Sygn. akt: KIO/KU 26/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 23 września 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 9 września 2022 r. (znak: MZD.ZP.26.150.2022), zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Miejski Zarząd Dróg w Częstochowie, ul. Legionów 52, 42-202 Częstochowa (dalej

„Zamawiający")

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej (dalej także „Informacja")

z dnia 2 września 2022 r. (znak: DKZP.WKZ5.440.85.2022.MM, KU/85/22/DKZP)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Członkowie:

Marek Bienias

Justyna Tomkowska

Anna Wojciechowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W dniu 29 lipca 2022 r. nastąpiło wszczęcie kontroli uprzedniej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W toku kontroli uprzedniej ustalono, że przedmiot zamówienia obejmuje:

I. W zakresie robót budowlanych zgodnie z dokumentacją projektową przekazaną przez zamawiającego:

1. Wykonanie pełnego (za wyjątkiem robót wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, wskazanych w inwentaryzacji) zakresu robót przygotowawczych wynikających z dokumentacji projektowej wraz z odwozem i utylizacją materiałów z rozbiórki na odległość do 15 km przy czym zamawiający informuje że:

- frez (destrukt z rozbiórek nawierzchni) stanowi własność Konsorcjum: Bitum

Sp. z o.o., Drog-Bud Sp. z o.o. zgodnie z umową 14/2021,

- złom stanowi własność P.P.U.H. EUROSCRAP C. K. zgodnie umową

nr 15/2021,

- drewno – wykonawca będzie zobowiązany do dokonania zapłaty za pozyskane drewno zamawiającemu,

- oświetlenie uliczne stanowiące własność Tauron Nowe Technologie SA zostaje zdemontowane (na budowie znajduje się: 345 sztuk opraw, 165 sztuk plastikowych studzienek przyłączeniowych, 5840 m kabla o wadze do 2kg/mb), fundamenty mają być zutylizowane jako gruz, elementy metalowe stanowiące złom będą własnością zamawiającego, oprawy oświetleniowe oraz inne elementy oświetlenia klasyfikowane jako materiały niebezpieczne mają zostać zutylizowane przez wykonawcę, ponadto należy także zutylizować już zdemontowane oprawy oświetleniowe w przedmiotowej inwestycji, składowane w magazynie MZD ul. Złota w Częstochowie (w magazynie znajduje się 165 sztuk opraw);

- pozostałe materiały stanowią własność wykonawcy.

Wykonanie pełnego (za wyjątkiem robót wykonanych przez poprzedniego wykonawcę, wskazanych w inwentaryzacji) zakresu robót budowlanych wynikających z dokumentacji projektowej oraz wynikających z uzyskanych uzgodnień i decyzji administracyjnych.

II. W zakresie zmian dokumentacji projektowej:

1. Wykonanie dokumentacji projektowej zamiennej dla ekranów dźwiękochłonnych w rejonie Alei Wojska Polskiego 122 A, B, C, D,

2. Wykonanie dokumentacji projektowej dla zamiany typu ekranu dźwiękochłonnego na odcinku od ul. Olsztyńskiej do ul. Wesołej (na ekran przezierny),

3. Wykonanie dokumentacji projektowej dla kolizji z kanałem sanitarnym DN 1000 mm w rejonie węzła przy ul. Legionów (WD1),

4. Wykonanie dokumentacji projektowej dla likwidacji kolizji z wodociągiem DN 1000 w rejonie kładki dla pieszych przy ul. Okrzei (K5) oraz kolizji z wodociągiem DN 250 w rejonie kładki dla pieszych przy ul. Stromej (K3),

5. Wykonanie dokumentacji projektowej dla iluminacji kładek dla pieszych i ekranu półtunelowego na estakadzie nad aleją Pokoju (WD4),

6. Rozwiązanie projektowe wszystkich kolizji stwierdzonych podczas realizacji a nieujawnionych w dokumentacji projektowej,

7. Uzyskanie wszelkich warunków i uzgodnień,

8. Wykonanie uzupełniających pomiarów geodezyjnych i geologicznych w zakresie umożliwiającym prawidłowe wykonanie dokumentacji projektowej.

Analiza potrzeb i wymagań została sporządzona w dniu 29.04.2022 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało:

- przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, dalej jako: „UPUE", drogą elektroniczną, w dniu 05.05.2022 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, dalej jako: „Dz. Urz. UE", z dnia 10.05.2022 r. pod numerem 2022/S 090-246424;

- opublikowane na stronie prowadzonego postępowania od dnia 10.05.2022 r.

Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu:

- Sprostowania/ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji zostały przekazane UPUE, drogą elektroniczną w dniu 31.05.2022 r. i opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2022/S 107295718 z dnia 03.06.2022 r.

- Zamawiający dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert z dnia 10.06.2022 r. na dzień 15.06.2022 r. oraz termin związania ofertą z dnia 07.10.2022 r. na dzień 12.10.2022 r.

- Sprostowania/ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji zostały przekazane UPUE, drogą elektroniczną w dniu 07.06.2022 r. i opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2022/S 111310109 z dnia 10.06.2022 r.

- Zamawiający dokonał zmiany terminu składania i otwarcia ofert z dnia 15.06.2022 r. na dzień 27.06.2022 r. oraz termin związania ofertą z dnia 12.10.2022 r. na dzień 24.10.2022 r.

SWZ została zamieszczona na stronie od dnia 10.05.2022 r., tj. zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 57 ustawy Pzp oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunków oraz braku podstaw wykluczenia zamawiający na wezwanie na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wymagał przedstawienia m.in. oświadczeń w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), o których mowa w art. 125 ust. 1 (dla wykonawcy), w art. 125 ust. 4 (dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie) i art. 125 ust. 5 ustawy Pzp (dla podmiotu udostępniającego zasoby).

W pkt 8.5. SWZ zamawiający wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający zamiast podmiotowych środków dowodowych żąda oświadczenia wykonawcy składanego w JEDZ (załączniku nr 1 do SWZ), z wyjątkiem:

1) wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, na potwierdzenie którego zamawiający wymaga przedłożenia odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed złożeniem;

2) wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 na potwierdzenie którego zamawiający wymaga przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

Zgodnie z pkt 8.2. SWZ wykonawca był zobowiązany do przedłożenia wraz ofertą m.in. oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z art. 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r.

o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia zamawiający żądał przedłożenia dokumentów:

a) o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b), pkt 2 i 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2019 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2019 r., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie";

b) w stosunku do wykonawców zagranicznych zamawiający żądał złożenia dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1, pkt 3 lit. b) oraz ust. 3 rozporządzenia.

W przedmiotowym postępowaniu nie odrzucono żadnej oferty oraz nie wykluczono wykonawcy.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 253 ust. 2 ustawy Pzp, została zamieszczona na stronie internetowej postępowania w dniu 20.07.2022 r.

W postępowaniu nie zostały wniesione środki ochrony prawnej.

W toku prowadzonej kontroli, pismem z dnia 11.08.2022 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wezwał zamawiającego do uzupełnienia przekazanej dokumentacji postępowania, tj.:

1. Do dokumentacji postępowania dołączono upoważnienia dla p. P.K. oraz p. M.W., na podstawie których powierzono im wykonanie czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego. Natomiast, p. P. K. oraz p. M. W. nie zostali wskazani w pkt 5 protokołu postępowania (druk ZP-PN).

Poproszono o uzupełnienie prawidłowo wypełnionego protokołu postępowania (druk ZP-PN) w zakresie pkt 5.

2. Do dokumentacji postępowania nie załączono oświadczeń określonych w art. 56 ust. 3 ustawy Pzp.

Poproszono o uzupełnienie dokumentacji postępowania w ww. zakresie.

3. Zwrócono się z prośbą o przesłanie weryfikacji podpisów elektronicznych złożonych w ofertach oraz na etapie wyjaśnień/uzupełnień.

4. Poproszono o przesłanie dowodów potwierdzających przekazanie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamówieniu oraz ogłoszeń o zmianie/sprostowaniu ogłoszenia o

zamówieniu (tj. wiadomości elektronicznej wraz z potwierdzeniem daty dokonanej czynności).

5. Zwrócono się z prośbą o przekazanie dokumentu potwierdzającego daty oraz godziny publikacji dokumentacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

6. Ponadto, poproszono o uzupełnienie:

a) analizy potrzeb i wymagań dotyczącej przedmiotowego postępowania;

b) specyfikacji warunków zamówienia;

c) projektu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na powyższe, przy pismach z dnia 11.08.2022 r. oraz 18.08.2022 r. zamawiający uzupełnił wymagane dokumenty.

Pismem z dnia 29.08.2022 r. zamawiający został wezwany do:

1. Uzupełnienia oświadczeń określonych w art. 56 ust. 3 ustawy Pzp złożonych przez p. Kamila Drabińskiego oraz p. Jarosława Stąpora.

2. Wskazanie, w której części dokumentacji znajduje się zapis dotyczący rozwiązań równoważnych.

3. Wyjaśnienie, w jakiej dacie opublikowano SWZ na stronie prowadzonego postępowania, gdyż w protokole postępowania (druk ZP-PN) wskazano, że SWZ zostało opublikowane w dniu 05.05.2022 r., natomiast z treści wydruku z platformy zakupowej wynika, że SWZ została zamieszczona na stronie prowadzonego postępowaniu w dniu 10.05.2022 r.

Ponadto, poproszono o uzupełnienie dokumentacji o prawidłowo wypełniony protokół postępowania (druk ZP-PN) w zakresie pkt 9 w przypadku, gdy potwierdzi się data publikacji SWZ wskazana w wydruku z platformy zakupowej.

4. Uzupełnienie dokumentu potwierdzającego datę publikacji kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

5. Wyjaśnienie, czy w toku postępowania zamawiający wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia dotyczącego braku podstaw wykluczenia złożonych zgodnie z art. 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady (UE) NR 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie.

W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o uzupełnienie wezwań zamawiającego skierowanych do wykonawców w zakresie przedłożenia ww. oświadczeń oraz oświadczeń złożonych przez wykonawców.

W odpowiedzi na powyższe, przy piśmie z dnia 30.08.2022 r. zamawiający uzupełnił dokumentację w wymaganym zakresie, a także złożył wyjaśnienia.

W związku z powyższym, w toku kontroli uprzedniej, zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień:

a) na jakiej podstawie prawnej zamawiający odstąpił od żądania dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia;

b) czy zamawiający samodzielnie zweryfikował wykonawców pod kątem przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp? Jeśli tak, zamawiający został poproszony o uzupełnienie odpowiednich dokumentów.

W odpowiedzi zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„Ze względu na brak określenia w Specyfikacji Warunków Zamówienia przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia określonej w art. 108 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający samodzielnie zweryfikował wykonawcę pod kątem wykluczenia, przyjmując zasadę, że obligatoryjność zastosowania ww. przesłanki determinuje ustawa Pzp. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 108 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest przepisem powszechnie i bezwzględnie obowiązującym (norma imperatywna). Norma tego typu wyznacza treść określonych stosunków prawnych, której zastosowanie, w odniesieniu do danego podmiotu będącego adresatem tej normy, nie może zostać wyłączone. Zastosowanie takiej normy nie może zostać wyłączone lub ograniczone normą stron lub odmiennym zwyczajem. Przesłanki wykluczenia określone są wprost w ustawie Prawo zamówień publicznych. Obowiązują one nawet w sytuacji, gdy nie zostały one powtórzone w specyfikacji warunków zamówienia. Sporządzając treść specyfikacji Zamawiający nie ma możliwości ani rezygnacji z przesłanek przewidzianych przez ustawodawcę, ani wprowadzenia przesłanek nieznanych ustawie. Uwzględniając ścieżkę weryfikacji określoną w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, dokonano weryfikacji podmiotów za pomocą Krajowego Rejestru Sądowego i Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. W toku badania stwierdzono, że żaden z podmiotów nie udaremniał lub utrudniał stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy i nie ukrywał ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Z przeprowadzonych czynności weryfikujących została sporządzona notatka, która stanowi załącznik do niniejszych wyjaśnień.

Zamawiający podkreśla, że ww. rozporządzenie przewiduje, że zbadania przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje w oparciu o informację z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Dokument ten jest

powszechnie dostępny, podobnie jak informacja z Krajowego Rejestru Sądowego. Zamawiający pobierając powyższy dokument z internetu i analizując go, podjął wszelkie możliwe działania w celu zweryfikowania, czy przedmiotowa przesłanka wykluczenia jest spełniona."

Ponadto, zamawiający przedstawił notatkę komisji przetargowej, która potwierdza weryfikację przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, w której wskazano, że:

„W dniu 18.07.2022 r. komisja przetargowa przedmiotowego postepowania w celu stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 108 ust 2 ustawy-Pzp tj. Wykonawcy, 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 2022 r. poz. 593, 655 i 835), ustaliła za pomocą ogólnodostępnego rejestru - Wpisu Podmiotu w Centralnym Rejestrze Beneficjentów Rzeczywistych że nw. Wykonawcy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust 2 ustawy-Pzp:

1. NDI Spółka Akcyjna;

2. NDI SOPOT Spółka Akcyjna."

Zakończenie kontroli nastąpiło w dniu 02.09.2022 r. Protokołem Kontroli Uprzedniej, gdzie oznaczono rodzaj zamówienia: roboty budowlane, przedmiot zamówienia: przebudowa Alei Wojska Polskiego – DK-1 w Częstochowie (obecna DK-910), wszczęcie postępowania: 05.05.2022 r., numer ogłoszenia o zamówieniu: 2022/S 090-246424, tryb postepowania:

przetarg nieograniczony (procedura, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp), wartość zamówienia: 244.734.330,62 zł, (tj. 54.952.023,22 euro) - wartość kontrolowanego zamówienia, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynosi 31.921.869,21 zł, (tj. 7.167.655,20 euro), środki UE: Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020), rodzaj procedury: zamówienie klasyczne .

Kontrolujący pod koniec Protokołu Kontroli Uprzedniej stwierdza: „Z dokumentacji postępowania wynika, że wartość zamówienia ustalona została w wysokości 244.734.330,62 zł (tj. 54.952.023,22 euro). Oznacza to, że całkowita wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro dla robót budowlanych i zamawiający miał obowiązek wskazać w dokumentacji postępowania obligatoryjną podstawę wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp SWZ zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art.

> 108. Zamawiający, odstępując od wskazania w dokumentacji postępowania ww. podstawy wykluczenia wykonawcy naruszył zatem przepis normy prawnej zawartej w art. 134 ust. 1 pkt 7) w związku z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.”.

Jednocześnie w dniu 2 września 2022 r. Kontrolujący wydał Informację o wyniku kontroli uprzedniej (DKZP.WKZ5.440.85.2022.MM.). W jej pkt 1. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku wynika, że:

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza naruszenie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania w dokumentacji postępowania obligatoryjnej podstawy wykluczenia wykonawcy określonej w normie prawnej art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 09.09.2022 r. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Prezesa UZP z dnia 2 września 2022 r. (otrzymanej informacji o wyniku kontroli uprzedniej) stwierdził w zastrzeżeniach, że: „Zamawiający nie kwestionuje braku zamieszczenia w Specyfikacji Warunków Zamówienia podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia określonej w art. 108 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP). Tym niemniej, istotne w sprawie jest to, że Zamawiający samodzielnie zweryfikował wykonawców pod kątem wykluczenia, przyjmując zasadę, że obligatoryjność zastosowania ww. przesłanki determinuje PZP, oraz uwzględniając to, że Zamawiający posiada powszechnie dostępne narzędzia umożliwiające zastosowanie tej przesłanki w każdym przypadku. W wyniku podjętych przez siebie działań Zamawiający ustalił, że nie zachodzi konieczność eliminacji wykonawców z postępowania. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 108 ust. 2 PZP jest przepisem po pierwsze bezwzględnie obowiązującym (imperatywnym), po drugie, podlegającym bezpośrednio zastosowaniu. Pierwsze oznacza, że zamawiający w razie wystąpienia przesłanek opisanych w tym przepisie ma obowiązek wykluczenia wykonawcy. Drugie zaś oznacza, że wszystkie przesłanki zastosowania tej podstawy wykluczenia zostały w sposób wyczerpujący określone w w/w przepisie. Zamawiającemu nie przyznano żadnej swobody w zakresie, czy to kształtowania, czy to stosowania tej podstawy wykluczenia. Sporządzając treść SWZ, zamawiający nie ma możliwości, ani rezygnacji z przesłanek przewidzianych przez ustawodawcę, ani wprowadzenia przesłanek nieznanych PZP. Tym samym, do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie dochodzi bezpośrednio i wyłącznie w oparciu o brzmienie art. 108 ust. 2 PZP. Z powyższego wynika, że zapisy SWZ opisujące przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia określone w art. 108 ust. 2 PZP stanowią li tylko

powielenie treści tego przepisu. Zarazem SWZ jako taka nie zastępuje przepisów PZP, które stosuje się z pierwszeństwem przed zapisami SWZ. Powyższe w ocenie Zamawiającego ma istotne znaczenie dla oceny tego, na czym polega nałożony na Zamawiającego obowiązek wskazania w SWZ przesłanek wykluczenia z postępowania. Skoro, co zostało wykazane powyżej, zapisy SWZ opisujące przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia określone w art. 108 ust. 2 PZP mogą stanowić li tylko powielenie tego przepisu, to ewentualny brak takiego powielenia art. 108 ust. 2 PZP w SWZ nie ma wpływu na to, że art. 108 ust. 2 PZP znajduje w toku postępowania zastosowanie, tj. wiąże on zarówno wykonawcę jak i zamawiającego. Nie można również zapominać, że podmioty składające oferty w tego typu postępowaniach są profesjonalistami. Podmioty te mają pełną wiedzę na temat funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Ze względu na przedmiot przetargu oraz okoliczności, które mu towarzyszą (rozwiązanie wcześniejszej umowy na wykonanie tego projektu) oferenci mieli pełną świadomość tego, że wartość zamówienia przekracza 20.000.000 EUR i że przesłanka, o której mowa w art. 108 ust. 2 PZP znajdzie zastosowanie. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, przewiduje, że przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 PZP weryfikuje się na podstawie informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych i Krajowego Rejestru Sądowego. Rejestry te są powszechnie dostępne za pośrednictwem sieci Internet. Sprawdzenie informacji w tym rejestrach nie wymaga żadnych skomplikowanych czynności, a praktyka przyjęta u Zamawiającego polega na tym, że wszystkie podmioty składające oferty są sprawdzane w tych rejestrach. Tak samo Zamawiający postąpił również w niniejszym przypadku, tj. w sposób należyty zastosował art. 108 ust. 2 PZP. W toku badania stwierdzono, że żaden z podmiotów nie udaremniał lub nie utrudniał stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy i nie ukrywał ich pochodzenia, w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Z przeprowadzonych czynności weryfikacyjnych została sporządzona notatka służbowa, która została dołączona do pisma z dnia 02.09.2022 r. Zamawiający wykorzystał zatem wszelkie dostępne środki, aby sprawdzić oferentów pod kątem przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 2 PZP. Co więcej, nawet gdyby w SWZ została wpisana przesłanka z art. 108 ust. 2 PZP oraz zobligowanoby wykonawców do złożenia informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, Zamawiający dysponowałby tymi samymi danymi, które uzyskał samodzielnie i wyprowadziłby z nich te same wnioski. Podsumowując, stwierdzić należy, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do zakłócenia konkurencji, ani do niezgodnego z przepisami prawa wyboru oferty. Nie mamy więc do czynienie z nieprawidłowością, a jedynie z formalnym zaniechaniem Zamawiającego. W żaden więc sposób czynności Zamawiającego nie miały lub nie mogły mieć

szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Zamawiający wybrał podmiot, który spełniał warunki udziału w postępowaniu, nie podlegał wykluczenia oraz złożył najkorzystniejszą ofertę."

Pismem z dnia 16 września 2022 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 02.09.2022 r.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu – na podstawie art. 617 w zw. z art. 610 ust. 2 ustawy PZP – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła i zważyła:

Izba wskazuje, 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, 1086 i 2320).

Podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy Pzp obejmuje zachowania wykonawcy spełniające znamiona przestępstwa prania pieniędzy określonego w art. 299 Kodeksu karnego i łączące się z niezgłoszeniem informacji o beneficjentach rzeczywistych do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych lub zgłoszeniem informacji nieprawdziwych.

