu zamówienia oraz treści regulacji z nią związanych.

Na potwierdzenie stanowiska zaprezentowanego w odpowiedzi na zastrzeżenia, Prezes Urzędu przytoczył treść uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2019 r. (sygn. akt: KIO/KU 15/19). Reasumując wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający był zobowiązany do wskazania w SIWZ wyłączenia określonego w art. 133 ust. 4 ustawy PZP w stosunku do podstaw wykluczenia wykonawcy, które będzie miało zastosowanie w zamówieniach sektorowych. Uregulowanie przytoczonego przepisu ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, stąd strony postępowania przetargowego o charakterze sektorowym są zobligowane do spełnienia zawartej w nim normy pod rygorem naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w dokumentacji przetargowej szersze podstawy wykluczenia z postępowania, niż jest to wymagane w przypadku zamówień sektorowych, w związku z tym bezsprzecznie zamawiający uchybił treści przepisu art. 133 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał je w dniu 10 kwietnia 2019 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

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

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

Analiza akt postępowania potwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny przedmiotowej kontroli.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, co stanowiło okoliczność bezsporną,

przedmiotowe zamówienie było zamówieniem o charakterze sektorowym, do którego zastosowanie znajdowały przepisy Działu III Rozdziału 5 ustawy Pzp, w tym art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d. Powyższy przepis wyłącza wprost możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego na podstawie obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d. Oznacza to, iż obligatoryjne podstawy wykluczenia w postępowaniach o udzielenie zamówień sektorowych są węższe niż w przypadku tzw. zamówień „klasycznych.”

W przedmiotowej sprawie zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.1.1), jak i w SIWZ (pkt 10.1) wskazał, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12—23 ustawy Pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia), a także na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. (fakultatywne podstawy wykluczenia). Zamawiający zaniechał jednak przedstawienia w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ informacji o wyłączeniu wynikającym z art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, który w przypadku zamówień sektorowych ogranicza obligatoryjne podstawy wykluczenia wskazane art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, eliminując z ich zakresu przypadek, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d oraz w art. 24 ust. 1 pkt 14, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d.

W ocenie Izby Prezes Urzędu prawidłowo w takiej sytuacji stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 133 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wskazanie szerszych podstaw wykluczenia niż jest to możliwe w przypadku zamówień sektorowych. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko przedstawione w uchwale z dnia 13 marca 2019 r., sygn. akt KIO/KU 15/19, w której podkreślono, iż „zamawiający zobowiązany jest do stosowania właściwych danemu postępowaniu przepisów ustawy Pzp od początku postępowania, tj. przygotowując dokumentację postępowania. Dokumenty, takie jak ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, odzwierciedlają oczekiwania zamawiającego i określają wymagania odnośnie wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Co za tym idzie, przy sporządzaniu treści specyfikacji zamawiający powinien wziąć pod uwagę ustawowe uregulowania dotyczące zamówień sektorowych, w tym art. 133 ust. 4 ustawy Pzp mający wpływ na krąg wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający zobowiązany był do jego stosowania. Niezastosowanie ww. przepisu miało ten skutek, że w postępowaniu wskazano

szersze podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, niż pozwalają na to przepisy ustawy Pzp.”

W ocenie Izby Zamawiający był zobowiązany w sposób jednoznaczny i precyzyjny określić w dokumentacji postępowania podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania, co wynika już z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jak podkreśla się w orzecznictwie TSUE, zasada przejrzystości, wypływająca z zasady równości, ma na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły zdecydować się na złożenie oferty na podstawie wszystkich istotnych informacji oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga ona, by wszystkie warunki i zasady postępowania były zapisane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (por. wyroki TSUE z dnia 6 listopada 2014 r. *Cartiera dell’Adda*, C-42/13, z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, postanowienie z dnia 13 lipca 2017 r. *Saferoad*, C-35/17). Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (por. m.in. wyroki z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15).

Szczególne znaczenie z perspektywy zasady przejrzystości - wobec istotnych dla wykonawców negatywnych konsekwencji - ma jasne i precyzyjne określenie w treści ogłoszenia i SIWZ podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei art. 41 ust. 7 ustawy Pzp stanowi, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. Z powyższego wynika, iż ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać wszystkie podstawy wykluczenia, natomiast SIWZ musi zawierać co najmniej fakultatywne przesłanki wykluczenia, o ile zamawiający zdecydował się na

zastosowanie którejs z nich. Zamawiający może jednak zawrzeć w SIWZ także inne elementy, w tym również obligatoryjne przesłanki wykluczenia.

Zdaniem Izby, skoro w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zdecydował się umieścić obligatoryjne podstawy wykluczenia w SIWZ, to powinien był uczynić to w sposób, dający wykonawcom pełną wiedzę co do tego, w jakich okolicznościach mogą zostać z postępowania wykluczeni. Tak sformułowana treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ mogła wprowadzać wykonawców w błąd, co do intencji zamawiającego oraz oświadczeń i dokumentów, jakie powinni złożyć biorąc udział w postępowaniu. Za niewystraszające, w ocenie Izby, należy uznać powołanie się przez zamawiającego w treści SIWZ na okoliczność, iż w sprawach nieuregulowanych czy też w przypadku rozbieżności postanowień SIWZ w stosunku do ustawy Pzp odpowiednie zastosowanie i nadrzędne znaczenie mają przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych. Wskazywany przez zamawiającego w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli prymat przepisów ustawy Pzp nad dokumentacją postępowania nie zmienia faktu, iż to obowiązkiem zamawiającego, jako gospodarza postępowania, jest takie sformułowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby były one zgodne z przepisami ustawy Pzp (w tym art. 29 – 36 ustawy Pzp) oraz zasadami wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby nie czyni zadość tym zasadom zaniechanie poinformowania wykonawców o wyłączeniu stosowania niektórych z obligatoryjnych podstaw wykluczenia przywołanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ i powoływanie się w tym zakresie na prymat przepisów ustawy Pzp nad treścią dokumentacji postępowania w przypadku powstania rozbieżności.

Na powyższą ocenę nie wpływa podnoszona w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli zmiana brzmienia art. 133 ust. 4 ustawy Pzp w stosunku do uprzednio obowiązującego art. 133 ust 3 ustawy Pzp, niezależnie bowiem od sposobu sformułowania tych przepisów, ich celem było wyłączenie możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku zamówień sektorowych w sytuacjach w tych przepisach wskazanych. Zarówno na gruncie poprzednio obowiązującego przepisu, jak i obecnie na gruncie art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający w dokumentacji postępowania, wskazując obligatoryjne podstawy wykluczenia, powinien poinformować wykonawców o ograniczeniu podstaw wykluczenia wynikającym z danego przepisu (na przykład poprzez przywołanie pełnej treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wskazanie jedynie jednostki redakcyjnej, czy też w sposób opisowy). Odnosząc się z kolei do argumentacji zamawiającego dotyczącej braku możliwości zmodyfikowania treści dokumentu określonego w § 5 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U 2016, poz. 1126 ze zm.), należy zauważyć, iż Kontrolujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia przepisów ww. rozporządzenia, lecz naruszenie art.

133 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne rozszerzenie obligatoryjnych podstaw wykluczenia. Krajowa Izba Odwoławcza wyraża w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń od wyniku kontroli, w związku z czym zakres opiniowania przez Izbę jest ograniczony stwierdzonymi w toku kontroli naruszeniami.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że o naruszeniu ww. przepisu można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby w postępowaniu doszło do wykluczenia wykonawcy na podstawie jednej z przesłanek wykluczenia, której stosowanie na mocy tego przepisu wyłączono. W ocenie Izby już sam fakt rozszerzenia podstaw wykluczenia w stosunku do dopuszczalnych ustawą Pzp w przypadku zamówień sektorowych, przesądza o naruszeniu art. 133 ust. 4 ustawy Pzp, niezależnie od tego czy zamawiający zamierzał stosować wobec wykonawców niedopuszczone w art. 133 ust. 4 ustawy Pzp podstawy wykluczenia czy też nie. Okoliczność, iż w przedmiotowym przypadku stwierdzone naruszenie miało charakter czysto formalny może mieć jedynie znaczenie z perspektywy wpływu tego naruszenia na wynik postępowania.

W tym kontekście podkreślić trzeba wagę, jaką należy nadać postanowieniom specyfikacji, które kształtują zarówno prawa i obowiązki wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i prawa i obowiązki samego zamawiającego. Tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. O istotności postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ świadczy także okoliczność, iż ustawodawca przyznał wykonawcom uprawnienie do wniesienia na treść tych postanowień środka ochrony prawnej w postaci odwołania (z ograniczeniem przedmiotowym w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Idąc tokiem rozumowania zamawiającego, gdyby dopiero faktyczne zastosowanie niezgodnych z ustawą Pzp postanowień SIWZ poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania, powodowałoby zmaterializowanie się podstawy naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, to pozbawione celu byłoby przyznawanie wykonawcom uprawnienia do zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przed upływem terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż działanie zamawiającego było niezgodne z dyspozycją art. 133 ust. 4 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia ww. przepisu nie zasługują na uwzględnienie. Izba miała przy tym na uwadze, że stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie ustawy Pzp, nie miało wpływu na wynik postępowania.

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

Przewodniczący:

.....

.....