

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 22 września 2017 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 23 sierpnia 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest: Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów w Radomiu, ul. Samorządowa 1 (26-601 Radom), dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa usługi odtworzenia po katastrofie dla kluczowych usług elektronicznych resortu finansów*” z dnia 16 sierpnia 2017 r., znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/61(7)/17/KS dot. KU/29/17/DKZP

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2017 r. do pkt 2.1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 16 sierpnia 2017 r. 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 – Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów w Radomiu (dalej jako „Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa usługi odtworzenia po katastrofie dla kluczowych usług elektronicznych resortu finansów”*, w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2654, ze zm), zwanej dalej także „ustawą Pzp”:

- 1) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj. nie były dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie określonych przesłanek fakultatywnych wykluczenia;
- 2) art. 41 pkt 7 i 7a ustawy Pzp, poprzez nie zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia oraz wykazu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia;
- 3) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę specjalistów wskazanych w Wykazie osób stanowiącym załącznik nr B do SIWZ.

Uzasadniając stwierdzenie naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z treścią postanowień zawartych w Rozdziale VIII pkt 3.2 i 3.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu Zamawiający żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyższej oceniona, złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej jako „rozporządzenie”, tj.:

- zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem

- zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej jako „ZUS”) lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (dalej jako „KRUS”) albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jednocześnie, w Rozdziale VII pkt 7 i 8 SIWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (obligatoryjne przesłanki wykluczenia) oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (jedna z fakultatywnych przesłanek wykluczenia). Zamawiający nie przewidział natomiast fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Kontrolujący wskazał, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W ocenie Prezesa Urzędu, z powyższych przepisów wynika, iż zaświadczeń, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w SIWZ fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania określoną przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż wymagane przez Zamawiającego zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie są dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp (obligatoryjne przesłanki wykluczenia) oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (jedyna fakultatywna przesłanka wykluczenia przewidziana przez Zamawiającego), Kontrolujący uznał, iż postawiony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie w Informacji o wyniku kontroli zostało stwierdzone, iż powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2017 r. (znak: CPD.BZL.272.23.2016.VAD.85; PN/19/16/VAD) Zamawiający na podstawie art. 171a ustawy Pzp zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

W ramach zastrzeżeń odnoszących się do naruszenia określonego w pkt 2.1 Informacji o wyniku kontroli, tj. naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż *„przygotowując postępowanie z uwagi na wartość zamówienia tj. powyżej kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i ustalając wymagania w zakresie dokumentów jakich może żądać od wykonawców w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania wziął pod uwagę zarówno przepisy znowelizowanej ustawy Pzp oraz zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 7 ustawy Pzp korzystał z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis. W powyższym repozytorium brak jest dokumentu w formie oświadczenia wykonawcy w zakresie zaległości w uiszczaniu podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. W związku z tym Zamawiający, by móc potwierdzić, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp, jak również mając na uwadze równe traktowanie Wykonawców, w tym także podmioty zagraniczne i brak w w/w repozytorium dokumentu w formie oświadczenia oraz art. 59 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE zażądał złożenia zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego uznając w powyższej sytuacji, iż są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.*

Ponadto zdaniem Zamawiającego zaświadczenia z m. in. Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS zawierają również informacje,

które dotyczą także przesłanki obowiązkowej i mogą być składane na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp.”

Pismem z dnia 7 września 2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w pkt 2.1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 16 sierpnia 2017 roku, przekazanej przy piśmie znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/61(7)/17/KS, odnośnie naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące pkt 2.2 oraz 2.3 odnośnie naruszenia art. 41 pkt 7 i 7a ustawy Pzp oraz naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając podtrzymanie stanowiska wyrażonego w Informacji o kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Kontrolujący wskazał, iż na gruncie tego unormowania w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek żądać oświadczeń i dokumentów, które potwierdzają okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m. in. brak podstaw wykluczenia. Żądane dokumenty i oświadczenia muszą być niezbędne do przeprowadzenia postępowania i uprzednio wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W rozporządzeniu w sprawie dokumentów (§ 5) ustawodawca zawarł zamknięty katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno obligatoryjnych wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Przy czym, użyte w przepisie § 5 rozporządzenia sformułowanie „zamawiający może żądać następujących dokumentów” oznacza możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawców tylko dokumentów wskazanych w ww. przepisie, a „możliwość” tam wskazana wynika z tego, że przepis ten dotyczy dokumentów odnoszących się do weryfikacji także fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, a więc możliwych do weryfikacji według woli zamawiającego.

Żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na żądanie dokumentu, niebędącego dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania.

Jedyny dokument przewidziany w rozporządzeniu pozwalający zamawiającemu na dokonanie weryfikacji wykonawcy pod kątem występowania przesłanki wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp (i tylko tej przesłanki) został

wskazany w § 5 pkt 5 rozporządzenia, którego treść wyraźnie koresponduje z treścią ww. przepisu ustawy Pzp.

Wskazana przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp) i odpowiadający jej dokument żądany na potwierdzenie wykazania braku podstaw do wykluczenia dotyczą weryfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod nieco innym kątem niż ma to miejsce w przypadku przesłanki fakultatywnej wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp i odpowiadających jej dokumentów weryfikacyjnych określonych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z ustaleniem najpoważniejszego stwierdzenia określonych zaległości publicznoprawnych po stronie wykonawcy, tj. stwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. W tym zakresie z całą pewnością dokumenty wystawiane przez ZUS i naczelnika urzędu skarbowego nie będą weryfikowały tej kwestii. W drugim przypadku (przesłanka fakultatywna) ustawodawca zdecydował o możliwości weryfikacji wykonawcy pod kątem ustalenia, czy wykonawca w jakikolwiek sposób naruszył obowiązki w zakresie płatności dotyczące publicznoprawnych należności, co weryfikują dokumenty wskazane w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia.

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

Ponadto, Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z art. 26 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający korzysta z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis oraz wymaga przede wszystkim takich rodzajów zaświadczeń lub dowodów w formie dokumentów, które są objęte tym repozytorium.

Natomiast w motywie 87 dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że *„Komisja zapewnia system elektroniczny e-Certis i zarządza nim, system ten jest na bieżąco aktualizowany i weryfikowany na zasadzie dobrowolnej przez organy krajowe. Celem systemu e-Certis jest ułatwienie wymiany zaświadczeń i innych dowodów w formie dokumentów wymaganych często przez instytucje zamawiające. Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że dobrowolna aktualizacja i weryfikacja nie wystarczą, aby zagwarantować, że system e-Certis będzie w stanie w pełni zrealizować swój potencjał związany z uproszczeniem i ułatwieniem wymiany dokumentów, w szczególności z korzyścią dla MŚP. Dlatego należy w pierwszej*

kolejności nałożyć obowiązek utrzymania systemu e-Certis. Korzystanie z tego systemu stanie się obowiązkowe na późniejszym etapie.”

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu stwierdził, iż aktualnie system e-Certis to wyłącznie narzędzie referencyjne, umożliwiające identyfikację i rozpoznawanie certyfikatów i zaświadczeń, które są najczęściej wymagane w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzanych w poszczególnych krajach członkowskich Unii Europejskiej. Informacje zawarte w bazie danych zostały przekazane przez władze krajowe i podlegają regularnej aktualizacji. Brak przedmiotowego oświadczenia w ww. systemie informacyjnym nie jest wystarczający dla uznania, że informacje w nim zawarte mogą być udokumentowane jedynie przez zaświadczenie wystawiane przez ZUS lub przez naczelnika urzędu skarbowego.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – wskutek żądania od wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza - na potwierdzenie braku obligatoryjnej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp oraz wobec braku przewidzenia przez Zamawiającego fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp - dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia.

Jak wynika z niekwestionowanych przez Zamawiającego ustaleń faktycznych Prezesa Urzędu poczynionych w protokole kontroli oraz w Informacji o jej wyniku w treści SIWZ (Rozdział VII pkt 7 i 8) Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie przewidział fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z treścią postanowień zawartych w Rozdziale VIII pkt 3.2 i 3.3 SIWZ w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu Zamawiający żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożenia m.in. dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów

niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z naruszeniem tego przepisu mamy zatem do czynienia w sytuacji, w której zamawiający żąda od wykonawców oświadczeń lub dokumentów w zakresie przekraczającym granice zakreślone przez ustawodawcę w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. gdy żądane oświadczenia lub dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Oświadczenia i dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy zostały określone przez ustawodawcę przepisami rozporządzenia. Przepis § 5 rozporządzenia zawiera zamknięty katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Tym samym, określając dokumenty żądane na potwierdzenie braku występowania przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zamawiający może wskazać wyłącznie oświadczenia i dokumenty, które zostały wymienione w § 5 rozporządzenia.

Ww. oświadczenia i dokumenty nie mogą jednak być wskazywane przez zamawiającego dowolnie (w ramach katalogu z § 5 rozporządzenia), lecz – mając na uwadze treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – muszą odpowiadać poszczególnym przesłankom wykluczenia z postępowania, tj. na podstawie określonego dokumentu musi być możliwe stwierdzenie braku istnienia odpowiadającej mu podstawy wykluczenia. Zasada ta nabiera szczególnego znaczenia w kontekście przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Z uwagi na ich fakultatywny charakter żądanie złożenia odpowiadających im dokumentów będzie dopuszczalne wyłącznie w przypadku wskazania fakultatywnej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji.

Do okoliczności związanych z zaleganiem z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne odnoszą się zarówno dokumenty określone przez ustawodawcę w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia (zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS lub inne dokumenty określone w tych przepisach), jak i dokument wskazany w § 5 pkt 5 rozporządzenia (oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumenty potwierdzające dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności).

Należy jednak zauważyć, iż regulacja zawarta w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia wyraźnie nawiązuje do brzmienia art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, podczas gdy unormowanie § 5 pkt 5 rozporządzenia nawiązuje do brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Ponadto, w treści dokumentów wymienionych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie jest wymagane zawarcie informacji o wydaniu prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

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

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

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

Dokumenty wymienione w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia należy zatem uznać za umożliwiające zamawiającemu dokonanie weryfikacji wykonawców pod kątem występowania przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Natomiast informacje o okoliczności wydania wyroku lub decyzji na gruncie regulacji art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp zamawiający może powziąć na podstawie oświadczenia wykonawcy.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że jako odpowiednie dokumenty weryfikacyjne zostały przez ustawodawcę uznane:

- w odniesieniu do przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp – dokument wskazany w § 5 pkt 5 rozporządzenia (oświadczenie wykonawcy);
- w odniesieniu do przesłanki określonej w 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp – dokumenty wskazane w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia (zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS lub inne dokumenty określone w tych przepisach).

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

W świetle powyższego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, zgodnie z którym zaświadczenia m.in. naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS zawierają również informacje, które dotyczą także przesłanki obligatoryjnej i mogą być składane na potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Nawet jeśliby uznać, iż na podstawie dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, stwierdzających brak zaległości w opłacaniu podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, zamawiający jest uprawniony do wyciągnięcia wniosku, iż wobec wykonawcy nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej

decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, lub w sytuacji wydania ww. wyroku lub decyzji zaległość została spłacona, to i tak w dalszym ciągu dokumenty te – jako „nadmiarowe” w stosunku do podstawowego i mniej sformalizowanego dokumentu, jakim jest oświadczenie wykonawcy, nie mogą być uznane za niezbędne do przeprowadzenia postępowania w przypadku nie przewidzienia przez zamawiającego fakultatywnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Nie zasługuje również na uwzględnienie przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja, iż korzystał on z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis, w którym brak jest dokumentu w formie oświadczenia wykonawcy, a ponadto miał na uwadze konieczność równego traktowania wykonawców, będących także podmiotami zagranicznymi. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Kontrolującego, iż aktualnie repozytorium zaświadczeń e-Certis jest wyłącznie narzędziem referencyjnym, umożliwiającym identyfikację i rozpoznawanie certyfikatów i zaświadczeń, które są najczęściej wymagane w kontekście postępowań o udzielenie zamówienia w poszczególnych krajach członkowskich. Uwzględniając treść motywu 87 dyrektywy 2014/24/UE system e-Certis można określić jako narzędzie wspierające zamawiających w procedurze udzielenia zamówienia w przypadku uczestniczenia w niej wykonawców zagranicznych, jak też narzędzie wspierające samych wykonawców zagranicznych. W tym też kontekście należy dokonywać interpretacji normy zawartej w art. 26 ust. 7 ustawy Pzp (jak i uregulowania art. 59 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE). Należy przy tym podkreślić, iż repozytorium zaświadczeń e-Cerits ma w szczególności służyć ustaleniu właściwego dokumentu zagranicznego będącego odpowiednikiem dokumentu żądanego przez zamawiającego zgodnie z przepisami krajowymi mającymi zastosowanie do udzielenia danego zamówienia. Tym samym system e-Certis ma znaczenie przede wszystkim w odniesieniu do dokumentów takich jak zaświadczenia, tj. dokumentów wystawianych przez podmioty trzecie, a nie do oświadczeń własnych wykonawcy, których przedstawienie zamawiającemu nie powinno przysparzać wykonawcom większych problemów.

Z kolei w przepisie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp została zawarta delegacja ustawowa do wydania przez ministra właściwego do spraw gospodarki rozporządzenia określającego w szczególności rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym to przepisy rozporządzenia mają podstawowe znaczenie dla ustalenia zakresu dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia konkretnego postępowania, a nie informacje zawarte w repozytorium zaświadczeń e-Certis.

Nie można również przyznać racji Zamawiającemu, iż żądanie dokumentów określonych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia na potwierdzenie braku występowania wyłącznie

obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp uzasadnione jest koniecznością równego traktowania wykonawców, w tym także podmiotów zagranicznych, skoro dokumentem jaki powinien być żądany w ww. zakresie jest oświadczenie własne wykonawcy.

Z uwagi zatem na brak przewidzenia przez Zamawiającego fakultatywnej podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, żądanie przez Zamawiającego dokumentów wskazanych w Rozdziale VIII pkt 3.2 i 3.3 SIWZ należy ocenić jako żądanie dokumentów nie będących niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, co w konsekwencji stanowi naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....