Ustawa z 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, z późn. zm.) wymaga od spółek prawa handlowego, z wyjątkiem spółek publicznych, ustalenia beneficjenta rzeczywistego i zgłoszenia informacji o beneficjencie rzeczywistym do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający w SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Natomiast na potwierdzenie braku istnienia ww. podstaw wykluczenia Zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b), pkt 2, pkt 6 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).

Tym samym rację ma Prezes Urzędu, że z powyższych zapisów SWZ wynika, że Zamawiający nie wskazał w dokumentacji postępowania obligatoryjnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, podczas, gdy wartość zamówienia ustalona została w kwocie 244.734.330,62 zł (tj. 54.952.023,22 euro).

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że w przetargu nieograniczonym SWZ jest kluczowym dokumentem zamówienia i który to dokument powinien wyczerpująco i precyzyjnie opisywać wszystkie warunki zamówienia, ponieważ potencjalny wykonawca przygotowując ofertę opiera się właśnie na tym dokumencie.

Izba zważa, że art. 134 ust. 1 ustawy PZP wymienia obligatoryjne elementy SWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, o czym świadczy zapis: „SWZ zawiera co najmniej". Jednym z takich obowiązkowych elementów jest konieczność zamieszczenia w SWZ, podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108, zgodnie z ust. 1 pkt 7 ww. normy prawnej.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo przeanalizował powyższy zapis stwierdzając, że pomimo tego, iż art. 108 zawiera zamknięty katalog obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, których wystąpienie zawsze skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania i nie ma możliwości rezygnacji z tych przesłanek wykluczenia, to i tak Zamawiający w SWZ zobowiązany jest zawrzeć wszystkie przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ustawy PZP, w tym normę zawartą w art. 108 ust. 2 ustawy PZP.

Konsekwencją powyższego zapisu jest również konieczność wprowadzenia do SWZ informacji o dokumentach podmiotowych, jakich Zamawiający wymaga na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Izba zważa, że Zamawiający samodzielnie zweryfikował brak podstaw do wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, tj. Konsorcjum firm: NDI Spółka Akcyjna, NDI SOPOT Spółka Akcyjna, o czym świadczy notatka służbowa z dnia 20.07.2022 r., w której wskazano, że „W dniu 18.07.2022 r. komisja przetargowa przedmiotowego postepowania w celu stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 108 ust 2 ustawy-Pzp tj. Wykonawcy, 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 2022 r. poz. 593, 655 i 835), ustaliła za pomocą ogólnodostępnego rejestru - Wpisu Podmiotu w Centralnym Rejestrze Beneficjentów Rzeczywistych że nw. Wykonawcy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust 2 ustawy-Pzp:

1. NDI Spółka Akcyjna;

2. NDI SOPOT Spółka Akcyjna.”

Mając powyższe na uwadze, Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że dokonanie powyżej czynności przez Zamawiającego, nie usprawiedliwia brak zawarcia w SWZ wszystkich przesłanek wykluczenia właściwych dla przedmiotowego postępowania, a wynikających z treści art. 108 ustawy PZP.

Izba zwraca uwagę, że z Informacji o wyniku kontroli uprzedniej wynika, że stwierdzone naruszenie miało jedynie charakter formalny i nie miało wpływu na wynik postępowania, nadto to sam Zamawiający w zastrzeżeniach stwierdził: „formalne zaniechanie Zamawiającego”.

Poza tym, gdyby Zamawiający nie dokonał samodzielnej weryfikacji, pod kątem art. 108 ust. 2, to zdaniem Izby takie zachowanie Zamawiającego miałoby wpływ na wynik postępowania.

Tym samym w ocenie Izby, zastrzeżenia Zamawiającego (Miejski Zarząd Dróg w Częstochowie) nie zasługują na uwzględnienie.

W związku z powyższym Izba stwierdza, że uzasadniony jest wynik przedmiotowej Kontroli Uprzedniej, wskazującej na naruszenie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania w dokumentacji postępowania obligatoryjnej podstawy wykluczenia wykonawcy określonej w normie prawnej art. 108 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

Członkowie: