

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski
Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 25 listopada 2024 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Województwo Opolskie
od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 listopada 2024 r.,
(znak: KU/93/24/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
na zakup taboru kolejowego

wyraża opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

13 czerwca 2024 r. Województwo Opolskie (dalej jako „Zamawiający”) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) o tytule „Zakup taboru kolejowego” (dalej jako „Postępowanie”).

Pismem datowanym na 20 listopada 2024 r. (znak DKZP.WKZ5.440.95.2024.II) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes UZP”), działając na podstawie art. 616 ust. 1 Pzp, przesłał Zamawiającemu informację o wyniku kontroli uprzedniej, w której

stwierdził naruszenie przez Zamawiającego „art. 124 ust. 1 w zw. z art. 119 ustawy Pzp w zw. z § 5 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. z 2020 r., poz. 2415), zwanej dalej „rozporządzenie”, poprzez określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.”.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej w zakresie dotyczącym stwierdzonego naruszenia Prezes UZP wskazał, że „W rozdz. VII ust. 7 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), zamawiający zastrzegł, że „Jeżeli Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający zbada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy”. Zgodnie z rozdz. IX lit. B pkt 1) SWZ, zamawiający w celu wykazania braku podstaw wykluczenia, żąda od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 a-b), pkt 2, 3, 7 lit. a-d) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415). Następnie, w tym samym rozdziale SWZ, zamawiający wskazał, iż „Na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (oświadczeń lub dokumentów), o których mowa w rozporządzeniu, tj.: - oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od

innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej - załącznik do SWZ". Następnie zamawiający zastrzegł, iż „W zakresie podstaw wykluczenia podmiotów udostępniające zasoby wykonawca składa dla tych podmiotów takie same dokumenty jak dla wykonawcy”. Mając na uwadze powyższe zapisy SWZ, w toku prowadzonej kontroli uprzedniej, pismem z dnia 15.10.2024 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie zamawiający zgodnie z rozdz. IX lit. B pkt 1) SWZ, żądał powyższego oświadczenia dotyczącego podmiotu trzeciego. Ponadto, poproszono o informację, czy zamawiający dokonał modyfikacji zapisów SWZ poprzez wyłączenie obowiązku złożenia oświadczenia składanego przez wykonawcę w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, dotyczącego podmiotów trzecich. W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 18.10.2024 r. zamawiający wyjaśnił, że „1) Zamawiający żądał zgodnie z rozdz. IX li. B pkt 1) SWZ, oświadczenia składanego przez wykonawcę w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 5 o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 t.j.), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, dotyczącego podmiotów trzecich - dotyczącego podmiotu trzeciego - na podstawie art. 119 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy tj.: „Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.” oraz Zamawiający odniósł się do regulacji unijnych - motywu 84 oraz art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, z których jednoznacznie wynika obowiązek weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby na tożsamy sposób jak weryfikacja wykonawcy. Treść art. 119 ustawy koreluje w pełni z treścią Dyrektywy Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: Dyrektywa), która w swym art. 63 wskazuje: „Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza

polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia". 2) Zamawiający informuje, że nie dokonywał modyfikacji Specyfikacji warunków zamówienia poprzez wyłączenie obowiązku złożenia oświadczenia składanego przez wykonawcę w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 5 o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 t.j.), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, dotyczącego podmiotów trzecich. Reasumując: Żądanie przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w art. 108 ust. 1 pkt. 5) Pzp dot. podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji naruszało art. 124 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, to w żaden sposób nie miało to wpływu na wynik postępowania, bowiem Wykonawca, który złożył ofertę nr 1 Pesa Bydgoszcz nie korzystał z podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...)". Zamawiający zacytował treść dwóch uchwał wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, że zamawiający żądał w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Zgodnie z treścią art. 124 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający zobowiązany jest żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy Pzp (z uwzględnieniem postanowień zawartych

w art. 393 ustawy Pzp). Zgodnie natomiast z treścią art. 119 ustawy Pzp, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do treści § 5 ust. 1 rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3–7 oraz ust. 2 rozporządzenia, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika jednoznacznie, iż jego zakres – w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji - nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej. Tym samym należy stwierdzić, że określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji narusza treść art. 124 ust. 1 w zw. z art. 119 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.”.

Zamawiający 25 listopada 2024 r. wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej o treści „Działając na podstawie art. 617 ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień

publicznych składam zastrzeżenia do wyników kontroli uprzedniej postępowania pn. „Zakup taboru kolejowego” w zakresie zarzutu naruszenia „art. 124 ust. 1 w zw. z art. 119 ustawy Pzp w zw. z § 5 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. z 2020 r., poz. 2415), zwanej dalej „rozporządzenie”, poprzez określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej, w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.” Zamawiający zarzuca niepełną i tym samym wadliwą wykładnię przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) w odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem kontroli i w konsekwencji wadliwą ocenę zachowania zamawiającego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przesłanki wykluczenia wskazane w art. 108 ustawy Pzp mają charakter obligatoryjny, a więc nie mogą być przedmiotem zawężającego zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Innymi słowy zamawiający nie ma możliwości ograniczenia zakresu badania przesłanek tam wskazanych wobec któregokolwiek z podmiotów, które badaniu takiemu zgodnie z ustawą powinny podlegać (wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, 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. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w całości lub w części) z zakresu weryfikacji objętej treścią art. 119 ustawy Pzp. Podejście ustawodawcy wyrażone w treści art. 119 ustawy Pzp jest spójne z treścią art. 63 ust. 1 dyrektywy klasycznej cyt. „Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57”. Powyższe zostało pokreślone także w doktrynie „podmiot trzeci, który udostępnia zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, podlega weryfikacji przez zamawiającego

w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia z postępowania. Zastosowanie znajdą więc zawsze przesłanki obligatoryjne wykluczenia oraz te przesłanki fakultatywne, które zostały wskazane przez zamawiającego. Zamawiający nie ma uprawnienia do kształtowania inaczej zakresu wykluczenia w odniesieniu do wykonawcy, a inaczej w odniesieniu do podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby temu wykonawcy"¹ [przy czym przypis miał treść „M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 119.” – przyp. Izby]. Zawarta w komentowanym przepisie art. 119 ustawy Pzp reguła kierowania się takim samym zakresem badania podstaw wykluczenia przy ocenie podmiotu trzeciego znajduje swoje źródło m.in. w motywie 84 dyrektywy 2014/24/UE. Podkreślono w nim, iż „należy wyraźnie określić; że jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przedstawiać stosowne informacje w odniesieniu do podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, tak by weryfikacja informacji dotyczących takich podmiotów mogła zostać przeprowadzona łącznie z weryfikacją odnoszącą się do głównego wykonawcy i na takich samych warunkach”. Zasadę zgodnie, z którą zakres badania podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby jest identyczny z zakresem badania podstaw wykluczenia wykonawcy potwierdza treść art. 125 ust. 5 ustawy Pzp „wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby; przedstawia; wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby”. Analiza treści rozporządzenia wykonawczego Komisji Europejskiej (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowe formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia wskazuje, że nie przewidziano w nim żadnych odmiennych reguł dla wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wypełnienia Części III sekcji C o treści „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”. W efekcie sekcja ta powinna być wypełniona w sposób jednoznaczny (odpowieź TAK lub NIE) przez oba ww. rodzaje podmiotów (wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby). Zamawiający zauważa, że wszystkie ww. regulacje są spójne i ich gramatyczna wykładnia prowadzi do następujących wniosków: a) przesłanka wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 5 obejmuje sytuację, w której wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji; b) jako przykład wystąpienia podstawy wykluczenia wskazanej w lit a) (zakazane porozumienie) ustawodawca wskazał sytuację, w której wykonawca należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykaze, że przygotował te oferty lub wnioski niezależnie od siebie² [przy czym przypis miał treść „Na marginesie należy

zauważyć legislacyjną niespójność zapisu wskazującego, że podstawa wykluczenia w pierwszej części przepisu odnosi się do zachowania jednego wykonawcy zaś zapis drugiej części artykułu wskazujący na przykład zachowania objętego zakresem normowania pierwszej części jednostki redakcyjnej odnosi się do grupy wykonawców (liczba mnoga).” – przyp. Izby].

c) zakres badania podmiotu udostępniającego zasoby powinien obejmować ten zakres podstaw wykluczenia, jaki jest weryfikowany wobec wykonawcy (art. 119 ustawy PZP, art 63 dyrektywy, motyw 84 dyrektywy); d) podmiot udostępniający zasoby składa w zakresie przestanki ujętej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oświadczenie wstępne (JEDZ) o identycznej treści jak w przypadku oświadczenia składanego przez wykonawcę (JEDZ); w efekcie realizowany jest obowiązek badania podstaw wykluczenia obu ww. podmiotów w identycznym zakresie. Gdyby ocena zachowania zamawiającego miała miejsce przez pryzmat przepisów ustawy Pzp z wyłączeniem treści przyjętego wiele miesięcy po uchwaleniu ustawy rozporządzenia wykonawczego - byłaby zakończona twierdzeniem o pełnej zgodności stanu faktycznego ze stanem wymaganym przez ustawodawcę. Regulacja ujęta w § 5 ww. rozporządzenia wprowadziła wyjątek w zakresie badania podstaw wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby w sposób nieprzewidziany zapisami dyrektywy jak i ustawy Pzp. Należy podkreślić, że delegacja do wydania rozporządzenia nie obejmuje uprawienia do dookreślenia (w tym wskazania wyjątków) zasad badania podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby w odniesieniu do treści art. 119 ustawy. Jest to typowe rozporządzenia o charakterze technicznym a jego autor uzyskał ustawowe uprawnienie (art. 128 ust. 6) do określenia rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okresu ich ważności oraz form, w jakich mogą być one. Wskazanie w ww. rozporządzeniu wyjątku od zasady określonej w art. 119 ustawy jest zachowaniem zdecydowanie wykraczającym poza zakres delegacji ustawowej. Należy zauważyć, że zastosowanie zapisów § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia w części wskazującej na brak możliwości żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia w zakresie ujętym w § 2 ust. 1 pkt 2 prowadzi do sytuacji, w której zamawiający: a) narusza regulację art. 119 ustawy Pzp; b) objęty jest zakazem następcej weryfikacji podstawy wykluczenia, którą badał już na wcześniejszym etapie postępowania na podstawie treści złożonego przez podmiot udostępniający zasoby JEDZ. Wydaje się, że wprowadzenie do ww. rozporządzenia (na ostatnim etapie procesu legislacyjnego związanego z wejściem w życie nowych przepisów o zamówieniach publicznych) zapisu § 5 ust. 1, który wyłączył możliwość żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia mogło być próbą wyeliminowania - występujących w ocenie autora rozporządzenia - błędów legislacyjnych popełnionych w samej ustawie (brak pełnej korelacji zakresu podstawy wykluczenia wskazanej w drugiej części art. 108 ust. 1 pkt 5 odnoszącej się do złożenia oferty

a więc czynności wykonywanej przez wykonawcę z treścią art. 119, który nakazuje badać ten zakres także wobec podmiotu udostępniającego zasoby, który oferty nie składa). Zamawiający stwierdza, że nawet gdyby ww. założenie było prawdziwe, eliminowanie tego rodzaju błędów aktem wykonawczym, wykraczającym poza ustawową delegację do jego wydania jest rozwiązaniem, które nie może zostać zaakceptowane w świetle zasady praworządności. Zamawiający stwierdza, że wszelkie nieścisłości legislacyjne nie powinny być podstawą negatywnej oceny zachowania zamawiającego, który w pełni prawidłowo zastosował treść art. 119 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z zachowaniem tzw. „prounijnej” wykładni przepisów (zgodnie z motywem 84 i art. 63 dyrektywy klasycznej). Zamawiający stoi jednak na stanowisku, że ewentualna niespójność art. 119 ustawy Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 5 zdanie drugie jest jedynie pozorna. Badanie wszystkich podstaw wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby zostało wprowadzone do europejskich i polskich przepisów o zamówieniach publicznych w celu wyeliminowania praktyki, w której podmiot podlegający wykluczeniu z udziału w postępowaniu (np. w efekcie uczestnictwa w grupie kapitałowej z innym wykonawcą) przyjmował rolę podmiotu udostępniającego zasoby (a więc podmiotu nieweryfikowanego w zakresie podstaw wykluczenia) wykonawcy „podstawionemu” do złożenia oferty w postępowaniu (który był weryfikowany na okoliczność występowania podstaw wykluczenia). Innymi słowy regulacja art. 119 ustawy pzp ma zapobiegać sytuacji, w której podmiot udostępniający zasoby (nieskładający oferty) będący rzeczywistym wykonawcą zamówienia jest powiązany z innymi wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu, a przyjęcie roli podmiotu udostępniającego zasoby ma służyć jedynie wyeliminowaniu badania związku z innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Nie jest to więc jedynie problem natury formalnej. Wykładnia celowościowa treści art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 119 ustawy Pzp daje zatem te same wyniki, jakie daje wykładnia gramatyczna tych przepisów (podmiot udostępniający zasoby powinien być badany na okoliczność uczestnictwa w grupie kapitałowej). Jeżeli w ustawie Pzp nie zawarto żadnego przepisu, który w sposób precyzyjny w swojej treści wskazywałby na wyłączenie badania podmiotu udostępniającego zasoby na okoliczność uczestnictwa w grupie kapitałowej z innymi wykonawcami składającymi oferty w postępowaniu, to prawem i obowiązkiem zamawiającego jest przyjęcie założenia, że ustawodawca świadomie przyjął w treści ustawy (art. 108 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 119), że podmiot udostępniający zasoby powinien być badany na okoliczność uczestnictwa w grupie kapitałowej z wykonawcami, którzy składają oferty w postępowaniu. Tymczasem UZP w informacji pokontrolnej w sposób jednoznaczny przyjął, że zapis § 5 rozporządzenia technicznego wyłącza zastosowanie przepisu art. 119 w brzmieniu ustawowym (sic), cyt. zapis na str. 5 informacji pokontrolnej „Zgodnie natomiast z treścią art. 119 ustawy Pzp, w przypadku polegania wykonawcy na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zamawiający bada również, czy nie zachodzą, wobec

tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Powyższe jednak nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp." Zapis ten jest - co już wyżej wskazano niezgodny z treścią art. 119 ustawy. Na marginesie należy zauważyć, że stanowisko UZP o wyłączeniu pełnej podstawy wykluczenia wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z zakresu zastosowania art. 119, jest także niezgodne z treścią samego rozporządzenia. Jeżeli bowiem UZP chciałby opierać swoje twierdzenie o wyjątku dotyczącym zastosowania art. 119 do przesłanki wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie powinien tego odnosić do pełnego brzmienia tego przepisu a jedynie do jego części dotyczącej uczestnictwa w grupie kapitałowej (vide § 2 ust 1 pkt 7) lit c) w związku z § 5 ust. 1 rozporządzenia). Powyższe wskazuje, że sama instytucja kontrolująca nie jest w pełni przekonana o zakresie wyłączenia jaki pojawia się w § 5 rozporządzenia. Należy też zauważyć, że samo rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych zawiera sprzeczne zapisy odnoszące się do badania przesłanki ujętej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający ma bowiem - zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia w związku z art. 124 ustawy Pzp - w postępowaniach powyżej progów UE obowiązek żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7) lit c) rozporządzenia, a więc oświadczenia o aktualności danych zawartych w JEDZ w zakresie informacji dotyczących cyt. „zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”. Tak skonstruowany zapis nie wyłącza przecież z treści tego oświadczenia informacji o braku porozumienia w postaci uczestnictwa grupie kapitałowej, które zgodnie z treścią art. 108 ust. 1 pkt 5 jest jednym z przejawów porozumienia mającego na celu zakłócenie uczciwej konkurencji. W § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z kolei wyraźnie podkreślono, że oświadczenie to obejmuje informację o przynależności do grupy kapitałowej będącej przykładem niedozwolonego porozumienia, o którym mówi pierwsza część art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp cyt. „oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej”. W efekcie jeden z podmiotowych środków dowodowych (§ 2 ust. 1 pkt 7 lit c) rozporządzenia), który zamawiający musi wyegzekwować od podmiotu udostępniającego zasoby zawiera informacje o treści sprowadzającej się do twierdzenia, że podmiot ten nie zawarł jakiegokolwiek nielegalnego porozumienia, do którego referuje art 108 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp). Zaś drugi z podmiotowych środków dowodowych (w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia), który zdaniem UZP zamawiający

nie może być egzekwowany od podmiotu udostępniającego zasoby zawiera informacje o treści sprowadzającej się do twierdzenia, że podmiot ten nie zawarł jednego konkretnego porozumienia zaliczającego się do grupy niedozwolonych porozumień do których referuje art 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w postaci uczestnictwa w grupie kapitałowej). A więc treść oświadczenia drugiego (zakazanego) mieści się w treści oświadczenia pierwszego (obowiązkowego). Biorąc pod uwagę fakt, że oba oświadczenia składane są w tym samym momencie, zarzut nieuprawnionego żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia o treści zawierającej się w treści innego oświadczenia składanego w tym samym czasie wydaje się absurdalny. Należy także zauważyć, że przyjęty przez UZP sposób interpretacji treści rozporządzenia zakłada, że: - podmiot udostępniający zasoby, który zawarłby z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu każde inne - niż uczestnictwo w grupie kapitałowej - nielegalne porozumienie w świetle w art. 4 pkt 5) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zostałby objęty regulacją art. 122, zgodnie z którym jeżeli wobec podmiotu udostępniającego zasoby zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu; - podmiot udostępniający zasoby który zawarłby z wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu nielegalne porozumienie w postaci uczestnictwa w grupie kapitałowej nie zostałby objęty regulacją art. 122. Ww. rozróżnienie zachowań podmiotu udostępniającego zasoby w świetle treści art. 122 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 119 ustawy Pzp w ocenie zamawiającego są nieuzasadnione i stanowią o wadliwej wykładni przepisów prawa dokonanej przez UZP na potrzeby oceny stanu faktycznego będącego przedmiotem kontroli. Jednocześnie zamawiający zauważa, że są one efektem sprzeczności materii ustawowej i wykonawczej, które nie mogą być interpretowane niezgodnie z wolą ustawodawcy i na niekorzyść adresata przepisu, który przyznał podczas stosowania przepisów prawa pierwszeństwo ustawie i dyrektywie w stosunku do przepisów rozporządzenia. Jeżeli w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych należy wyłączyć badanie podstawy wykluczenia wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (w całości lub części) w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby, należy sformułować w tym zakresie odpowiednie wnioski de leg ferenda w odniesieniu do zapisów ustawowych. W ocenie zamawiającego nie należy dokonywać rozszerzających wykładni precyzyjnie sformułowanych przepisów ustawy Pzp podczas wykonywania czynności kontrolnych i w efekcie negować zachowania zamawiającego, które jest zgodne z przywołaną treścią art. 108 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 119 ustawy Pzp. Reasumując, zamawiający stwierdza, że: - nie naruszył art. 124 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 119 ustawy Pzp, bowiem zażądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z treścią art. 119 ustawy Pzp; - nie naruszył przepisów § 5 ust. 1 powołanego

