Sygn. akt: KIO 1991/22

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2022 r. przez wykonawcę DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu,

tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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: .....

Sygn. akt: KIO 1991/22

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zarząd Zlewni w Pile - usługi utrzymania wód i urządzeń wodnych w 2022 roku”, nr sprawy: BD.ROZ.2810.5.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 kwietnia 2022 r., pod numerem: 177517-2022; zmienione dnia 4 maja 2022 r. (numer: 237468-2022).

W dniu 29 lipca 2022 r. wykonawca DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego:

1. odrzucenia oferty odwołującego - Wykonawcy;

2. zaniechania wezwania odwołującego - Wykonawcy, do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia, złożonego na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia;

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Ad I.1 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp, art. 128 ust. 1 pzp, art.125 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (dalej: ustawa o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę) oraz art. 65 § 1 i § 2 w zw. z art. 65^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (dalej: kc) poprzez dokonanie wadliwej wykładni złożonego przez Wykonawcę oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, w wyniku której doszło do odrzucenia oferty odwołującego - Wykonawcy, w sytuacji gdy prawidłowa wykładnia złożonego przez Wykonawcę oświadczenia dokonana z uwzględnieniem okoliczności w jakich zostało złożone oraz jego celu, winna doprowadzić do wniosku, że Wykonawca wypełnił nałożone na niego zobowiązanie potwierdzając, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę;

Ad I.2 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp, art. 128 ust. 1 pzp, art.125 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, polegającego na zaniechaniu wezwania

odwołującego - Wykonawcy, do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę złożonego na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia.

III. Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu:

- uznania skuteczności wniesionego przez odwołującego oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, a następnie

- nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny zgłoszonych ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego - DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu;

ewentualnie

2. nakazanie Zamawiającemu:

- wezwania odwołującego - Wykonawcy, do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę złożonego na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia;

a następnie

- nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny zgłoszonych ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego - DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu.

Dodatkowo Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. z dokumentów w postaci:

a/ oświadczenia Wykonawcy złożone zamawiającemu w dniu 27 maja 2022 r.;

b/ oświadczenie wykonawcy złożone zamawiającemu w dniu 7 lipca 2022 r.,

na okoliczność spełnienia kryteriów przetargu, w szczególności złożenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę;

2. z zeznań:

a/ M. K., ul. Podgórna 26, 73-210 Recz,
b/ J. K.-K., ul. Dowbora-Muśnickiego 12A/5, 66-400 Gorzów Wielkopolski,

na okoliczność spełnienia kryteriów przetargu, w szczególności złożenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o

przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, pozostawania przez odwołującego - Wykonawcę w kontakcie z Zamawiającym.

Odwołujący wskazał, że:

I. Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zarząd Zlewni w Pile - usługi utrzymania wód i urządzeń wodnych w 2022 roku”, nr sprawy: BD.ROZ.2810.5.2022.

Odwołujący - Wykonawca dnia 17 maja 2022 r. złożył ofertę do przetargu (w zakresie części nr: 6, 7, 8, 9, 14, 30, 31). W wysłanych dokumentach razem z ofertą zabrakło jednak oświadczenia odnośnie wspierania agresji na Ukrainę.

W dniu 26 maja 2022 r. odwołujący otrzymał wezwanie do uzupełnienia braku złożonej oferty, poprzez złożenie oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę.

W dniu 27 maja 2022 r. odwołujący wysłał do Zamawiającego (za pośrednictwem Platformy Zakupowej Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie) oświadczenie (na formularzu - wzorze, pobranym z Platformy Zakupowej Zamawiającego) w którego treści wskazano:

„Oświadczam, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w:

1) art. 108 ust. 1 ustawy Pzp,

2) art. 109 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp

oraz

art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13.04.2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa

narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835)

są nadal aktualne".

W kolejnych dniach odwołujący prowadził z Zamawiającym korespondencję dotyczącą m.in. wysokości ceny zamówienia, czy wyjaśnienia zastosowania stawki VAT 23%.

W związku z analizą toku postępowania i składanych dokumentów, odwołujący zauważył, że

oświadczenie o potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1

ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, objęte jest odmiennym wzorem formularza, wobec czego w dniu 7 lipca 2022 r. przesłał Zamawiającemu dokument na właściwym formularzu.

W dniu 20 lipca 2022 r. Zamawiający dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

II. Przechodząc dalej, wskazuję, że zgodnie z:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę 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";

- art. 128 ust. 1 in principio pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy,

zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie";

- art.125 ust. 1 pzp „Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego";

Art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę określa kryteria wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Należy również przywołać relewantne w niniejszej sprawie przepisy kodeku cywilnego:

- art. 65 § 1 i § 2 k.c.: „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje" (§ 1); „W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu" (§ 2)

- art. 65^1 k.c.: „Przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń".

