

Sygn. akt: KIO/KU 5/23

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 14 lutego 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 20 stycznia 2023 r. zgłoszonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej DKZP.WKZ5.440.114.2022.MM z dnia 13 stycznia 2023 r. dotyczącej postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów – Kielce odc. Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód) - Kielce (DK73).”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Członkowie: Aleksandra Patyk

Michał Pawłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO/KU 5/23

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”), działając na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) przeprowadził kontrolę uprzednią prowadzonego przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów – Kielce odc. Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód) - Kielce (DK73).”

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisów od początku niezgodnych z treścią SWZ, bez następczego ich sprostowania lub zmiany.

Kontrolujący uzasadniając powyższe wskazał, iż zgodnie z treścią sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), 4)-10) Pzp. Natomiast w pkt 9 SWZ wskazano, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. W toku kontroli, pismem z dnia 12.01.2023 r. Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego z prośbą o uzupełnienie oraz udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie: Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, o udzielenie ww. zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), 4)-10) Pzp. Na potwierdzenie braku istnienia ww. podstaw wykluczenia zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1–7 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), dalej jako: „rozporządzenie”. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu obligatoryjnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tym, zwrócono się z prośbą o wyjaśnienie, czy zamawiający dokonał zmian treści ogłoszenia o zamówieniu pod kątem przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli tak, poproszono o uzupełnienie odpowiednich dokumentów. W odpowiedzi na

powyższe, przy piśmie z dnia 12.01.2023 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień: „Zamawiający nie dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu pod kątem przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wypełnił obowiązek poinformowania wykonawców o zastosowaniu przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie w SWZ, pkt 9.1. IDW, Tom I., informacji o przesłankach wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stosując się tym samym do treści art. 134 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Wykonawca,

którego oferta została najwyżej oceniona została pozytywnie zweryfikowany przez Zamawiającego w zakresie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie złożonej przez Wykonawcę informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych z dnia 28.07.2022 r. Zamawiający dochował obowiązku kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ taka możliwość została przez niego przewidziana w SWZ i szczegółowo opisana, także w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp." Kontrolujący stwierdził, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający określił, że w toku postępowania będzie badał przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), 4)-10) ustawy Pzp. Natomiast, w postanowieniach SWZ poinformował wykonawców, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Opisana powyżej niespójność pomiędzy zapisami SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania postępowania, aż do jego zakończenia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się. Konieczność dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu może wynikać m.in. z błędów, w tym z niezgodności zapisów zawartych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią SWZ, bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2021 r. wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej, podtrzymując swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach o dopełnieniu obowiązków informacyjnych wobec Wykonawców o zastosowaniu obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Naruszenie wskazane w Informacji dotyczy jedynie redakcyjnego aspektu ogłoszenia o zamówieniu -omyłkowego pominięcia wskazania ust. 2 w art. 108 ustawy Pzp w pkt 7 Sekcji VI.3) ogłoszenia – co nie ma jakiegokolwiek znaczenia merytorycznego, ani dla rozumienia treści ogłoszenia

w całości, ani dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Istota zarzucanego Zamawiającemu działania polega na pominięciu w treści ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji VI.3 (Informacje dodatkowe) pkt 7) frazy „i ust. 2” w postanowieniu informującym o przesłankach wykluczenia Wykonawcy z postępowania („art. 108 ust. 1 ustawy Pzp”), podczas gdy w treści SWZ wskazano, że Wykonawcy będą podlegali wykluczeniu w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł przede wszystkim, że w przepisach obecnie obowiązującej ustawy Pzp brak jest normy prawnej, która obowiązuje Zamawiającego do zamieszczenia w ogłoszeniu określonych treści, w tym podstaw wykluczenia z postępowania, w odróżnieniu do przepisu art. 41 pkt 7 uprzednio obowiązującej ustawy z 2004 r. Zatem nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp, który obowiązywałby Zamawiającego do podania w ogłoszeniu informacji o podstawach wykluczenia z postępowania. W takim stanie rzeczy to informacje zawarte w SWZ są podstawowym źródłem wiedzy dla wykonawców o podstawach wykluczenia obowiązujących w danym postępowaniu (vide art. 134 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Dodatkowo wskazał, iż pomiędzy treścią ogłoszenia a postanowieniami SWZ nie zachodzą sprzeczności, rozumiane jako informacje wzajemnie wykluczające się. Analiza postanowień „błędnych” pkt. 7 Sekcji VI.3 ogłoszenia dokonywana w szerszym kontekście - pełnej treści ogłoszenia - prowadzi bowiem do wniosku, że podstawa wykluczenia zawarta w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje. Ta podstawa wykluczenia obowiązuje bowiem z mocy samego prawa w sytuacji, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza kwotę 20 000 000 euro. W Sekcji II.2.4) (Opis zamówienia) ogłoszenia Zamawiający wskazał zaś kluczową dla stosowania tej przesłanki informację, że wartość przedmiotowego zamówienia przekracza 20 000 000 euro. W takim stanie faktycznym oczywistym dla odbiorcy ogłoszenia staje się fakt obowiązywania w postępowaniu przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, nawet bez literalnego wskazania na ust. 2 art. 108 w pkt. 7 Sekcji VI.3 ogłoszenia. Powyższe rozumienie potwierdza także inny obszar treści ogłoszenia. A mianowicie zawarte w pkt. 8 Sekcji VI.3) ogłoszenia, wymaganie od Wykonawców przedłożenia m.in. informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych (podmiotowy środek dowodowy, o którym 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). Ten podmiotowy środek dowodowy służy bowiem potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia na podstawie przesłanki zawartej w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że także na gruncie całego postępowania o udzielenie zamówienia analiza treści „niepełnego” postanowienia ogłoszenia (Sekcja VI.3) pkt 7) w kontekście ich „pełnej treści” zawartej w SWZ (pkt 9.1. Tomu I SWZ - IDW) pozwala na odkodowanie właściwej treści

oświadczenia Zamawiającego, co do zakresu stosowanych w postępowaniu podstaw wykluczenia. Oba dokumenty bez ograniczeń dostępne były w Internecie w tym samym czasie (od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tj. od 9 marca 2022 r.) dla każdego odbiorcy. W takim stanie rzeczy, właściwa treść wymagań Zamawiającego w zakresie stosowania obligatoryjnej przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 2 Pzp była możliwa do ustalenia przez Wykonawców, a omyłkowe pominięcie wskazania ust. 2 z art. 108 ustawy Pzp w pkt. 7 Sekcji VI.3) ogłoszenia należy postrzegać jako aspekt czysto techniczny bez jakiegokolwiek znaczenia merytorycznego w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego nie można też pominąć, że Kontrolujący, w oparciu o opisany wyżej stan faktyczny, skonkretyzował zarzut uznając, iż Zamawiający swoim działaniem, czy raczej zaniechaniem, naruszył w istocie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie zmiany zamieszczonego ogłoszenia o wszczęciu postępowania, zawierającego „częściową” informację w zakresie podstaw wykluczenia Wykonawców, w stosunku do treści SWZ. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Nie można jednak pominąć, iż obligatoryjna konieczność dokonania zmiany ogłoszenia będzie zachodziła w przypadkach zmian istotnych, o których mowa w ust. 2 i 3 art. 90 ustawy Pzp. W zaistniałym stanie rzeczy literalna i czysto techniczna „niekonsekwencja” w informacji o przesłankach wykluczenia, pomiędzy treścią ogłoszenia a postanowieniami SWZ, nie powodująca pomiędzy nimi