rozporządzenia ze względu na to, że przepis ten w części wyłączającej możliwość żądania od podmiotu udostępniającego zasoby oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia jest niezgodny z treścią art. 119 ustawy Pzp w zakresie w jakim wprowadza wyjątek do tego przepisu w sposób sprzeczny z delegacją do jego wydania; - nie naruszył przepisów § 5 ust. 1 powołanego rozporządzenia, gdyż nie zawiera on zakazu żądania dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia a jedynie wskazuje na uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentów w nim wskazanych. Nie można zatem wyinterpretować z niego zakazu, o którym pisze w wystąpieniu pokontrolnym Urząd Zamówień Publicznych. Zamawiający - niezależnie od ww. argumentów - zauważa, że opisane wyżej sprzeczności zakresu regulacji art. 119 ustawy Pzp i § 5 ust. 1 rozporządzenia nie wynikają z nieprawidłowej interpretacji tych przepisów przez zamawiającego a są problemem o charakterze systemowym. Poniżej podajemy linki do przykładowych SWZ w których zamawiający zachowali się identycznie jak zamawiający: Najwyższa Izba Kontroli (rozdział 2.4 SWZ link: <https://bip.nik.gov.pl/zamowienia-publiczne/aktualne/przetarg,628.html>) Centrum Obsługi Administracji Rządowej (rozdział IX pkt III ppkt 3 link: <https://zamowienia.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/427825/dlugoterminowy-najem-samochodow-na-okres-24-miesiecy-dla-jednostek-administracji-panstwowej>) Ministerstwo Rozwoju i Technologii (rozdział 9.3 link: <https://mrpit.ezamawiajacy.pl/pn/mrpit/demand/notice/public/56303/details>) Dodatkowo należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza już dwukrotnie uwzględniła zastrzeżenia zamawiających w analogicznych stanach faktycznych: • Sygn. akt KIO/KU 6/24 (UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 19 marca 2024 r.), Cyt.: „(...) Mimo tej konstatacji trzeba jednak stanowczo stwierdzić, że art. 119 ustawy nakazuje zamawiającemu badać wykonawcę i podmiot udostępniający zasób w identyczny sposób, nie pozostawia zamawiającemu możliwości odstąpienia od badania z uwagi na szczególną sytuację prawną czy faktyczną podmiotu udostępniającego zasób.” • Sygn.akt: KIO/KU 15/22 (UCHWAŁA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 26 kwietnia 2022 r.). Cyt.: „W świetle powyższego oczywistym jest, iż w zakresie żądania od podmiotu udostępniającego zasoby podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, uregulowanie wykonawcze pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawowymi i unijnymi. Niewątpliwie kolizja norm ustawowych i wykonawczych powinna zostać rozwiązana zgodnie z regułą hierarchiczną lex superior derogat legi inferiori, nadającą prymat uregulowaniu ustawowemu, a w konsekwencji prowadzić do uznania, iż przesłanki wykluczenia przewidziane względem wykonawcy muszą zostać zbadane również w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, w tym podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, zgodnie z art. 119 ustawy pzp. W konsekwencji żądanie podmiotowego środka dowodowego określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia od podmiotu

udostępniającego zasoby należało uznać za zgodne z ustawą. Właściwie Zamawiający argumentował, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy pzp może regulować wyłącznie kwestie przypisane mu przez ustawę, a ta w art. 119 ustawy pzp jednoznacznie stanowi o obowiązku badania przesłanek wykluczenia względem podmiotu trzeciego w zakresie identycznym jak przewidziane dla wykonawcy, nie stanowiąc w tym zakresie wyjątków. Izba uznała zatem argumentację Zamawiającego za pełną, szczegółową i prawidłową." Reasumując, zamawiający wnioskuje o uwzględnienie umotywowanych zastrzeżeń do wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w odniesieniu do postawionego w informacji pokontrolnej zarzutu i przyjęcie, że podczas prowadzenia postępowania pn. „Zakup taboru kolejowego” nie doszło do naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych.”.

Prezes UZP wraz z zastrzeżeniami przekazał Izbie pismo, w którym wskazał, że zastrzeżenia „od naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20.11.2024 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup taboru kolejowego”, nie zostały uwzględnione”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 617 Pzp Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, zaś z treści art. 610 ust. 2 i 3 Pzp wynika, że Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. W konsekwencji należy uznać, że podstawą przedmiotowej opinii jest dokumentacja z przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej, w tym zgromadzony w toku kontroli materiał dowodowy, informacja o wyniku kontroli uprzedniej oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, w granicach, jakich Prezes UZP nie uznał ich za zasadne. Podkreślić należy, że Izba w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, a zatem opinia Izby w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (por. m.in. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13). Oznacza to, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zastrzeżeniach, w granicach wyznaczonych treścią zastrzeżeń.

Zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 124 pkt 1 (omyłkowo w informacji o wyniku kontroli uprzedniej podano art. 124 ust. 1) w związku z art. 119 Pzp w związku z § 5 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 zasługują na uwzględnienie.

Przedstawione w ww. zastrzeżeniach stanowisko i argumenty zasadniczo należało uznać za trafne, dzieląc przy tym stanowiska wyrażone w powołanych w nich uchwałach Izby z 26 kwietnia 2022 r., wydanej w sprawie o sygn. akt KIO/KU 15/22, oraz z 19 marca 2024 r., wydanej w sprawie sygn. akt KIO/KU 6/24.

Zgodnie z art. 124 pkt 1 Pzp, „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia”. Art. 119 Pzp stanowi zaś, że „zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy”.

Trafnie podniósł Zamawiający, że użycie w art. 119 Pzp sformułowania „bada” oznacza, że zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Nie może przy tym ulegać wątpliwości, że zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę w przypadku stwierdzenia którejkolwiek z okoliczności określonych w art. 108 ust. 1 Pzp, jak również, że żaden przepis Pzp nie wyłącza z zakresu przedmiotowego badania podstawy wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, stosownie do którego „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie”.

W konsekwencji zgodnie z art. 124 pkt 1 Pzp zamawiający zobowiązany jest żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec podmiotu udostępniającego zasoby.

Celnie ponadto podniósł Zamawiający, że identyczność zakresu badania podstaw wykluczenia wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby wynika z art. 125 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym „wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby”.

Trafnie Zamawiający wskazał również na motyw 84 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, z którego wynika, że weryfikacja informacji dotyczących podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, powinna być przeprowadzona łącznie z weryfikacją odnoszącą się do głównego wykonawcy i na takich samych warunkach, oraz zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia zarówno wykonawca, jak i podmiot udostępniający zasoby zobowiązani są udzielić odpowiedzi na zawarte w Części III sekcji C jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia pytanie „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?”.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że art. 199 Pzp zobowiązuje zamawiającego do zbadania, czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzi podstawa wykluczenia określona w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zadanie zatem Zamawiający kwestionuje prawidłowość uznania przez Prezesa UZP, że obowiązek badania podstaw wykluczenia wobec takiego podmiotu „nie dotyczy podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp”.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 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 „w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1

pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej”. § 5 ust. 1 tego rozporządzenia stanowi zaś, że „Zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Przepis § 3 stosuje się odpowiednio.”.

Jak wskazała Izba w uchwale z 26 kwietnia 2022 r., wydanej w sprawie o sygn. akt KIO/KU 15/22 „niewątpliwie par. 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia regulując katalog podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia względem podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać pomija par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, a więc oświadczenie wykonawcy, „w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej”. (...) oczywistym jest, iż w zakresie żądania od podmiotu udostępniającego zasoby podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, uregulowanie wykonawcze pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawowymi i unijnymi. Niewątpliwie kolizja norm ustawowych i wykonawczych powinna zostać rozwiązana zgodnie z regułą hierarchiczną *lex superior derogat legi inferiori*, nadającą prymat uregulowaniu ustawowemu, a w konsekwencji prowadzić do uznania, iż przesłanki wykluczenia przewidziane względem wykonawcy muszą zostać zbadane również w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, w tym podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, zgodnie z art. 119 ustawy pzp. W konsekwencji żądanie podmiotowego środka dowodowego określonego w par. 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia od podmiotu udostępniającego zasoby należało uznać za zgodne z ustawą.”.

Podzielając powyższe stanowisko należy stwierdzić, że okoliczność, iż w § 5 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 nie został wymieniony § 2 ust. 1 pkt 2 tego rozporządzenia, nie może prowadzić do uznania, że Zamawiający, który w celu zbadania, czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzi podstawa wykluczenia określona w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w dokumentacji postępowania żądał przedstawienia niewymienionego w § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia, dotyczącego podmiotu udostępniającego zasoby, naruszył przepisy ww. rozporządzenia, w sytuacji, gdy obowiązek żądania przedstawienia takiego dokumentu nakładały na Zamawiającego art. 199 Pzp i art. 124 pkt 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do przyjęcia, że Zamawiający „poprzez określenie w dokumentacji postępowania żądania przedstawienia podmiotowego środka dowodowego” określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 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 „w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji” dopuścił się naruszenia art. 124 pkt 1 w związku z art. 119 Pzp w związku z § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia.

Stanowisko Zamawiającego nie było natomiast zasadne w zakresie, w jakim podnosił on, że nie naruszył § 5 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, „gdyż nie zawiera on zakazu żądania dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia a jedynie wskazuje na uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentów w nim wskazanych”. Konieczne jest wskazanie, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać przedstawienia wyłącznie takich podmiotowych środków dowodowych, do jakich żądania upoważnia go przepis prawa powszechnie obowiązującego; w tym aspekcie nie obowiązuje zaś zasada „co nie jest zabronione, jest dozwolone”.

Wobec powyższego Izba uznała, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej zasługują na uwzględnienie, gdyż ustalenia kontroli nie wykazują naruszenia art. 124 pkt 1 w związku z art. 119 Pzp w związku z § 5 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.

Przewodniczący:

.....

.....