

WYROK

z dnia 13 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2021r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę PETROJET sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zakład Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku

przy udziale wykonawcy Orlen Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Widelkach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 3477/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejski Zakład Komunikacji sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku prowadzi

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Sukcesywne dostawy paliw ciekłych

dla: 1) Miejskiego Zakładu Komunikacji Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, 2) Przedsiębiorstwa

Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Słupsku, 3) „Wodociągów Słupsk”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej pod numerem 2021/S 104-274910 w dniu 1 czerwca 2021r.

Odwołujący - PETROJET sp. z o.o. z siedzibą w Kieszku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty i wykluczeniu go z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a)-c) Pzp poprzez odrzucenie jego oferty jako niespełniającej warunki udziału w postępowaniu oraz podlegającej wykluczeniu, jak też poprzez brak przedłożenia podmiotowego środka dowodowego w zakresie ubezpieczenia OC, podczas gdy podmiotowe środki dowodowe potwierdzają, że od 13 lipca 2021 r. Odwołujący posiadał ubezpieczenie OC na wymaganą kwotę 10 mln PLN, co prowadzi do wniosku, że spełniał warunki udziału w postępowaniu i związku z tym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego;
2. art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez błędne uznanie, że doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w sposób określony ww. przepisem w zakresie oświadczenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako „JEDZ”), co do warunku posiadania ubezpieczenia OC, w sytuacji w której brak jest skutecznego zakwestionowania wadliwości tego oświadczenia Odwołującego, a w świetle art. 126 Pzp i art. 128 Pzp należało przedłożyć aktualne podmiotowe środki dowodowe na dzień złożenia, a zatem Odwołujący nie musiał przedkładać dokumentów wystawionych przed dniem, czy też na dzień składania ofert, dodatkowo, co jest bezsporne, wszelkie podmiotowe środki dowodowe potwierdzają (stanowisko ubezpieczyciela), że od 13 lipca 2021 r., czyli od upływu terminu składania ofert, ubezpieczenie OC Odwołującego opiewało na wymaganą w warunkach udziału w postępowaniu sumę gwarancyjną;
3. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie powinna otrzymać najwyższej punktacji, a zatem nie jest najkorzystniejsza.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i jego wykluczenia;
- dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił w Rozdziale IX ust. 1 pkt 2) lit b) SWZ, że „o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia następujące warunki udziału w postępowaniu: (...) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych)”. Termin składania ofert upływał 13 lipca 2021 r. o godzinie 10.30. Wraz z ofertą Odwołujący złożył oświadczenie w JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i posiadania ubezpieczenia OC na kwotę 10 mln złotych.

W dniu 7 października 2021 r. Zamawiający w trybie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał go do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W dniu 26 października 2021 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał do uzupełniania dokumentów, w tym dotyczących ubezpieczenia OC obejmującego okres od dnia składania ofert. Odwołujący przedłożył dokumenty na wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp, w tym aneks do polisy ubezpieczeniowej, z którego wynika, iż od dnia 13 lipca 2021 r. Odwołujący posiadał ubezpieczenie OC na kwotę 10 mln złotych. Potwierdza to również korespondencja prowadzona między Zamawiającym, a ubezpieczycielem.

Zdaniem Odwołującego wykazał on, że dysponuje ubezpieczeniem OC na kwotę 10 400 000 zł, zaś zakwestionowana przez Zamawiającego polisa nr 908575203378, na skutek przedłożonego aneksu, wraz z innymi polisami, była aktualna na dzień złożenia, co zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp w zw. z art. 128 ust 2 Pzp powoduje, że od dnia 13 lipca 2021 r.

Odwołujący posiadał ubezpieczenie OC na kwotę 10 400 000 zł. Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 126 i art. 128 Pzp podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne na dzień ich złożenia. W przepisach z § 8 ust. 1 pkt 2), § 2 ust. 1 pkt 1), 3), 4), 5), 6) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415; dalej jako „Rozporządzenie Dokumentowe”) mowa jest o wystawieniu dokumentu w związku z jego złożeniem. Nie ulega przy tym wątpliwości, że podmiotowe środki dowodowe, w tym też te związane z ubezpieczeniem OC z § 8 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia Dokumentowego mogą być wystawiane później niż dzień składania ofert. Sama data wystawienia dokumentu nie jest zatem w świetle przepisów Pzp istotna. Według Odwołującego, Zamawiający nie ma prawa żądać dokumentów podmiotowych wystawionych na dzień składania ofert, co jest niezgodne z art. 126 oraz art. 128 Pzp. Argumentacja Zamawiającego jest contra legem m.in. treści Rozporządzenia Dokumentowego, jak też pojęciu aktualności z art. 126 i 128 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zdaniem Zamawiającego dokumenty wystawiane w datach z Rozporządzenia Dokumentowego nie są ważne, co w sposób oczywisty jest błędnym wnioskowaniem. W świetle nawet informacji o odrzuceniu/wykluczeniu, niewątpliwym i bezspornym jest, że ubezpieczenie OC, w tym te kwestionowane przez Zamawiającego obejmowało okres od dnia 13 lipca 2021 r. (potwierdzenie z treści aneksu do polisy OC oraz samego ubezpieczyciela). W zasadzie to Zamawiający otrzymał wprost potwierdzenie swych wątpliwości od TUIR Warta S.A., co przytoczył w informacji o odrzuceniu, że polisa obejmuje okres od 13 lipca 2021 r. Jednocześnie równie bezsporne jest że dokumenty składane przez wykonawcę muszą być aktualne dopiero na dzień ich złożenia. Jeżeli Zamawiający chciałby żądać posiadania wystawionej polisy OC na dzień składania ofert, winien zastosować w SWZ (czego nie było) art. 126 ust. 2 Pzp w zw. z art. 393 ust 1 pkt 3 Pzp i zażądać polisy już wraz z ofertą. Bez tego żądania, sama data wystawienia polisy OC po terminie składania ofert jest bez znaczenia, gdyż w świetle art. 126 i n. Pzp, wykonawcy przedkładają podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień złożenia, a nie na dzień składania ofert. Jeśli przy tym Odwołujący posiadał ubezpieczenie OC na kwotę ponad 10 mln złotych, co jest okolicznością bezsporną, nie istnieje jakakolwiek podstawa do odrzucenia jego oferty i wykluczenia go z postępowania. Zamawiający zatem nie może też zastosować art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp i zarzucić Odwołującemu wprowadzenie w błąd, gdyż nie wykazał wadliwości tego oświadczenia. Odwołujący nie wprowadził bowiem w błąd Zamawiającego. Ten bowiem nie wykazał, że oświadczenie o posiadaniu ubezpieczenia OC zawarte w JEDZ nie było prawdziwe. Zamawiający błędnie wiąże te oświadczenie z datami wystawienia dokumentów podmiotowych. Zamawiający nie weryfikuje bowiem oświadczenia JEDZ w oparciu o podmiotowe środki dowodowe w zakresie daty ich wystawienia. Przeczą temu same wymogi odnośnie do dat ich wystawienia z Rozporządzenia Dokumentowego, implikujące konieczność ich wystawienie odnośnie dnia przedłożenia, a nie dnia składania ofert (m.in. § 8 ust. 1 pkt 2), § 2 ust. 1 pkt 1), 3), 4), 5), 6) Rozporządzenia Dokumentowego).

Według Odwołującego, argumentacja Zamawiającego przedstawiona w informacji o odrzuceniu/wykluczeniu jest błędna. Zamawiający weryfikuje przede wszystkim spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o podmiotowe środki dowodowe składane zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp, a zatem w zakresie aktualności na dzień złożenia. W związku z tym, wszelkie podmiotowe środki dowodowe muszą być aktualne na dzień określony zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp (ewentualnie art. 128 ust. 2 Pzp). Wobec tego Odwołujący nie mógł przedłożyć dokumentów w zakresie oświadczenia OC, które nie byłyby ważne na dzień ich złożenia, czyli wszelkie polisy OC, które wygasły przed dniem 18 października 2021 r. (lub ewentualnie na 29 października 2021 r.), a które Odwołujący mógłby posiadać wcześniej. Takich polis Odwołujący nie mógł złożyć, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisem, bo nie były już aktualne, a Zamawiający nie mógł już nieaktualnych dokumentów żądać. Zamawiający nie ma ku temu uprawnień w Pzp, ani też w SWZ. Co więcej, nie ma przepisów nakładających obowiązek posiadania tych samych polis OC od dnia składania ofert do czasu przedłożenia ich na wezwania z art. 126 Pzp. Wykonawca ma mieć ubezpieczenie OC, a mając na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia może trwać określony czas, to normalnym jest, że pewne polisy OC zastępują też poprzednie lub się odnawiają, lub zmieniają itp.

Odwołujący podkreślił, że ubezpieczyciel TUIR Warta S.A. odpowiadając w trybie art. 128 ust. 5 Pzp potwierdził, że od dnia 13 lipca 2021 r. Odwołujący posiadał ubezpieczenie OC w oparciu o polisę nr 908575203378, co powoduje, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Jednocześnie wskazał, że przepisy art. 125 ust. 1 i 3 Pzp powodują, że oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Z kolei art. 126 Pzp przewiduje, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie (...) aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający może na

każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli natomiast zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Wobec tego jasno z przepisu wynika, że oświadczenie z JEDZ może stracić na aktualności lub się zmienić. Na wezwanie z art. 126 Pzp wykonawca składa dokumenty i oświadczenia aktualne na dzień złożenia. Pojęcie aktualności dokumentów należy kojarzyć z wiążącym ich charakterem na dzień ich przedłożenia, a kwestia zaś ich wystawienia jest całkowicie nieistotna. W innym bowiem razie przepisy § 2 oraz § 8 Rozporządzenia Dokumentowego byłyby sprzeczne z Pzp (np. daty wystawienia informacji z banku). Zamawiający otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacje zgodne z istniejącym stanem faktycznym.

Odwołujący podkreślił, że złożona na wezwanie Zamawiającego polisa dokumentująca zawarcie przez wykonawcę umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, aktualna na dzień jej złożenia, może zostać wystawiona po upływie terminu składania ofert. Dodatkowo, co też jest bezsporne, przedłożone polisy OC potwierdzają okres ubezpieczenia obejmujący dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą przedkłada deklarację tymczasowo zastępującą dowody (do czasu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych), że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji (w trybach postępowania, w których mają one zastosowanie). To wstępne potwierdzenie przybiera postać oświadczenia wiedzy wykonawcy co do wskazanych okoliczności. Pojęcie podmiotowych środków dowodowych wprowadzone zostało przez Pzp, która rozumie pod tym pojęciem przewidziane ustawą środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W ramach ogólnej kategorii podmiotowych środków dowodowych rozróżnia się oświadczenia składane przez wykonawcę, ewentualnie podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawcę oraz dokumenty wystawione przez upoważnione podmioty. Otóż zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jak wynika z brzmienia przepisów, ustawodawca kładzie nacisk na "aktualność" podmiotowych środków dowodowych na dzień ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie. Poza tym ustawodawca nie wprowadził żadnych rygorów związanych z datą wystawienia podmiotowego środka dowodowego. Na przykład w zakresie zaświadczeń urzędu skarbowego lub ZUS rozporządzenie przewiduje, że zaświadczenie powinno zostać wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem. Oznacza to, że zachowa ono aktualność, o której stanowi PZP, jeżeli na dzień złożenia poświadczą požądane przez zamawiającego informacje na ten dzień oraz zostało wystawione nie wcześniej niż trzy miesiące przed tym dniem. W odniesieniu do polisy ubezpieczeniowej stanowiącej dowód zawarcia umowy ubezpieczenia, Rozporządzenie Dokumentowe w sposób lakoniczny stwierdza, że zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia. Skoro posłużono się formułą "jest ubezpieczony" to oznacza, że polisa będzie uznana za aktualną, jeżeli na dzień jej złożenia wykonawca będzie ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Zdaniem Odwołującego relacja terminu otwarcia ofert i terminu złożenia podmiotowego środka dowodowego pozostaje dla ustawodawcy bez znaczenia. Należy także zwrócić uwagę na treść pozostałych jednostek redakcyjnych art. 126 Pzp. W szczególności, w myśl ust. 2 ustawodawca umożliwił zamawiającemu wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na każdym etapie postępowania, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego jego przebiegu. Powinny to być środki aktualne na dzień ich złożenia. Z kolei w ust. 3 w przypadku uzasadnionych podstaw do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Odnosząc się do kwestii dokumentów ubezpieczenia OC na poczet warunku udziału, Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia Dokumentowego w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w

zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia. Posiadanie ubezpieczenia, czy bycie ubezpieczonym jest bowiem stanem, w którym, w określonych przypadkach, dochodzi do odpowiedzialności ubezpieczyciela. Uznaje się, że znajdowanie się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia realizowane jest w drodze uzyskania przez wykonawcę ubezpieczenia OC. Istota tego stanu sprowadza się więc w tym wypadku do udzielenia wykonawcy ochrony ubezpieczeniowej, tj. uzyskania ważnego ubezpieczenia jego działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. W ramach tak rozumianej zdolności mieści się więc posiadanie przez wykonawcę dodatkowego aktywu, jakim jest obietnica spełnienia świadczenia z umowy ubezpieczenia w razie wystąpienia wypadku ubezpieczeniowego.

W związku z powyższym, Odwołujący stwierdził, że jeżeli we wstępnym oświadczeniu wykonawca potwierdził spełnianie warunku, a następnie na wezwanie zamawiającego przedłożył dokument polisy na właściwą kwotę to warunek uznać trzeba za spełniony. Polisa opatrzona datą po terminie składania ofert i aktualna na dzień jej złożenia potwierdza jedynie, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę trwa w dacie jak najbardziej zbliżonej do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy. Ustawa Pzp (zarówno poprzednio, jak i teraz) nałożyła bezwzględny obowiązek składania dokumentów i oświadczeń aktualnych, przez które należy rozumieć takie oświadczenia i dokumenty, które niezależnie od daty ich wystawienia nadal odzwierciedlają zgodny z prawdą stan faktyczny (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26.05.2015 r., KIO 966/15).

Odwołujący podkreślił, że również ustawodawca unijny przykładą dużą wagę do oceny spełniania wymagań i braku podstaw wykluczenia wg stanu aktualnego, bieżącego. W dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, poz. 85 preambuły wskazano m.in., że "istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Odnosząc powyższe ustalenia do przedstawionego stanu faktycznego Odwołujący stwierdził, że przedłożone polisy potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia OC. Jest bez znaczenia, że dokument polisy wystawiony został po upływie terminu składania ofert. Jeżeli we wstępnym oświadczeniu wykonawca potwierdził spełnianie warunku, a następnie na wezwanie zamawiającego przedłożył dokument polisy na właściwą kwotę, to warunek uznać trzeba za spełniony. Polisa opatrzona datą po terminie składania ofert i aktualna na dzień jej złożenia potwierdza jedynie, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie uległ zmianie i ma charakter ciągły.

Odwołujący podkreślił, że wskazane stanowisko ma istotne, a zarazem zasadnicze znaczenie w kontekście braku realizacji podstaw z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Nie można mówić o wprowadzeniu w błąd w zakresie oświadczenia w JEDZ, w sytuacji gdy do takiego wprowadzenia w błąd nie doszło. Zamawiający w oparciu o podmiotowe środki dowodowe złożone w oparciu o art. 126 ust. 1 Pzp nie ma możliwości zakwestionowania prawdziwości oświadczenia w JEDZ-u w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu odnośnie do ubezpieczenia OC. Co więcej, bezsporne jest (potwierdza ubezpieczyciel), że warunek jest spełniony. Zamawiający zaś nie wykazał, że ww. oświadczenie w JEDZ-u było nieprawdziwe. Zamawiający nie dysponuje informacjami, które uprawniałyby do stwierdzenia, że doszło do błędnego oświadczenia w JEDZ-u. Wskazać przy tym należy, że to Zamawiający winien wykazać przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, a przede wszystkim, że dane oświadczenie w JEDZ-u było błędne. Natomiast Zamawiający nie wykazał, że doszło do wprowadzenia w błąd, a tym bardziej umyślnie czy w wyniku rażącego niedbalstwa. Skoro bowiem podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to nie można mówić o błędzie. Jak już zaś powyżej wskazano, termin wystawienia dokumentu polisy OC jest bez znaczenia. Dodatkowo, skoro wykonawca miał przedkładać aktualne na dzień złożenia dokumenty odnośnie OC, to nie musiał składać i wykazywać dokumentów OC, które posiadał na dzień składania ofert, a które np. wygasły. Skoro bowiem wygasły, to w październiku 2021 r. nie były już aktualne. Odwołujący wskazuje w tym zakresie na wymagania wynikające z ww. przepisu dla zamawiających (KIO 905/20), których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia zaistnienia podstawy do jego zastosowania. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca miał wprowadzić Zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie Zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Skoro więc w świetle obecnego stanu faktycznego z terminu obowiązywania polisy

wynika, że oświadczenie wstępne JEDZ było prawdziwe i wykonawca spełniał ten warunek udziału w postępowaniu to nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie terażniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności.

Końcowo Odwołujący wskazał, że dokument polisy OC jest dokumentem z katalogu potwierdzających zdolność podmiotową wykonawcy do realizacji zadania. Zatem w odniesieniu do tego rodzaju dokumentu znajdują zastosowanie przepisy o możliwości jego uzupełniania czy też walidowania błędów w nim zawartych. Tym samym składając dokumenty podmiotowe (na wezwanie Zamawiającego) był uprawniony do samodzielnego walidowania złożonej pierwotnie polisy, przedstawiając jej prawidłową treść uwzględniającą wysokość wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. W powyższym zakresie Izba nie stwierdziła wadliwego działania odwołującego. Nadto stwierdzić należało, iż informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Omawiany przepis reguluje kwestie aktualności składanych przez wykonawcę oświadczeń wskazując, iż po pierwsze jest to wstępne oświadczenie, a po drugie, że musi być ono aktualne na dzień składania ofert. Z kolei przepis art. 126 ust. 1 Pzp reguluje kwestię aktualności oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego składanych na dzień złożenia. Rozwiązanie to jest zgodne z motywem 84 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, w którym stwierdzone zostało, że istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałaby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości, podtrzymując stanowisko i argumenty zaprezentowane w piśmie z dnia 17 listopada 2021r., w którym poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania, w całości popierając zasadność czynności Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Orlen Paliwa Sp. z o.o. z siedzibą w Widelkach ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 4 SWZ przewidział, że Z postępowania o udzielenie zamówienia, poza okolicznościami wymienionymi w Rozdziale VI, Zamawiający wykluczy wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Izba ustaliła, także że zgodnie z postanowieniem rozdziału IX pkt 1.2 lit. b) SWZ o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, którzy spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych).

Termin na złożenie ofert minął 13 lipca 2021 r. o godz. 10:30.

Ponadto jak wynika z akt sprawy przekazanych przez Zamawiającego, Zamawiający dniu 7 października 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył m.in. wniosek - polisę

Ekstrabiznes Plus nr 908575203376 z okresem ubezpieczenia od dnia 14 lipca 2021r. do dnia 13 lipca 2022r. wystawioną przez TUIR „WARTA” S.A.

Kolejno, jak ustaliła Izba, Zamawiający w dniu 26 października 2021 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. „dokumentów lub

dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 PLN”. Uzasadniając powyższe wezwanie Zamawiający wskazał: „Wykonawca w Jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (dalej: JEDZ) w części IV: Kryteria Kwalifikacji lit. B oświadczył, iż „W ramach ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego wykonawca jest ubezpieczony na następującą kwotę: 10 000 000 PLN”. A ponadto w części VI JEDZ Wykonawca oświadczył, że informacje podane powyżej w częściach II-V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd oraz że jest w stanie, na żądanie i bez zwłoki, przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów.

Zamawiający w Rozdziale X SWZ ust. 1 pkt. 3 jako wykaz podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określił: dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 PLN.

Z aktualnie przedłożonych dokumentów wynika, iż Wykonawca posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 PLN w sytuacji kiedy oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ składane było na dzień 13.07.2021 r. Wykonawca przedłożył trzy polisy z czego polisa nr: 908575203378 z TUIR WARTA S.A. obejmuje okres ubezpieczenia od dnia 2021-07-14, a więc po terminie składania ofert. Tym samym polisa ta nie może stanowić dowodu, że na dzień składania ofert, tj. 13 lipca 2021 r., Wykonawca w ramach ubezpieczenia z tytułu zawodowego był ubezpieczony na kwotę: 10 000 000,00 PLN, ponieważ dwie pozostałe polisy po zsumowaniu sum gwarancyjnych dają kwotę: 8 900 000,00 PLN.”

Odwołujący odpowiadając na powyższe wezwanie przedłożył Zamawiającemu przy piśmie z dnia 29 października 2021 r. aneks z dnia 13 lipca 2021r. do polisy z dnia 13 lipca 2021 r. (dalej: „aneks”) wskazując, że: „Warta dokonała zmiany początku obowiązywania umowy OC na dzień 13.07.2021 zgodnie z wnioskiem jak i złożonym zapotrzebowaniem oraz terminem składania ofert. Powyższe skutkuje tym, że na dzień składania ofert Wykonawca spełniał dany warunek udziału w postępowaniu.”.

Zamawiający pismem z dnia 29 października 2021 r. działając na podstawie art. 128 ust. 5 Pzp zwrócił się do TUIR WARTA S.A. z prośbą o „zweryfikowanie poprawności wystawionych przez TUIR WARTA S.A. na rzecz firmy Petrojet Sp. z o.o.26-670 Pionki, Kieszek 52 i ustalenie czy jest możliwe jest podpisanie aneksu korygującego okres ubezpieczenia wstecz, czy ubezpieczyciel TUIR WARTA S.A. ma wiedzę na temat przedmiotowego aneksu do polisy nr 908575203378, który obejmuje okres ubezpieczenia 14.07.2021 - 13.07.2022, czy faktycznie doszło do podpisania takiego aneksu, czy w wyniku jego podpisania przedmiotowa polisa obowiązuje od 13.07.2021 oraz czy PHU KACPER s.c. była umocowana do zawarcia takiego aneksu.

Miejski Zakład Komunikacji ma wątpliwości co do rzetelności przedmiotowego aneksu

z uwagi na fakt, iż de facto na jego mocy doszło do przesunięcia okresu ubezpieczenia wstecz co do zasady jest wykluczone jak również z uwagi na fakt, iż pośrednik ubezpieczeniowy, który podpisał przedmiotowy aneks jest reprezentowany przez P. M., który jest jednocześnie prokurentem wykonawcy PETROJET.

Firma Petrojet bierze udział w postępowaniu na dostawy paliw dla MZK, PGK Słupsk i Wodociągi Słupsk i w wezwaniu do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000, zł przedłożyła powyższy aneks.

W przypadku potwierdzenia prawidłowości przedłożonego aneksu prosimy o wyjaśnienie dlaczego system wygenerował polisę z okresem ubezpieczenia do 14 lipca 2021 skoro wniosek o zawarcie umowy ubezpieczenia jak również przedmiotowy aneks zostały podpisane w dniu 13 lipca.

Prosimy o przesłanie również wniosku o zmianę polisy nr 908575203378. W piśmie Ubezpieczyciela z dnia 5 listopada 2021 r. Zamawiający uzyskał informację, iż doszło do zmiany okresu ubezpieczenia z: 14.07.21 - 13.07.22 na 13.07.21 - 12.07.22 r. i tym samym

polisa nr: 908575203378 z TUIR WARTA S.A. ma nowy okres ubezpieczenia. Jednakże co najbardziej istotne Ubezpieczyciel zaznaczył, że aneks został wystawiony i zaakceptowany w dniu 29 października 2021 r., gdyż sama potrzeba zmiany okresu ubezpieczenia została zgłoszona przez Odwołującego dopiero w dniu 29 października 2021 r. Ponadto ubezpieczyciel wskazał, że na dzień 13 lipca 2021 r. polisa nr: 908575203378 posiadała okres ubezpieczenia od dnia 14 lipca 2021 r., a nie jak oświadczył Odwołujący w JEDZ od 13 lipca 2021 r..

Odpowiadając na powyższe pismo TUIR WARTA S.A. w piśmie z dnia 5 listopada 2021r. wyjaśniła, że „w uzasadnionych przypadkach jest możliwość zmiany/korekty okresu ubezpieczenia wystawionych polis. Jednocześnie potwierdzamy, że do polisy 908575203378 został wystawiony aneks zmieniający okres ubezpieczenia z: 14.07.2021-13.07.2022, na: 13.07.2021-12.07.2022. Uznajemy ważność aneksu zmieniającego okres ubezpieczenia, tym samym polisa 90857503378 ma nowy okres ubezpieczenia od dnia 13.07.2021 do dnia 12.07.2022. Jednakże wskazujemy, że Aneks został zaakceptowany i wystawiony w dniu 29.10.2021, co oznacza, że Agent sam dokonał nieuprawnionej zmiany daty wystawienia aneksu na dzień: 13.07.2021. 13 lipca 2021, polisa 908575203378 posiadała okres ubezpieczenia od dnia 14.07.2021, a modyfikacja tego okresu nastąpiła 29.10.2021. Potrzeba zmiany okresu ubezpieczenia polisy została zgłoszona dnia 29.10.2021.”

Zamawiający w dniu 17 listopada 2021r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a-c Pzp w związku z tym, że Wykonawca:

- a) nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganego przez Zamawiającego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł w terminie składania oferty;
- b) nie przedłożył skutecznie w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego z którego wynikałoby, że w dniu składania ofert posiadał wymagane w SWZ ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10000000 zł;
- c) podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z treścią Rozdziału VIII pkt 4 SWZ.

Uzasadniając powyższą czynność Zamawiający wskazał, że: „w dniu składania oferty przez Petrojet, Polisa obowiązywała od dnia 14 lipca 2021 r., a w konsekwencji nie obowiązywała w dniu składania oferty. Petrojet informując Zamawiającego w składanym wraz z ofertą dokumencie JEDZ, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną, oświadcza, że dysponuje takim ubezpieczeniem w terminie składania ofert. Nie składa natomiast oświadczenia na przyszłość, że dopiero wypełni warunki udziału w postępowaniu. Nawet, jeżeli w wyniku dokonanych przez siebie czynności Wykonawca skutecznie dokonał zmiany okresu obowiązywania polisy z mocą wsteczną, to nie zmienia to faktu, że w dniu 13 lipca 2021 r., tj. w terminie składania ofert, Wykonawca nie dysponował polisą potwierdzającą ubezpieczenie

odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł. (...) Zgodnie z informacją przekazaną przez ubezpieczyciela, agent ubezpieczeniowy

samodzielnie dokonał nieuprawnionej zmiany daty wystawienia aneksu. Aneks został wystawiony w dniu 29 października 2021 r., a tym samym nie było zgodne z prawdą określenie w treści jego dokumentu, że datowany jest on na 13 lipca 2021 r. Co istotne, złożenie pod tym dokumentem podpisów bez opatrzenia ich datą również wprowadzało w błąd, bowiem osoba która nie posiadałaby informacji od TUIR Warta S.A. mogłaby uznać, że doszło do skutecznego złożenia oświadczenia woli właśnie w dniu 13 lipca 2021 r.

Mając na względzie, że w terminie składania ofert Petrojet nie posiadał obowiązującej Polisy, w konsekwencji nie były oparte na prawdzie:

1) złożone przez Petrojet wraz z ofertą oświadczenie JEDZ w zakresie w którym oświadczone, że wykonawca ten posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego w SWZ, bowiem w terminie składania ofert Wykonawca takiego ubezpieczenia nie posiadał i zostało to potwierdzone przez TUIR Warta S.A.;

2) złożone przez Petrojet w dniu 18 października 2021 r. oświadczenie, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p. złożonym w formie JEDZ są nadal aktualne i że podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 3-6 p.z.p. oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 p.z.p. - bowiem w terminie składania ofert jak i w/w oświadczenia Petrojet nie posiadał aktualnej polisy OC na dzień składania ofert i zostało to potwierdzone przez TUIR Warta S.A. (...) Zamawiający nadmienia także, że osoba fizyczna, która działała w imieniu pośrednika ubezpieczeniowego zawierającego z wykonawcą wskazany na wstępie aneksu (agent) i dokonując (cyt. Ubezpieczyciela) „nieuprawnionej zmiany daty wystawienia aneksu” pełni jednocześnie funkcję prokurenta samoistnego Wykonawcy. Tym samym Wykonawca miał, a przynajmniej powinien posiadać wiedzę, że Polisa nie obowiązywała w dniu złożenia oferty oraz, że aneks do Polisy został zawarty już po wezwaniu Zamawiającego. Wynika z powyższego, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

(.) Nie można pominąć, że warunkiem zastosowania wykluczenia jest potencjalny wpływ informacji wprowadzającej w błąd na decyzje zamawiającego. Z założenia informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, podstaw wykluczenia czy kryteriów selekcji mogą wpłynąć na decyzje zamawiającego, w szczególności jeśli dotyczą oferty najkorzystniejszej. Sankcją wykluczenia objęte są te informacje, które mają rzeczywisty wpływ na ocenę podmiotową wykonawcy. Zatem nie będzie stanowiło podstawy wykluczenia z postępowania przedstawienie informacji nieprawdziwej, która nie podlega ocenie przez zamawiającego (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota

Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak). A contrario zatem, będzie stanowiło podstawę wykluczenia z postępowania przedstawienie informacji nieprawdziwej, która podlega ocenie przez Zamawiającego - a do takich należało zaliczyć określony w SWZ wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę łączną nie niższą niż 10 000 000,00 zł. Zamawiający nadmienia, że skutkiem wykluczenia objęto również brak możliwości przedstawienia wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia, składanych na wezwanie zamawiającego, potwierdzających oświadczenia własne wykonawcy. Zatem celem tego przepisu jest zabezpieczenie zamawiającego przed składaniem we wstępnych oświadczeniach nieprawdziwych informacji (...J (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak).

Zamawiający przytacza także, że niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 p.z.p. lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawcy, skutkuje uznaniem, że wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu lub nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a zatem wyczerpuje również przesłanki określone w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a lub b Pzp. Również niezłożenie niektórych innych dokumentów lub oświadczeń odniesie ten sam skutek. Zatem możliwe są sytuacje, w których jednocześnie konieczne będzie odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i c lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c lub art. 226 ust. 2 lit. a, b i c p.z.p.

Reasumując: Petrojet Sp. z o.o. w terminie składania ofert nie spełniał warunku określonego w Rozdziale IX SWZ ust. 1 pkt 2 lit. b, bowiem w tym dniu nie posiadał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na łączną kwotę nie niższą niż 10 000 000,00 zł (warunek udziału

w postępowaniu). Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając w JEDZ oraz w oświadczeniu z dnia 18 października 2021 r. o aktualności informacji zawartych w JEDZ tj., że w terminie, w którym składał ofertę posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł. W konsekwencji wszystkich powyższych Wykonawca, nie przedłożył skutecznie w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w Postępowaniu."

Łzba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (lit. a) lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (lit. b), lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (lit. c).

Zgodnie natomiast z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Oceniający ustalony stan faktyczny pod kątem zgodności z przytoczonymi wyżej przepisami ustawy, Łzba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a)-c) Pzp.

Łzba nie zgodziła się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego, że w obowiązującym stanie prawnym Zamawiający bada aktualność dokumentów na dzień wezwania w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, nie zaś na dzień składania ofert.

Łzba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/16, którego tezy pozostają aktualne w obecnym stanie prawnym, w którym Krajowa Łzba Odwoławcza wskazała, że „wykonawca nadal jest zobowiązany wykazać - pod rygorem wykluczenia z postępowania - spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, co potwierdza swoim zapewnieniem w dokumencie JEDZ i w odrębnych oświadczeniach pisemnych załączonych do oferty, i taki stan musi się utrzymywać aż do zawarcia umowy. Zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma jedynie taki skutek, że dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Krajowa Łzba Odwoławcza zwraca także uwagę, że zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, do którego odwołuje się wskazany art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokument JEDZ jest oświadczeniem wykonawcy, mającym stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe oświadczenie dotyczy stanu rzeczywistego z dnia składania ofert, albowiem przepis ten jednoznacznie stanowi o spełnianiu warunków, a nie ich możliwym hipotetycznym spełnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przykładowo na dzień wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane warunki. Nie można zatem przepisu art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i „aktualności” wymaganych dokumentów interpretować w oderwaniu od złożonego oświadczenia. Wprowadzenie rozwiązania, opierającego się na oświadczeniu wykonawcy zawartym w JEDZ, bez wątpienia miało na celu odformalizowanie postępowania i zwolnienie wykonawców od kompletowania dokumentów na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia, o które ubiega się wykonawca, jednakże wykonawca wezwany jest zobowiązany potwierdzić stosowne fakty, których dotyczy oświadczenie, wymaganymi w postępowaniu dokumentami o treści korespondującej z terminem składania ofert."

Ponadto Łzba podtrzymuje stanowisko zaprezentowane wcześniej w wyroku z dnia 3 lipca 2020r., sygn. akt KIO 905/20, gdzie wskazano, że „Informacje zawarte w oświadczeniu

stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert, co oznacza, że już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Składane oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp powinny być aktualne na dzień złożenia, ale muszą także potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na Zamawiającego obowiązek (ust. 1) lub uprawnienie (ust. 2) do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1”. Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym. (...) Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert i stan ten musi trwać przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.”

W konsekwencji, stwierdzić należy, że pomimo, iż oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp czy na wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp, muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą. Tymczasem treść złożonej na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 Pzp przez Odwołującego polisy w której wskazano okres ubezpieczenia od dnia 14 lipca 2021r., przeczy złożonemu w dokumencie JEDZ oświadczeniu, że na dzień składania ofert tj. 13 lipca 2021r. Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. posiadał polisę OC na kwotę 10 mln zł. W ocenie Izby, powyższej sytuacji nie zmienia fakt, iż Odwołujący w dniu 29 października 2021r. przedłożył Zamawiającemu aneks do polisy zmieniający pierwotny czas ubezpieczenia na okres od dnia 13 lipca 2021r. do 12 lipca 2022r. Jak bowiem zostało ustalone w postępowaniu, Odwołujący powyższy aneks uzyskał dopiero w dacie 29 października 2021r., a zatem na dzień 13 lipca 2021r. nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, skoro dokument taki uzyskał po upływie ponad trzech miesięcy od upływu terminu składania ofert.

W konsekwencji pomimo, że na moment uzupełniania dokumentów Odwołujący był w stanie powołać się posiadanie polisy OC z datą obowiązującą w dniu upływu terminu składania ofert, to jednocześnie w postępowaniu w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości ustalono, że w dacie składania oświadczenia wstępnego, tj. dzień 13 lipca 2021. nie posiadał on ubezpieczenia na kwotę 10 mln zł. Powyższe w ocenie Izby podważa prawdziwość oświadczenia wstępnego złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Złożone przez Odwołującego polisy OC nie potwierdzały bowiem, że w dacie składania ofert faktycznie legitymował się on wymaganym w niniejszym postępowaniu ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 10 mln zł.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej były przez niego spełnione przez cały okres trwania postępowania, wobec podważenia prawdziwości złożonego wraz z ofertą oświadczenia wstępnego. Tym samym Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a)-c) Pzp.

W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przypomnienia wymaga, że w rozdziale VIII pkt 4 SWZ Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym podstawę przewidzianą w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wobec powyższego zaistnienie sytuacji wprowadzenia Zamawiającego - co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa - w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, powoduje podleganie wykonawcy wykluczeniu z postępowania, a w

konsekwencji oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp).

Izba wskazuje, że pojęcie nieprawdziwej informacji nie ma legalnej definicji lecz jak ukształtowało się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - informacja nieprawdziwa to informacja niezgodna z rzeczywistością. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt II CKN 1095/99, stwierdzono, że „Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości”.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący złożył w dokumencie JEDZ oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Oświadczenie to, w opinii Izby, mogło wprowadzać Zamawiającego w błąd, polegający na uznaniu, że wykonawca spełnia opisane w SWZ warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy faktycznie tak nie było. W ocenie Izby Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, nie powinien mieć problemów ze zrozumieniem treści warunków udziału w postępowaniu, które zostały określone w sposób jasny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien dochować należytej staranności (art. 355 § 2 kodeksu cywilnego) przy przekazywaniu Zamawiającemu oświadczeń istotnych dla oceny sytuacji wykonawcy, a zatem w sposób niewątpliwy Odwołującemu można przypisać rażące niedbalstwo. Niemniej jednak, Izba stwierdziła także, że Odwołujący oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo, że z okoliczności stanu faktycznego w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że miał on wiedzę, iż na moment złożenia oświadczenia wstępnego warunku tego nie spełnia, nosiło cechy zamierzonego działania wykonawcy. Istotne znaczenie ma w ocenie Izby bowiem to, że jak ustalił w sprawie Zamawiający - osoba fizyczna, która działała w imieniu pośrednika ubezpieczeniowego zawierającego z wykonawcą aneks i dokonując zmiany daty wystawienia aneksu pełniła jednocześnie funkcję prokurenta samoistnego Odwołującego, a ponadto, że termin składania ofert upływał w dniu 13 lipca 2021r. o godz. 10, natomiast poliso-wniosek został zarejestrowany u ubezpieczyciela około godziny 23.30. Powyższe w ocenie Izby potwierdza, że Odwołujący miał wiedzę, że polisa nie obowiązywała w dniu złożenia oferty oraz, że aneks do polisy został zawarty już po wezwaniu Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w punkcie 3 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....