

Sygn. akt: KIO 1439/16

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 roku przez wykonawcę: **„GEO-WIERT” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, ul. Węglowa 11, 44- 240 Żory,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: „GEO-WIERT” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę „GEO-WIERT” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: „GEO-WIERT” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach na rzecz zamawiającego: Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

**Przewodniczący: .....**

## UZASADNIENIE

Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach [zwany dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego – w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Wykonanie wzmocnienia obudowy zasadniczej wyrobisk korytarzowych za pomocą betonu natryskowego ze zbrojeniem rozproszonym w przekopach przewozowych na poziomie 665m dla KHW S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.], zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 roku pod numerem 2016/S 077-138036. Zamawiający w dniu 21 lipca 2016 roku – faksem – przekazał informację o czynności stanowiącej podstawę wniesionego odwołania.

W dniu 1 sierpnia 2016 roku wykonawca „GEO-WIERT” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wobec czynności zamawiającego polegających na: wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp; odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne wezwanie odwołującego do złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne w sytuacji, gdy w/w dokument był w posiadaniu zamawiającego;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne stwierdzenie, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie złożył aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne w sytuacji, gdy w/w dokument był w posiadaniu zamawiającego;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne przyjęcie, iż oferta odwołującego winna zostać odrzucona ze względu na błędną

konkluzję, iż odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy odwołujący de facto nie podlegał wykluczeniu;

- 4) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, a w konsekwencji błędne przyjęcie, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podczas, gdy oferta przedstawiona przez odwołującego nie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W oparciu o powyższe wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego wykluczenia odwołującego;
- 3) unieważnienie czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) unieważnienie czynności zamawiającego unieważnienia postępowania;
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że pismem z dnia 16 czerwca 2016 roku zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty poprzez złożenie aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a także dwóch dalszych dokumentów. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że zamawiający prowadził również drugie postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą: *Wykonanie robót górniczych - przebudowa 100m Przekopu odstawczego wschód/Chodnika odstawczego wschód - wyrobiska w którym odbywa się transport odstawy urobku w KHW S.A. KWK WUJEK Ruch „WUJEK”*, nr przetargu WP/141/2016, które nie było objęte przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym to postępowaniu termin otwarcia ofert określono na dzień 20 maja 2016 roku. Natomiast, w postępowaniu objętym przedmiotowym odwołaniem, termin składania ofert określony został przez zamawiającego na dzień 31 maja 2016 roku. Odwołujący podniósł, iż złożył oferty w obu postępowaniach, przy czym do oferty złożonej w postępowaniu nr WP/141/2016 załączył aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne na dzień 18 maja 2016 roku. Odwołujący zwrócił uwagę na koincydencję czasową i następstwo zdarzeń mających miejsce w obu procedurach

prowadzonych przez tego samego zamawiającego. Następnie odwołujący wskazał, że w informacji z dnia 21 lipca 2016 r. o wykluczeniu go z postępowania oraz o unieważnieniu postępowania zamawiający podał, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, bowiem zamawiający żądał złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, zaś załączone do oferty zaświadczenie ZUS datowane jest na 09.02.2016 r., co oznacza, iż dokument ten nie spełniał wymogu wskazanego w specyfikacji, jednocześnie na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wykonawca nie odpowiedział i nie przedłożył wymaganego dokumentu. Odwołujący podkreślił, że zamawiający posiadał wskazany przez siebie dokument już w dacie 20 maja 2016 roku, a więc jego złożenie przez odwołującego nie było konieczne, bowiem zamawiający już w tym terminie posiadał wiedzę, iż odwołujący nie zalega z płatnościami składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący zauważył, że w trakcie przedmiotowego postępowania procedowana była w Sejmie nowela do ustawy Prawo zamówień publicznych, która w założeniach transponowała do polskiego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Stwierdził, iż zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, która to norma implementowała zapis art. 59 ust. 5 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE. Dalej, odwołujący powołał się na motyw 85 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, z którego wynika, iż należy przewidzieć, by instytucje zamawiające nie zwracały się o wciąż aktualne dokumenty, które posiadają już w związku z wcześniejszymi postępowaniami o udzielenie zamówienia. Dodał też, że zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 roku ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia wykonawca nie jest zobowiązany do dostarczenia zamawiającemu zaświadczeń i innych rodzajów dowodów w sytuacji, gdy instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający już posiada odpowiednią dokumentację. Natomiast, zgodnie z art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej rozporządzenie ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich. Zdaniem odwołującego, pomimo braku implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektywy 2014/24/UE przepisy rozporządzenia wykonawczego Komisji