sprzeczności i nie mogąca budzić jakichkolwiek wątpliwości, co do wymagań w tym zakresie, nie mogła rodzić - zdaniem Zamawiającego - bezwzględnego obowiązku dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu. A tylko bezwzględny obowiązek dokonania zmiany ogłoszenia powinien skutkować wskazaniem naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko zaprezentowane i Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 13.01.2023 r. i nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego, wobec czego przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Kontrolujący wyjaśnił, że norma prawna art. 108 ustawy Pzp wskazuje obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z ust. 2 ww. przepisu, 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, z późn. zm.). 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. Co do zasady, osoby prawne mają obowiązek wskazywać swoich beneficjentów rzeczywistych i wpisywać ich do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Beneficjentami takimi są tylko osoby fizyczne spełniające określone kryteria, a celem tej regulacji jest ustalenie kapitałowej lub faktycznej kontroli nad daną spółką, niekoniecznie kontroli bezpośredniej. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, iż oczywistym dla odbiorcy ogłoszenia stał się fakt obowiązywania w postępowaniu przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na obowiązywanie tej podstawy wykluczenia z mocy samego prawa w sytuacji, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane jest równa lub przekracza kwotę 20 000 000 euro, Kontrolujący podkreślił, iż nie we wszystkich postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza powyżej wskazaną kwotę zastosowanie tej przesłanki wykluczenia jest obligatoryjne. Zgodnie bowiem z art. 393 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego zamawiający, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, mogą nie stosować podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108. Zgodnie z treścią sekcji VI.3) ogłoszenia o zamówieniu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), 4)-10) ustawy Pzp. Natomiast w pkt 9 SWZ wskazano, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym, z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu obligatoryjnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe zapisy Prezes Urzędu ponownie wskazał, że opisana powyżej niespójność pomiędzy zapisami SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu istniała od początku trwania postępowania, aż do jego zakończenia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może zmienić ogłoszenie, przekazując Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej sprostowanie, ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji. Przepisy art. 87 i art. 88 stosuje się. Konieczność dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu może wynikać m.in. z błędów, w tym z niezgodności zapisów zawartych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Dla zachowania przejrzystości w zakresie zastosowanych podstaw wykluczenia z postępowania Zamawiający

powinien zatem zachować spójność pomiędzy ogłoszeniem a dokumentami zamówienia i w razie ich rozbieżności dokonać stosownej korekty. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią SWZ, bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

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

Uznając ustalenia faktyczne dokonane przez Kontrolującego za prawidłowe, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej zgłoszone w dniu 20 stycznia 2023 r. przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Okolicznością bezsporną było to, że Zamawiający wszczynając przedmiotowe postępowanie zamieścił w treści ogłoszenia o zamówieniu postanowienia niespójne z treścią specyfikacji warunków zamówienia - Zamawiający wymieniając w treści ogłoszenia o zamówieniu obowiązujące podstawy wykluczenia nie wskazał na art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią sekcji VI.3) pkt 7 ogłoszenia o zamówieniu „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt 2 lit. a), 4)-10) Pzp.”, podczas gdy w pkt 9.1 SWZ Tom I - IDW wskazano, iż „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.”, zaś w pkt 9.2 SWZ Tom I - IDW wymieniono ww. fakultatywne podstawy wykluczenia. Pomimo przedmiotowej niespójności Zamawiający do upływu terminu składania ofert nie dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp do katalogu podstaw wykluczenia wskazanych w sekcji VI.3.

Odnosząc się do treści wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń w pierwszej kolejności należy wskazać, iż nie jest

zasadne powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczność, iż w przepisach obecnie obowiązującej ustawy Pzp brak jest normy prawnej, która obliuguje Zamawiającego do zamieszczenia w ogłoszeniu określonych treści. Po pierwsze, nawet jeśli Zamawiający twierdzi, że nie miał obowiązku publikować w ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia z postępowania, to jednak informacje takie zamieścił i już z tego względu winny one korelować z treścią SWZ, w świetle zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp. Po drugie, myli się Zamawiający twierdząc, że nie miał takiego obowiązku. Wskazać w tym miejscu należy na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz.

UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.). Ponadto w ust. 2 tego przepisu wskazano, iż Zamawiający przekazuje ogłoszenia zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy 2014/24/UE. Zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu ma zatem nie tylko mieć na uwadze przepisy krajowe, ale również unijne, w szczególności dyrektywę 2014/24/UE (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.Urz.UE.L 2014 Nr 94, str. 65) oraz właściwe rozporządzenia wykonawcze.

Załącznik V do dyrektywy 2014/24/UE w Części C „Informacje, jakie należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu” (o którym mowa w art. 49 dyrektywy) w pkt 11 lit. c wskazuje na konieczność zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o warunkach udziału, w tym: „listy i krótkiego opisu kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, oraz kryteriów kwalifikacji (...)”. Niewątpliwie podstawy wykluczenia mieszczą się w pojęciu „kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia”, dyrektywa bowiem w ramach kryteriów kwalifikacji podmiotowej (Sekcja 3 Podsekcja 1) uwzględnia zarówno podstawy wykluczenia (art. 57), jak i kryteria kwalifikacji (art. 58, czyli na gruncie ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu). Jednocześnie dyrektywa klasyczna, w ramach obowiązku umieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu listy i krótkiego opisu kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, nie rozróżnia podstaw wykluczenia o charakterze obligatoryjnym i fakultatywnym, a zatem należy podać je wszystkie. Rozróżnienie takie można znaleźć w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439), które dotyczy jednak wyłącznie postępowań krajowych (por. Załącznik 1 pkt. I.6. ppkt 1 i 2).

Obowiązek wskazywania podstaw wykluczenia w ogłoszeniach o zamówieniu dotyczących postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienia klasyczne, potwierdza obowiązujące obecnie Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (e-formularze), Dz.Urz.UE.L 2019 Nr 272 str.7, niemniej Izba wskazuje na to rozporządzenie jedynie uzupełniająco, ponieważ nie weszło ono jeszcze w życie w chwili wszczęcia postępowania przez Zamawiającego. Zgodnie z załącznikiem do tego rozporządzenia w standardowych formularzach i ogłoszeniach stosuje się pola obowiązkowe i opcjonalne, a wśród pól obowiązkowych dla formularzy ogłoszenia o zamówieniu

w procedurze konkurencyjnej (art. 49 dyrektywy 2014/24/UE – dyrektywa ogólna, tryb standardowy) w tabeli 2 ww. załącznika wymienia się pole o nazwie „podstawy wykluczenia” i opisie „Krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji oferentów, która może prowadzić do ich wykluczenia. Obejmuje to listę wszystkich takich kryteriów i wskazywać wymagane informacje (np. oświadczenia własne, dokumenty). Może to również obejmować szczególne krajowe podstawy wykluczenia.”

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż skoro Zamawiający miał obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu pełną listę podstaw wykluczenia, a tego nie uczynił, to znaczy, że nie dopełnił ciężących na nim obowiązków informacyjnych. Nieprawidłowość polegająca na pominięciu w liście podstaw wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu art. 108 ust. 2 ustawy Pzp istniała od wszczęcia postępowania i nie została przed upływem terminu składania ofert skorygowana, stąd Kontrolujący wskazał na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż niespójność ta dotyczy jedynie redakcyjnego aspektu ogłoszenia o zamówieniu - omyłkowego pominięcia art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, a jako taka nie ma znaczenia merytorycznego ani dla rozumienia treści ogłoszenia w całości, ani dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, nie może być uznana za uzasadniającą brak możliwości stwierdzenia naruszenia. Zamawiający pomija fakt, iż wszczęcie kontroli uprzedniej nie jest warunkowane potencjalnym naruszeniem przepisów, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Kontrola taka jest obligatoryjna w przypadkach określonych w art. 613 ust. 2 ustawy Pzp przed zawarciem umowy i obejmuje całą dokumentację postępowania, a wynikiem tego rodzaju kontroli może być także stwierdzenie naruszeń nie mających wpływu na wynik postępowania, w tym naruszeń o charakterze formalnym, jak w przedmiotowym przypadku. Tym samym nie mają wpływu na stwierdzenie naruszenia podnoszone przez Zamawiającego okoliczności, takie jak brak wzajemnego wykluczania się informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i w SWZ, obligatoryjny charakter podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, czy możliwość odkodowania właściwego zakresu podstaw wykluczenia w oparciu o kompleksową lekturę dokumentów zamówienia. Zamawiający pomija także fakt, iż zasada przejrzystości wyrażona w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, aby treść dokumentów zamówienia była spójna i transparentna, a ewentualne błędy czy nieścisłości niezwłocznie korygowane. Tym bardziej, jeśli mają one miejsce w zakresie opisanego podstaw wykluczenia, które warunkują możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, które jest postępowaniem o wartości przekraczającej progi unijne, i w którym prawdopodobieństwo udziału podmiotów zagranicznych jest większe niż w przypadku zamówień krajowych.

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

Przewodniczący:

Członkowie: