

Sygn. akt: KIO/KU 16/23

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 października 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 13 września 2023 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. w Krakowie od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 6 września 2023 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Przebudowa systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny - etap 5*”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Członkowie: Maksym Smorczewski

Bartosz Stankiewicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego od wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na częściowe uwzględnienie

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „Kontrolującym”, działając na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwaną dalej „ustawą PZP”, przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S. A. w Krakowie, zwanego dalej „Zamawiającym”, na „Przebudowa systemu ciepłowniczego Krakowa i Skawiny - etap 5”.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności zwrotu wadium wniesionego przez wykonawców:

a) KRIBO J. Ż.-B.(dot. części nr 3 i 6),

b) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. (dotyczy części nr 4),

c) konsorcjum firm: ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o. (lider), HEATCO Sp. z o.o. (dot. części nr 5),

d) TERMORES Sp. z o.o. Sp. k. (dot. części nr 1 i 6),

e) Konsorcjum firm: „Technika” M.O., R. M. Sp. j., Technika M. O. Sp. k. (dot. części nr 2),

f) BRAM-BUD H. S., R. C., K. K. Sp. j. (dot. części nr 1 i 2),

- po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą;

2) art. 124 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak określenia przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wymogu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 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. z 2020 r. poz. 2415), dalej jako: „rozporządzenie”, dotyczących podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp oraz każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wezwania wykonawców Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia;

4) art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak dokonania zmiany treści punktu 10.5.3. lit. a i b SWZ w zakresie dotyczącym okresu ważności podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia.

1) W zakresie naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

W toku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 20.06.2023 r.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, ww. wykonawcy, tj.:

- a) KRIBO J. Ż.-B. (dot. części nr 3 i 6),
- b) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. (dotyczy części nr 4),
- c) konsorcjum firm: ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o. (lider), HEATCO Sp. z o.o. (dot. części nr 5),
- d) TERMORES Sp. z o.o. Sp. k. (dot. części nr 1 i 6),
- e) Konsorcjum firm: „Technika” M.O., R. M. Sp. j., Technika M. O. Sp. k. (dot. części nr 2),
- f) BRAM-BUD H. S., R. C., K. K.Sp. j. (dot. części nr 1 i 2),

- wnieśli wadium w formie pieniężnej.

W dniu 28.06.2023 r. zamawiający zwrócił wadium wniesione przez ww. wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu zauważył, że zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Natomiast, na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) którego oferta została odrzucona;
- 3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Jak wynikało z przedłożonej dokumentacji, w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do ww. wykonawców, nie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, zatem zamawiający zobowiązany był zwrócić wadium ww. wykonawcom na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. niezwłocznie, nie później jednak

niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. W związku z powyższym, należy wskazać, iż w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, zwrot wadium wniesionego przez nw. wykonawców, tj.:

- a) KRIBO J. Ż.-B. (dot. części nr 3 i 6),
- b) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. (dotyczy części nr 4),
- c) konsorcjum firm: ERBUD INDUSTRY CENTRUM Sp. z o.o. (lider), HEATCO Sp. z o.o. (dot. części nr 5),
- d) TERMORES Sp. z o.o. Sp. k. (dot. części nr 1 i 6),
- e) Konsorcjum firm: „Technika” M. O., R. M.Sp. j., Technika M. O. Sp. k. (dot. części nr 2),
- f) BRAM-BUD H. S., R. C., K. K. Sp. j. (dot. części nr 1 i 2),

- dokonany po upływie terminu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, stanowi naruszenie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu stwierdził, że powyższe naruszenie ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

2) W zakresie naruszenia art. 124 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 3 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. z 2020 r. poz. 2415)

Na podstawie analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Prezes Urzędu ustalił, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. nie podlegali wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), 108 ust. 2 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie braku ww. podstaw wykluczenia zamawiający żądał, w odniesieniu do wykonawców, podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 3, 4, 5, 6, 7 lit. a, b, e oraz lit. i (w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 ustawy Pzp) 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. z 2020 r. poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”.