(UE) 2016/7 obowiązują, zgodnie z art. 2 w/w rozporządzenia od dnia 26 stycznia 2016 roku, a w każdym wypadku od daty wskazanej w art. 1 rozporządzenia, to jest od dnia 18 kwietnia 2016 roku. Podkreślił też, że zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą, wyrażoną choćby w uchwale KIO z dnia 18 marca 2016 roku (KIO/KU 18/16), w przypadku, gdy zamawiający uzyskuje pewne informacje w jednym postępowaniu, a niezbędne są one również w innym, toczącym się równolegle postępowaniu, to zbędnym i nadmiernie formalnym jest wzywianie wykonawców w tymże drugim postępowaniu do udzielenia tożsamyh informacji. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający nie był uprawniony do wzywania odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, bowiem posiadał je w wersji aktualnej na dzień składania ofert.

Z kolei odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący wskazywał, iż w przepisie tym mowa jest o niewykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem zamawiający winien stwierdzić na podstawie dokumentów złożonych przez odwołującego w innym postępowaniu, w którym data otwarcia ofert wyprzedzała datę otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu o nieco ponad tydzień, że wykazał on spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Skoro więc zamawiający posiada wiedzę, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, to nie powinien wykluczać go z postępowania. Odwołujący podkreślił, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne i złożył na potwierdzenie powyższego zaświadczenie właściwego oddziału ZUS opatrzone datą i wskazujące na spełnianie warunku na dzień 18 maja 2016 roku.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że w związku z błędnym przyjęciem, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający błędnie odrzucił jego ofertę przyjmując niezasadnie, iż wykonawca podlega wykluczeniu. Skoro jednak odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to nie podlega on wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Natomiast, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący wskazywał, iż oferta przez niego złożona nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w związku z tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego implikować musi unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, ponieważ w postępowaniu tym złożona została oferta odwołującego, której cena nie przenosi ceny, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a więc nie dochodzi do wypełnienia przesłanki unieważnienia postępowania wskazanej w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, w dniu 11 sierpnia 2016 roku odwołujący – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pismo zawierające dodatkową argumentację na poparcie podnoszonych zarzutów. Odwołujący w piśmie tym powoływał się na zasadę pierwszeństwa prawa unijnego, a także na zasadę bezpośredniej skuteczności art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/2015.

Podkreślał, iż z art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/2015 wynika, iż: *Niezależnie od ust. 4 wykonawcy nie są zobowiązani do przedstawiania dokumentów potwierdzających, jeżeli instytucja zamawiająca, która udzieliła zamówienia lub zawarła umowę ramową, już posiada te dokumenty*, co też koresponduje z treścią rozporządzenia wykonawczego Komisji Europejskiej 2016/7. Z kolei przepis art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE stanowi, iż: *Do celów stosowania ust. 1 i 2 niniejszego artykułu zastosowanie mają art. 59-61 dyrektywy 2014/24/UE*. Odwołujący wskazał, że organy państwowe mają obowiązek stosowania dyrektyw, nawet jeżeli nie zostały prawidłowo implementowane, pod warunkiem, że są one wystarczająco precyzyjne i bezwarunkowe, a termin ich wdrożenia minął. Nadto, jeśli z przepisów dyrektyw wynikają uprawnienia dla jednostki. W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie ziściły się wszystkie przesłanki warunkujące możliwość powoływania się na bezpośrednio stosowania w/w przepisów dyrektyw i tym samym przy rozstrzygnięciu sprawy należy uwzględnić te przepisy. Dodatkowo, odwołujący zauważył, że nawet w przypadku stwierdzenia, że w/w przepisy dyrektyw unijnych nie mają bezpośredniej skuteczności, to należy dokonać prounijnej wykładni tychże przepisów oraz przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 roku) oraz § 3 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Odwołujący podkreślił, iż sens wykładni prounijnej sprowadza się do interpretacji przepisów krajowych w świetle celów i brzmienia art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/2015 w zw. z art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE oraz do doprowadzenia do przedstawienia rozstrzygnięcia zgodnego z postanowieniami dyrektyw.

Ponadto, w dniu 11 sierpnia 2016 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu wraz z potwierdzeniem jego zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], oferty złożonej przez odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 16 czerwca 2016 roku skierowanego do odwołującego, a dotyczącego uzupełnienia dokumentów, zawiadomienia o wynikach postępowania.

Ponadto, Izba przyjęła do akt sprawy poglądowo, załączone do pisma odwołującego z dnia 11 sierpnia 2016 roku: Komunikat UZP dotyczący obowiązywania Dyrektywy 2014/24/UE oraz Dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2016 roku; pismo Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju datowane na dzień 21 marca 2016 roku wraz z załącznikami.

Izba uwzględniła również oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach, tj. w odwołaniu z dnia 1 sierpnia 2016 roku oraz w piśmie odwołującego z dnia 11 sierpnia 2016 roku, w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 11 sierpnia 2016 roku, a także stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 12 sierpnia 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia jest: Wykonanie wzmocnienia obudowy zasadniczej wyrobisk korytarzowych za pomocą betonu natryskowego ze zbrojeniem rozproszonym w przekopach przewozowych na poziomie 665m dla KHW S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła”.

Pismem z dnia 21 lipca 2016 roku zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz poinformował, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podał, iż: *„Wykonawca „GEO-WIERT” Sp. z o.o., ul. Węglowa 11, 44-240 Żory nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.*

*W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia Zamawiający żądał, zgodnie z pkt. 6.2 ppkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, złożenia: „aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.*

*Termin składania ofert wyznaczono na dzień: 31.05.2016 r.*

*Załączone do oferty Zaświadczenie ZUS datowane jest na 09.02.2016 r., co oznacza, iż dokument ten nie spełnił wymogu wskazanego w specyfikacji.*

*Na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca nie odpowiedział i nie przedłożył wymaganego dokumentu”.*

Jednocześnie zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W 6.2 ppkt 4 SIWZ zamawiający wskazał: „W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy Zamawiający żąda złożenia:

*4. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.*

Analogiczne postanowienie zawiera ogłoszenie o zamówieniu w pkt III.2.1) ppkt II.4.

Termin składania ofert zgodnie z pkt 11.2 SIWZ został ustalony na dzień 31 maja 2016 roku (analogicznie - pkt IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący załączył do oferty zaświadczenie z ZUS, z którego wynikało, że nie posiada zaległości z opłaceniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne wystawione dnia 9 lutego 2016 roku i na taką datę potwierdzający opisany stan faktyczny (strona 11 oferty).

W związku z powyższym, zamawiający w dniu 16 czerwca 2016 roku wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty, w tym m.in. o: „aktualne zaświadczenie właściwego



*oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert zgodnie z zapisem pkt 6.2. ppkt 4. Rozdziału I SIWZ”, wskazując jednocześnie, że dokument zawarty w ofercie odwołującego jest datowany na dzień 9.02.2016r.*

Na w/w wezwanie odwołujący w ogóle nie odpowiedział, co też nie było sporne między stronami.

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymagała kwestia z jaką datą nastąpiło wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, objętego niniejszym odwołaniem. Moment wszczęcia postępowania ma znaczenie z uwagi na ocenę, czy należało rozważyć zastosowanie w niniejszym postępowaniu zasady bezpośredniej skuteczności przepisów dyrektyw unijnych, tj.: art. 80 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE [Dz.U.U.E.L.2014.94.243 ze zm.], zwanej dalej: „*dyrektywą 2014/25/UE*”, (tzw. dyrektywa sektorowa) w zw. z art. 59 ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE [Dz.U.U.E.L.2014.94.65 ze zm.], zwanej dalej: „*dyrektywą 2014/24/UE*”, (tzw. dyrektywa klasyczna), na które powoływał się odwołujący.

Nie ulega wątpliwości, że państwa członkowskie UE zostały zobowiązane do implementacji przepisów w/w dyrektyw do prawa wewnętrznego w terminie do dnia 18 kwietnia 2016 roku. Powyższe wynika z art. 90 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zgodnie z którym: *Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. Niezwłocznie przekazują Komisji tekst tych przepisów* oraz odpowiednio z art. 106 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE stanowiącym, iż: *Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 r. Niezwłocznie przekazują Komisji tekst tych przepisów.* Jednocześnie prawodawca europejski przewidział możliwość odroczenia stosowania niektórych z przepisów dyrektyw, w tym m.in. przewidział taką możliwość w stosunku

do przepisu art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE – do dnia 18 października 2018 r. (co wynika z art. 90 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE).

Bezsporne jest również to, że państwo polskie nie wdrożyło przepisów w/w dyrektyw do krajowego porządku prawnego w wymaganym terminie, tj. do dnia 18 kwietnia 2016 roku, bowiem ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Dz.U. z 2016 r., poz. 1020] wprowadzająca regulacje związane z wdrożeniem do prawa polskiego dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE, weszła w życie dopiero z dniem 28 lipca 2016 roku.

Brak implementacji dyrektyw unijnych w terminie (czy też nieprawidłowa implementacja) jest jedną z koniecznych przesłanek (obok precyzyjności i bezwarunkowości przepisów dyrektyw), których zaistnienie powoduje, że jednostka może powoływać się przed organami państwowymi na uprawnienia przyznane jej na mocy przepisów dyrektyw unijnych względem państwa, co wynika z zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw unijnych, sformułowanej na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Jednakże na zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw unijnych, o których mowa powyżej, wykonawcy mogą się powoływać w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) wszczętych od dnia 18 kwietnia 2016 roku, kiedy to upłynął termin implementacji w/w dyrektyw.

W niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2016 roku pod numerem 2016/S 077-138036, natomiast zamawiający przesłał ogłoszenie do publikacji w dniu 15 kwietnia 2016 roku i w tym samym dniu zamieścił je w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej. Zdaniem odwołującego, za datę wszczęcia postępowania należało uznać dzień opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. 20 kwietnia 2016 roku. Z kolei w ocenie zamawiającego za datę wszczęcia postępowania należało uznać datę zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na jego stronie internetowej, tj. 15 kwietnia 2016 roku.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że za datę wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego należy uznać datę zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej, co bezpośrednio wynika z brzmienia art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącego postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z którym: *Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając*

*ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.*

Taki też pogląd został wyrażony w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 616/10, w którym: *Izba podzieliła pogląd wyrażony w opinii prawnej Moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, według której wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli Zamawiającego. Tym samym w ocenie Izby w niniejszej sprawie, prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy P.z.p. dniem wszczęcia postępowania, była data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej.*

Także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 512/10, powoływany przez odwołującego na poparcie tezy, że o wszczęciu postępowania decyduje data opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, wskazuje na to, że jednak istotne znaczenie ma data ogłoszenia przez zamawiającego o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej, a mianowicie w orzeczeniu tym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: *„Po trzecie, art. 40 ust. 1 ustawy P.z.p. jednoznacznie przesądza, iż wszczęcie postępowania następuje poprzez ogłoszenie przez zamawiającego o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej. Przepis ten wyraźnie przesądza, iż momentem tym jest upublicznienie ogłoszenia o przetargu, a takim nie jest sama czynność przekazania ogłoszenia.”* W stanie faktycznym, objętym w/w wyrokiem, termin publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zbiegł się z terminem jego zamieszczenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej, Izba zaś pochyliła się nad problematyką czy termin wszczęcia postępowania należy liczyć od dnia przekazania tego ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Dlatego też nie można uznać, że wyrok, o którym mowa powyżej, stanowi uzasadnienie tezy sformułowanej przez odwołującego.

Wskazać również należy, że przepis art. 40 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp (obowiązujący w dacie wszczęcia i prowadzenia przedmiotowego postępowania) stanowił, iż: *Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób:*

*1) nie może zostać odpowiednio zamieszczone lub opublikowane przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, przed dniem jego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.*

Słusznie zamawiający podnosił, że z brzmienia przepisów ustawy Pzp sprzed nowelizacji, która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 roku, wynika, że możliwa jest publikacja ogłoszenia w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej w dniu przekazania Urzędowi Publikacji UE, a więc jeszcze przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym UE. Przepis art. 40 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp ustanawiał zaś jedynie zakaz zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na jego stronie internetowej przed dniem jego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że terminem wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie jest dzień 15 kwietnia 2016 roku. Skoro więc wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło przed dniem 18 kwietnia 2016 roku, to tak jak zamawiający podnosił, w ramach przedmiotowego postępowania nie znajdzie zasada bezpośredniej skuteczności przepisów art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 59 ust. 5 dyrektywy 2014/24/2015.

Co do kwestii stosowania przepisów Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia [Dz.U.U.E.L.2016.3.16], to wskazać należy, iż jest to Rozporządzenie wykonawcze do dyrektywy 2014/24/UE i również ono nie znajdzie zastosowania w przedmiotowym postępowaniu, które zostało wszczęte w dniu 15 kwietnia 2016 roku.

Zatem, do przedmiotowego postępowania będą miały zastosowanie przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia tego postępowania, tj. w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej z dniem 28 lipca 2016 roku, na mocy ustawy, o której była mowa powyżej, tj. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Zgodnie bowiem z art. 16 ust. 1 w/w ustawy: *Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Tym samym, do przedmiotowego postępowania nie znajdzie zastosowania również przepis art. 26 ust. 6 znowelizowanej ustawy Pzp, stanowiący, iż: *Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania*

publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352), na który powoływał się odwołujący w treści odwołania, albowiem wszedł on w życie dopiero z dniem 28 lipca 2016 roku.

Zatem, do przedmiotowego postępowania stosuje się przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp), stanowiący, iż: *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*

Zgodnie z dyspozycją w/w przepisu, zamawiający wezwał odwołującego w dniu 16 czerwca 2016 roku do uzupełnienia oferty przez złożenie m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na przedmiotowe wezwanie odwołujący w ogóle nie odpowiedział, co też nie było sporne między stronami. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający w treści SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu, żądał złożenia dokumentu, o którym mowa powyżej, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy.

W konsekwencji braku odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 16 czerwca 2016 roku, a tym samym braku złożenia wymaganego dokumentu, zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarówno, czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 16 czerwca 2016 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp, jak i czynność wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia była prawidłowa. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp: *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

W ocenie Izby również wykładnia prounijna przepisów, na którą powoływał się odwołujący, nie stoi w sprzeczności z powyższymi wnioskami. Przede wszystkim należy wskazać, że państwa członkowskie UE mają określony czas na dokonanie wdrożenia dyrektyw do wewnętrznego porządku prawnego, a po upływie tego terminu, przy łącznym zaistnieniu określonych przesłanek, należy uwzględnić zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw. Do dnia 18 kwietnia 2016 roku obowiązywały przepisy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Należy również zauważyć, że w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie: C-212/04, w pkt 124 uzasadnienia, na który powołał się odwołujący w piśmie z dnia 11 sierpnia 2016 roku, Trybunał wprawdzie wskazał, że: *W świetle powyższych rozważań na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, że w razie dokonania transpozycji dyrektywy do porządku prawnego danego państwa członkowskiego po terminie oraz przy braku bezpośredniej skuteczności odpowiednich przepisów tejże dyrektywy, sądy krajowe są zobowiązane, z chwilą upływu terminu transpozycji, do dokonywania wykładni prawa wewnętrznego tak dalece jak jest to możliwe, w świetle brzmienia dyrektywy i realizowanego przez nią celu, tak by osiągnięte zostały rezultaty wskazane dyrektywą, przychylając się do najbardziej zgodnej z tym celem wykładni przepisów krajowych oraz do przedstawienia rozstrzygnięcia zgodnego z postanowieniami tej dyrektywy,* jednak, jak wynika z samego uzasadnienia w/w wyroku, dotyczy to dokonywania wykładni z chwilą upływu terminu transpozycji dyrektyw. Skoro, jak już wyżej zostało wskazane, niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed dniem 18 kwietnia 2016 roku, to zgodnie z zasadą intertemporalną, nie będą miały do niego zastosowania przepisy dyrektyw 2014/25/UE oraz 2014/24/2015.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.*

Jak powyżej zostało wskazane oferta odwołującego podlega odrzuceniu. W ramach postępowania pozostały dwie oferty, opiewające na kwoty przewyższającą kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zatem zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zwanego dalej: „Rozporządzeniem”.

Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia: *W przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę: Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2. Jednocześnie z § 3 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia wynika, że: Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.*

Natomiast z § 3 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się również wpis od odwołania, który w przedmiotowej sprawie wynosi 15 000 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....