Zgodnie z punktem 10.5.5. SWZ, Zamawiający żądał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, podmiotowych środków dowodowych, określonych w punktach 10.5.2. lit. a-e SWZ, tj. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 4, 5, 6, 7 lit. a, b, e oraz lit. i (w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 ustawy Pzp) rozporządzenia. Zamawiający nie wskazał, iż będzie żądał od wykonawcy, który polega na

zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, podmiotowych środków dowodowych, określonych w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Zamawiający, w punkcie 10.5.6. SWZ poinformował, że będzie żądał od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedstawienia, w odniesieniu do każdego z ww. wykonawców, podmiotowych środków dowodowych wymienionych w punktach 10.5.2 lit. a-e SWZ, tj. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 4, 5, 6, 7 lit. a, b, e oraz lit. i (w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 ustawy Pzp) rozporządzenia.

Zamawiający nie wskazał, iż będzie żądał od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedstawienia, w odniesieniu do każdego z ww. wykonawców, podmiotowych środków dowodowych określonych w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Pismem z dnia 24.07.2023 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie, czy wskazał w SWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu, iż będzie żądał, na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, dotyczących podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp oraz każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W razie odpowiedzi twierdzącej, poproszono o wskazanie, które z zapisów SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu świadczą o istnieniu takiego wymogu.

W piśmie z dnia 27.07.2023 r., w odpowiedzi na powyższe wezwanie Prezesa Urzędu, zamawiający wyjaśnił m.in., cyt.: „Ad.4) Zgodnie ze zmianą treści SWZ zamieszczoną na stronie internetowej postępowania w dniu 20 stycznia 2023 r. pkt 8 - Podstawy wykluczenia - ppkt 1 SWZ otrzymał brzmienie: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 z wyłączeniem przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h oraz przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2, jeśli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h a także na podstawie art. 108 ust. 2 oraz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 5) i 7) z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawcę: (...)”.

Ponadto, do pkt 10 SWZ - Wykaz podmiotowych środków dowodowych - pkt 5.2 – dodana została lit. f) o następującej treści:

„Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.”

W ogłoszeniu zmian lub dodatkowych informacji nr 2023/S 015-037990 z dnia 20 stycznia 2023 r. w pkt VII.1.2) dokonano zmiany pierwotnego brzmienia pkt III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu na: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 z wyłączeniem przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h oraz przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2, jeśli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo

wym. w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h a także na podstawie art. 108 ust. 2 oraz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5 i 7 z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, oraz na podst. art. 7 ust. 1 ustawy o szczeg. rozwiąz. w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezp. naród. (...)" oraz w pkt. 3 - „W celu potw. braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postęp. - na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca składa”: dodano pkt f) „Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, ustawy Pzp, jeśli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporząd. nie wcześniej niż 3 mieś, przed jej złożeniem (...)"

Zgodnie art. 119 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek badania czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Wykonawcy, których oferty zostały ocenione jako najkorzystniejsze na część 1, 2, 3, 4, i 6 zamówienia złożyli Informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp dla podmiotów udostępniających zasoby i tym samym wykazali brak podstaw wykluczenia z postępowania”.

Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z ustawą Pzp, SWZ zawiera co najmniej, m.in. wykaz podmiotowych środków dowodowych (art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp). Jednocześnie, na podstawie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, przy czym, żądanie to powinno zostać sformułowane przez zamawiającego już w treści SWZ, co wynika również, między innymi z przepisów dotyczących przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro zatem zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu, zastosował podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, winien, na potwierdzenie ich braku, żądać podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Tym samym w ocenie Prezesa Urzędu, brak określenia przez Zamawiającego w SWZ wymogu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, dotyczących podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp oraz każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp.

Stwierdzone przez Kontrolującego naruszenie nie miało w jego ocenie wpływu na wynik postępowania.

3) W zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

Kontrolujący na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania ustalił, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający w dniu 21.03.2023 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o., oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., do złożenia, w terminie do dnia 24.03.2023 r., dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.03.2023 r. ww. wykonawcy złożyli dokument, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia lub cyfrowe odwzorowanie dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

W tym miejscu Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jednocześnie, w myśl art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków.

W dołączonych do ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. oświadczeniach, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, wskazane zostały m.in. numery identyfikacji podatkowej. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 16 maja 2018 r. w sprawie wniosków o udostępnienie informacji o beneficjentach rzeczywistych oraz udostępniania tych informacji (Dz.U. z 2018 r. poz. 965) udostępnienie informacji o beneficjentach rzeczywistych następuje po podaniu we wniosku numeru identyfikacji podatkowej podmiotu wymienionego w art. 58 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Ponadto, udostępnienie informacji o beneficjentach rzeczywistych następuje po podaniu we wniosku nazwy (firmy) podmiotu wymienionego w art. 58 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (§ 4 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia).

Z uwagi na powyższe Kontrolujący podniósł, że skoro w dołączonych do ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. jednolitych dokumentach wskazane zostały dane umożliwiające dostęp do dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, zamawiający mógł je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, natomiast dokonanie ww. czynności

wezwania wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Kontrolującego naruszenie to nie miało jednak wpływu na wynik postępowania.

4) W zakresie naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy PZP

W odniesieniu do przedmiotowego naruszenia przepisów ustawy PZP Prezes Urzędu ustalił, że Zamawiający, w punkcie 10.5.3. SWZ poinformował, cyt.: „Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w pkt 10.5.2 lit. b – składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w pkt 10.5.2 lit. b. Dokument ten winien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

b) zaświadczenia, o którym mowa w pkt. 10.5.2 lit. c, zaświadczenia albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, o których mowa w pkt 10.5.2 lit. d., lub odpisu albo informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, o których mowa w pkt 10.5.2 lit a – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,

- nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Dokumenty te winny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Jednocześnie, jak wynika z punktu 10.5.4. SWZ, cyt.: „Dokument, o którym mowa pkt 10.5.3 lit. a), powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem. Dokumenty, o których mowa w pkt 10.5.3 lit. b), powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem”.

Pismem z dnia 24.07.2023 r., Prezes Urzędu wezwał Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień wskazujących, które z powyższych zapisów odnoszących się do okresu ważności ww. podmiotowych środków dowodowych były wiążące w przedmiotowym postępowaniu. W piśmie z dnia 27.07.2023 r., w odpowiedzi na rzeczony wezwanie Zamawiający wyjaśnił m.in., cyt.:

„Ad. 5)

Zgodnie z art. 128 ust. 6 ustawy pzp Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

W pkt 11.8 SWZ Zamawiający wskazał między innymi, że sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu 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. z 2020, poz.2415).

Zgodnie z zapisem § 4 ww. rozporządzenia dokument o którym mowa w pkt 10.5.3 lit a SWZ (§ 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia) powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem. Dokumenty, o których mowa w pkt 10.5.3 lit. b SWZ (§ 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia) powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem. Zapisy rozporządzenia były wiążące dla wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że żaden z Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu nie ma siedziby lub miejsca zamieszkania poza granicami RP'.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia;

3) zaświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia, zaświadczenia albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia, lub odpisu albo informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia

- składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,

b) nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie

znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Dokument, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem. Dokumenty, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem (§ 4 ust. 2 rozporządzenia).

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Prezes Urzędu zauważył, iż zgodnie z 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Tym samym, przepisy ustawy Pzp dają zamawiającemu możliwość zmiany treści SWZ. Jednocześnie, w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zmiany treści SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. Konieczność dokonania zmian treści SWZ może przykładowo wynikać z błędów, niejasności w treści SWZ, *etc.* A zatem, w ocenie Prezesa Urzędu brak dokonania zmiany treści punktu 10.5.3. lit. a i b SWZ w zakresie dotyczącym okresu ważności podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, stanowi naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Kontrolującego naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 13 września 2023 r. złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli, w których nie zgodził się z ustaleniami kontroli o naruszeniu art. 124 pkt 1 ustawy PZP, art. 128 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 137 ust. 1 ustawy PZP.

Jednocześnie w odniesieniu do naruszenia art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający nie zajął stanowiska i nie wniósł zastrzeżeń.

1) W zakresie naruszenia art. 124 pkt 1 ustawy PZPw związku z § 2 ust. 1 pkt 3 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. z 2020 r. poz. 2415)

W zakresie naruszenia stwierdzonego w punkcie 2.2) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Zamawiający wskazał, że w jego ocenie nie naruszył przepisu art. 124 pkt 1 ustawy Pzp ponieważ w postępowaniu o udzielenie zamówienia żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zamawiający podkreślił, że Kontrolujący uzasadniając naruszenie powołuje się na przepisy dotyczące przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec braku definicji pojęcia

„przejrzystość” w ustawie Pzp należy posilkować się definicjami słownikowymi. Pojęcie przejrzystości dotyczy tego, co wydaje się jasne, oczywiste i co można zrozumieć bez wątpliwości i dwuznaczności. Podstawą cechą przejrzystości jest czytelność i zrozumiałość oraz możliwość merytorycznego odczytania intencji działań organów publicznych. Przejrzystość jako zasada udzielania zamówień publicznych została w sposób wyraźny unormowana w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 243 z późn. zm., tzw. dyrektywie sektorowej 2014/25/UE). Zgodnie z Artykułem 36 - Zasady udzielania zamówień, ust. 1 w/w dyrektywy - podmioty zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zasada przejrzystości nakłada na zamawiającego obowiązek takiego poinformowania wykonawców o warunkach udziału w postępowaniu lub kryteriach oceny ofert, żeby mieli oni możliwość wyrażenia swojego zainteresowania uzyskaniem zamówienia. Zapoznanie się z warunkami musi nastąpić w tym samym czasie.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w dniu 20 stycznia 2023 r. zmienił brzmienie pkt 8 - Podstawy wykluczenia - ppkt 1SWZ dodając przesłankę wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawcy zostali poinformowani w tym samym czasie o zmianie treści SWZ, a więc w ocenie Zamawiającego zasada przejrzystości została zachowana.

Przesłanka wykluczenia wskazana w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, a więc nie może być przedmiotem zawężającego zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ma możliwości ograniczenia zakresu badania przesłanki wobec któregośkolwiek z podmiotów, które badaniu takiemu zgodnie z ustawą podlegają tj. wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia i podmiot udostępniający zasoby.

Zgodnie z art. 119 ustawy Pzp zamawiający bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Użycie przez ustawodawcę słowa „bada” oznacza, że jest to ustawowy obowiązek zamawiającego. W żadnym przepisie ustawy Pzp nie wyłączono przesłanki ujętej w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp z zakresu weryfikacji objętej treścią art. 119 ustawy Pzp. Powyższe zostało podkreślone także w doktrynie *„podmiot trzeci, który udostępnia zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, podlega weryfikacji przez zamawiającego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia z postępowania. (...) Zamawiający nie ma uprawnienia ustawowego do kształtowania inaczej zakresu wykluczenia w odniesieniu do wykonawcy, a inaczej w odniesieniu do podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby temu wykonawcy”* (M. Stachwiak (w:) W. Dzierżanowski, J. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M Stachowiak , Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 119).

Zamawiający nie naruszył przepisu art. 124 pkt 1 ustawy Pzp ponieważ w postępowaniu

o udzielenie zamówienia żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. W wyniku zmiany treści SWZ zamieszczonej na stronie internetowej postępowania w dniu 20 stycznia 2023 r. do pkt 10 SWZ - Wykaz podmiotowych środków dowodowych - pkt 5.2 - dodana została lit, f o następującej treści: „*Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem*”.

Tym samym, zamawiający zażądał podmiotowego środka dowodowego w SWZ,

W związku z tym, że ustawa Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek badania podstaw wykluczenia, wobec podmiotów udostępniających zasoby, które przewidziane zostały względem wykonawcy, a uregulowania ustawowe mają prymat nad uchybieniami formalnymi SWZ, to nie można mówić o jakimkolwiek naruszeniu przepisów ustawy, gdyż uregulowania ustawowe w tym postępowaniu zostały zachowane. Podmioty trzecie zostały zbadane przez zamawiającego na okoliczność wykluczenia z postępowania, w konsekwencji zachowana została zasada udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy - art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

2) W zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że jeśli wykonawca nie złożył między innymi podmiotowych środków dowodowych zamawiający wzywa (tj. ma obowiązek wezwać) wykonawcę do ich złożenia. W przywołanym przepisie ustawodawca nie wskazał, że przepis obowiązuje z zastrzeżeniem art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. nie złożyli wymaganego w SWZ dokumentu na wezwanie zamawiającego zgodnie z art. 126 ustawy Pzp, zamawiający zgodnie z przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawców do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stosując zasadę równego traktowania wykonawców dokonał wezwania do uzupełnienia dokumentów każdego wykonawcy, który nie złożył informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Ponadto, zamawiający nadmienia, że zgodnie § 2 ust. 1 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, zwanego dalej „rozporządzeniem”) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać podmiotowego środka dowodowego wymienionego w pkt 3 tj. informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące

przed jej złożeniem.

Przepis rozporządzenia jednoznacznie wskazuje, że informacja ma być złożona przez Wykonawcę i sporządzona nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Ponadto, zgodnie z § 13 ust. 2 rozporządzenia wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów, o których mowa w ust. 1 (odpisu lub informacji z KRS lub CEiDG) jeśli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile wykonawca wskazał dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów.

Przepisy rozporządzenia nie wskazują analogicznie do wyżej wskazanego § 13 ust. 2, że zamawiający jest zobligowany samodzielnie pozyskać Informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Mając na względzie powyższe, wobec rozbieżności przepisów ustawowych i wykonawczych trudno zamawiającemu przypisywać naruszenie w sytuacji, gdy zamawiający zastosował się do regulacji określonej art. 128 ustawy Pzp oraz brał pod uwagę zapisy rozporządzenia.

3) W zakresie naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy PZP

W odniesieniu do podniesionego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w wyjaśnieniach złożonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 lipca 2023 r. Zapisy SWZ w przedmiotowym postępowaniu jednoznacznie wskazywały, że sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu 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. z 2020, poz. 2415).

W związku z powyższym, zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Kontrolującego, że postanowienia SWZ były błędne i niejasne w stopniu o tak doniosłym znaczeniu, że obligatoryjnie musiały być poprawione. SWZ jako dokument sporządzany przez Zamawiającego służy przede wszystkim do określenia warunków zamówienia. Dokument ten zawiera szereg informacji niezbędnych do przygotowania i złożenia ofert. Wymagania dotyczące sposobu składania podmiotowych środków dowodowych zawiera rozporządzenie. W związku z tym należałoby przyjąć, że w zakresie przedmiotowych środków dowodowych żądanych od podmiotów zagranicznych zaistniała omyłka, która powinna być interpretowana w ten sposób, że nie zmienia ona treści żądanych dokumentów.

Ponadto należy stwierdzić, że na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ w uzasadnionych przypadkach. Z dyspozycji tego przepisu wynika, że Zamawiający nie powinni nadużywać tego uprawnienia. Ponadto, w piśmie z dnia 24 lipca 2023 r. poproszono zamawiającego o udzielenie wyjaśnień wskazujących, które z zapisów SWZ i rozporządzenia odnoszące się do okresu ważności

podmiotowych środków dowodowych są wiążące dla wykonawców w postępowaniu. Nie zapytano zamawiającego dlaczego nie dokonał zmiany treści SWZ. Zamawiający wskazuje, że dokonano nieuprawnionego rozszerzenia w sposób dowolny treści przepisów ustawy Pzp, poprzez interpretowanie obowiązków zamawiającego, które nie wynikają wprost z danej normy prawnej. Kontrolujący nie może nadawać obowiązkom innego znaczenia niż takie, które wynikają z brzmienia przepisów prawa (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO/KU 23/21).

Żaden przepis ustawy nie nakłada na zamawiającego obowiązku zmiany treści SWZ i art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w żadnym razie nie ma obligatoryjnego charakteru, a jak wynika ze stanowiska kontrolującego brak dokonania zmiany treści SWZ stanowi naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, w postępowaniu nie było żadnych pytań od Wykonawców w tym zakresie, a wszystkie oferty zostały złożone przez wykonawców krajowych. Trudno więc przyjąć, że potencjalny wykonawca, który zapoznał się z treścią SWZ, w zakresie ważności podmiotowych środków dowodowych dla podmiotów zagranicznych miał trudności z odczytaniem, które zapisy SWZ rzeczywiście obowiązują.

Zaprezentowana wyżej argumentacja Zamawiającego nie przekonała Prezesa Urzędu, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Ad 1) W zakresie naruszenia art. 124 pkt 1 ustawy PZP w związku z § 2 ust. 1 pkt 3 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. z 2020 r. poz. 2415)

Prezes Urzędu odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego podkreślił, że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. nie podlegali wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-4 (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), 108 ust. 2 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie braku ww. podstaw wykluczenia zamawiający żądał, w odniesieniu do wykonawców, podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 3, 4, 5, 6, 7 lit. a, b, e oraz lit. i (w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 ustawy Pzp) rozporządzenia.

Zgodnie z punktem 10.5.5. SWZ, zamawiający żądał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, podmiotowych środków dowodowych, określonych w punktach 10.5.2. lit. a-e SWZ, tj. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 4, 5, 6,

7 lit. a, b, e oraz lit. i (w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 ustawy Pzp) rozporządzenia.

Zamawiający nie wskazał, iż będzie żądał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, podmiotowych środków dowodowych, określonych w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Zamawiający, w punkcie 10.5.6. SWZ poinformował, że będzie żądał od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedstawienia, w odniesieniu do każdego z ww. wykonawców, podmiotowych środków dowodowych wymienionych w punktach 10.5.2 lit. a-e SWZ, tj. podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a (z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 ustawy Pzp), b, pkt 4, 5, 6, 7 lit. a, b, e oraz lit. i (w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 ustawy Pzp) rozporządzenia.

Zamawiający nie wskazał, iż będzie żądał od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedstawienia, w odniesieniu do każdego z ww. wykonawców, podmiotowych środków dowodowych określonych w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia.

Wskazany powyżej stan faktyczny został ustalony na podstawie całokształtu dokumentacji kontrolowanego postępowania, w tym wszelkich zmian dokonywanych przez zamawiającego w trakcie jego trwania.

Kontrolujący zauważył, iż na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, mogą nie stosować podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp, zatem zamawiający nie był, wbrew twierdzeniom wskazanym w piśmie z dnia 13.09.2023 r., zobowiązany do stosowania powyższych przesłanek wykluczenia w postępowaniu. Jednocześnie, zamawiający wprost wskazał, jakich podmiotowych środków dowodowych zamierza żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp (pkt 10.5.2. lit. a-e SWZ) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedstawienia, w odniesieniu do każdego z ww. wykonawców (pkt 10.5.2 lit. a-e SWZ).

Ad. 2) W zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

Prezes Urzędu w odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego co do naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zauważył, iż zgodnie z § 13 ust. 1 rozporządzenia w celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania, zamawiający może żądać od wykonawcy odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego, Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub innego właściwego rejestru. Powyższy przepis stanowi zatem jedynie informację dla zamawiającego, jakich dokumentów może żądać w postępowaniu w celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania i nie odnosi się do wszystkich

podmiotowych środków dowodowych wskazanych w rozporządzeniu. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów, o których mowa w § 13 ust. 1 rozporządzenia, jeżeli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile wykonawca wskazał dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów (§ 13 ust. 2 rozporządzenia). Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, iż w oparciu o dyspozycję art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jednocześnie, w myśl art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków.

W dniu 21.03.2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wprost wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., do złożenia, w terminie do dnia 24.03.2023 r., dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dołączonych do ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. oświadczeniach, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, wskazane zostały dane umożliwiające dostęp do dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, zatem zamawiający mógł je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, natomiast dokonanie ww. czynności wezwania wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Ad. 3) W zakresie naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy PZP

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy PZP, to na wstępie Prezes Urzędu zauważył, iż wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie również przez pryzmat ogólnych zasad systemu zamówień publicznych określonych m.in. w art. 16 ustawy Pzp, w tym zasady przejrzystości postępowania. Obowiązek uwzględniania powyższych reguł udzielania zamówień jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia,

iż żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku, w konkretnym stanie faktycznym, zmiany treści SWZ w oparciu o dyspozycję art. 137 ust. 1 przy uwzględnieniu przepisów ustawy Pzp w szczególności dotyczących przejrzystości postępowania.

W podsumowaniu Prezes Urzędu stwierdził, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 6 września 2023 r., natomiast zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

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

Izba stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S. A. w Krakowie w dniu 13 września 2023 r. częściowo zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza podnosi, że w myśl art. 617 zdanie pierwsze ustawy PZP, od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Następnie, zgodnie z art. 617 ustawy PZP, przy zastosowaniu art. 610 ust. 2 i 3 ustawy PZP, Izba wyraża w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że opinia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności, co oznacza, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez wnoszącego zastrzeżenia – i to tylko w granicach, które wyznacza treść zastrzeżeń.

1) W zakresie naruszenia art. 124 pkt 1 ustawy PZP w związku z § 2 ust. 1 pkt 3 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. z 2020 r. poz. 2415)

Przechodząc do opisanego w punkcie 2. 2) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej naruszenia art. art. 124 pkt 1 ustawy PZP poprzez brak określenia przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) wymogu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 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, dotyczących

podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp oraz każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to Krajowa Izba Odwoławcza – mając na uwadze treść zastrzeżeń do wyników kontroli poczynionych przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 13 września 2023 r. – stwierdziła, że nie zasługują one na uwzględnienie w przedmiotowym zakresie.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż stosownie do art. 124 pkt 1) Pzp, „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia”.

Z kolei norma prawna art. 108 ustawy PZP wskazuje obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym w ust. 2 ww. przepisu określa, że z postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych - 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro, wyklucza się wykonawcę, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, 1086 i 2320). Podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp obejmuje zachowania wykonawcy spełniające znamiona przestępstwa prania pieniędzy określonego w art. 299 Kodeksu karnego i łączące się z niezgłoszeniem informacji o beneficjentach rzeczywistych do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych lub zgłoszeniem informacji nieprawdziwych. Ustawa z 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, z późn. zm.) wymaga od spółek prawa handlowego, z wyjątkiem spółek publicznych, ustalenia beneficjenta rzeczywistego i zgłoszenia informacji o beneficjencie rzeczywistym do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający w SWZ (w pkt 8 ppkt 1) wskazał, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.

Natomiast na potwierdzenie braku istnienia ww. podstaw wykluczenia Zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 23 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) tj. Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Dokument ten został wprowadzony zmianą treści SWZ z dnia 20 stycznia 2023 r. do pkt 10 SWZ - *Wykaz podmiotowych środków dowodowych* w ppkt 5.2 pod lit. f).

Jednocześnie jednak nie został o ww. dokument rozszerzony zakres dokumentów, których Zamawiający wymagał od podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega wykonawca

na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp (pkt 10.5.5. SWZ) oraz każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (pkt 10.5.6. SWZ).

Tym samym rację ma Prezes Urzędu, że z powyższych zapisów SWZ wynika, że Zamawiający nie zawarł w SWZ wymogu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia przez wskazane powyżej kategorie podmiotów, a tym samym naruszył zobowiązanie wynikające z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp.

Nie można się w tym zakresie zgodzić z Zamawiającym, że sam fakt sformułowania żądania ww. podmiotowego środka dowodowego – niezależnie od zakresu podmiotów, które będą tym żądaniem związane – wypełnia zobowiązanie wynikające z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp. Sposób sformułowania tego żądania nie może bowiem ograniczać kręgu podmiotów, które będą nim zobligowane. Obowiązek złożenia rzeczowego podmiotowego środka dowodowego zarówno wobec podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega wykonawca na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, jak również każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi wprost wynikać z zapisów SWZ która jest kluczowym dokumentem zamówienia, który powinien wyczerpująco i precyzyjnie opisywać wszystkie warunki i obowiązki potencjalnych wykonawców, ponieważ przygotowując ofertę opiera się oni właśnie na tym dokumencie. Nie może takich jasnych i precyzyjnych zapisów SWZ zastępować na etapie badania i oceny ofert – jak chciałby uczynić to Zamawiający – dorozumiane bezpośrednie stosowanie przepisów ustawy.

2) W zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP

Przechodząc następnie do naruszenia przepisów prawa stwierdzonego w punkcie 2. 3) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, to Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 128 ust. 1 w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie

Zgodnie z art. 128 ustawy Prawa zamówień publicznych, w przypadku gdy wykonawca nie złoży podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Ustawodawca nałożył zatem na zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania w przypadkach określonym dyspozycją ww. przepisu, na co wskazuje użycie sformułowania „wzywa”. Wezwanie ma więc charakter obligatoryjny, a zaniechania wezwania w przypadkach wskazanych w art. 128 ust. 1 ww. ustawy stanowiłoby naruszenie ustawy. Wezwanie w trybie powyższego przepisu jest wezwaniem jednokrotnym i stanowi dodatkową „szansę” dla wykonawcy m.in. na wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Wobec powyższego w ocenie Izby Zamawiający trafnie podkreślił wynikający z brzmienia ww. przepisu obowiązek wezwania do złożenia podmiotowego środka dowodowego sytuacji,

w której wykonawcy nie złożyli takiego dokumentu wymaganego w SWZ (tj. Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem). Słusznie również Zamawiający zauważył brak ograniczenia określonego w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku zamawiającego w sytuacji wynikającej z art. 127 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba podziela to stanowisko, wskazując na poglądy doktryny, zgodnie z którymi przepis art. 127 przewiduje trzy wyjątki od obowiązku złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wynikającego z art. 126 Pzp (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021).

Wobec powyższego Izba uznała, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie art. 128 ust. 1 w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie, gdyż ustalenia kontroli nie wykazują naruszenia ww. przepisu.

3) W zakresie naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy PZP

Co do naruszenia, o którym mowa w pkt. 2. 4) Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, tj. naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak dokonania zmiany treści punktu 10.5.3. lit. a i b SWZ w zakresie dotyczącym okresu ważności podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia, to Izba – w odniesieniu do stwierdzonego naruszenia – nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Kontrolującego w Informacji, jak i argumentacji dodatkowej Kontrolującego, ujętej w odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 26 września 2023 r., zgodnie z którą brak jest podstaw do twierdzenia, iż żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku, w konkretnym stanie faktycznym, zmiany treści SWZ w oparciu o dyspozycję art. 137 ust. 1 przy uwzględnieniu przepisów ustawy Pzp w szczególności dotyczących przejrzystości postępowania.

Stosownie do art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Oznacza to, że Zamawiający z własnej inicjatywy może dokonać modyfikacji, kiedy zauważy, że postanowienia SWZ nie odpowiadają jego zamierzeniom w sposób dostatecznie zrozumiały lub przykładowo w wyniku pytań zadanych przez wykonawców. Norma ta jak słusznie wskazuje w zgłoszonych zastrzeżeniach Zamawiający przewiduje możliwość zmiany treści SWZ w uzasadnionych przypadkach, zaś nie nakłada na Zamawiającego obligatoryjnego charakteru zmiany treści SWZ. Również Kontrolujący w treści Informacji o wyniku kontroli wskazywał wyłącznie, że w oparciu o ww. regulację oraz przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące przejrzystości postępowania, w uzasadnionych przypadkach, wskazana w art. 137 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zmiany treści SWZ, może nabrać obligatoryjnego charakteru. W żaden jednak sposób nie zostało przez Kontrolującego wskazane na jakiej podstawie uznał, że brak dokonania przez Zamawiającego wskazanej przez niego zmiany stanowiło naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania zmiany SWZ

z uwagi na jej obligatoryjny charakter. Wskazania dla uzasadnienia przedmiotowej zmiany Kontrolujący nie zawarł również w odpowiedzi na zastrzeżenia, w której stwierdził jedynie, że brak jest podstaw do twierdzenia, iż żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku, w konkretnym stanie faktycznym, zmiany treści SWZ w oparciu o dyspozycję art. 137 ust. 1 przy uwzględnieniu przepisów ustawy Pzp w szczególności dotyczących przejrzystości postępowania. Ponownie jednak nie wskazano na jakiej podstawie Kontrolujący uznał, że w konkretnym stanie faktycznym zaistniałym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający – z uwagi w szczególności o wiedzę o wskazywanej niezgodności SWZ z przepisami oraz jej charakter - był zobligowany do dokonania zmiany SWZ wskazanej w informacji o wyniku kontroli.

Izba uznała za nieuprawnione rozszerzanie w sposób dowolny treści przepisów ustawy Pzp przez interpretowanie obowiązków zamawiającego, które nie wynikają wprost z danej normy prawnej. Kontrolujący zasadniczo nie może nadawać obowiązkowi innego znaczenia niż takie, które wynikają z brzmienia przepisów prawa.

W konsekwencji Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie, gdyż nie doszło do naruszenia ww. przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazanego przez Prezesa UZP.

Mając powyższe na uwadze Izba wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....