Biorąc pod uwagę nakreślony stan faktyczny, należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał wadliwej wykładni złożonego przez Wykonawcę oświadczenia potwierdzającego brak podstaw

do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, uznając, że „w przewidzianym terminie" rzeczone oświadczenie nie zostało złożone.

Prawidłowa wykładnia złożonego przez Wykonawcę oświadczenia dokonana z uwzględnieniem okoliczności w jakich zostało złożone oraz jego celu, a także zasad logiki i doświadczenia życiowego winna doprowadzić do wniosku, że Wykonawca wypełnił nałożone na niego zobowiązanie potwierdzając, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę. Nie sposób bowiem przyjąć, iż celem Wykonawcy - odwołującego było złożenie oświadczenia, iż zachodzą wobec niego kryteria wykluczenia z postępowania, w sytuacji gdy również po złożeniu oświadczenia pozostawał w kontakcie z Zamawiającym, zmierzając do uzyskania dla siebie pozytywnego wyniku przetargu.

Potwierdzeniem (post factum) nakreślonego toku wykładni oświadczenia odwołującego jest złożenie w dniu 7 lipca dokumentu - oświadczenia na prawidłowym formularzu.

W konsekwencji wadliwej wykładni oświadczenia odwołującego doszło do odrzucenia oferty odwołującego - Wykonawcy.

III. W dalszej kolejności, wskakuję z ostrożności, że również gdyby przyjąć, że załączone przez odwołującego oświadczenie było wadliwe (nie było nim objęte oświadczenie, że wobec Wykonawcy nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę), Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę złożonego na prawidłowym wzorze formularza.

Odwołujący dostrzega, że nie jest dopuszczalne wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych samych dokumentów. W realiach niniejszej sprawy Wykonawca złożył jednak - na wezwanie Zamawiającego - oświadczenie dotyczące braku podstaw do wykluczenia w związku z art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę. Co do zasady wypełnił więc wezwanie Zamawiającego, lecz nie uczynił tego na wzorze formularza przygotowanym przez Zamawiającego do tej czynności.

Potwierdzenie stanowiska odwołującego możemy odnaleźć analizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2022 r. (sygn. sprawy: KIO 282/22), w którym stwierdzono, że wykonawca może uzupełnić, czy poprawić złożone oświadczenie „składając odrębne oświadczenie zawierające uzupełnione lub poprawione informacje. Nie jest przy tym konieczne ponowienie treści wykazu w zakresie, którego nie dotyczyło wezwanie. Sam wykaz robót jest bowiem oświadczeniem własnym wykonawcy, składanym w określonej, najczęściej stabelaryzowanej formie, którego celem jest potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Natomiast zamawiający ma w takim wypadku obowiązek łącznej oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, tj. wykazu i uzupełniającego go oświadczenia".

Tym samym, jeżeli Zamawiający uznał, że złożone oświadczenie nie zawiera oczekiwanych przez niego informacji, albo jest niejednoznaczne, winien wezwać odwołującego do złożenia oświadczenia na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia o jednoznacznie wyartykułowane informacje objęte dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 sierpnia 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący - Wykonawca w odwołaniu wskazuje na zarzut

zaniechania wezwania odwołującego - Wykonawcy, do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia, złożonego na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia. Zamawiający wskazuje, że

w dniu 26.05.2022r. wezwał Odwołującego - Wykonawcę wraz z innymi Wykonawcami, którzy nie złożyli wymaganego dokumentu „oświadczenia o którym mowa w pkt 10.2.7 SWZ, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia na podstawie art.7 ust.1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835)" na podstawie art. 128 ust. 1 pzp, do jego uzupełnienia do dnia 31.05.2022r. W Specyfikacji

Warunków Zamówienia Zamawiający wprost określił, w pkt 10.2.7 (po zmianach treści SWZ), iż to oświadczenie należy złożyć, wraz z ofertą w treści zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWZ. Wykonawca złożył w dniu 27.05.2022r. oświadczenie zgodne z treścią Załącznika nr 4 do SWZ, stanowiące w istocie podmiotowy środek dowodowy - tzw. Oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt. 7 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. Następnie w dniu 7.07.2022r. a więc znacznie po terminie, Odwołujący samodzielnie złożył oświadczenie zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWZ.

Odwołujący twierdzi, że co do zasady wypełnił więc wezwanie Zamawiającego, lecz nie uczynił tego na wzorze formularza przygotowanym przez Zamawiającego do tej czynności. Postępowanie prowadzone jest zgodnie z art. 139 ustawy Pzp, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W opinii Zamawiającego Załącznik nr 4 do SWZ nie ma zastosowania na etapie postępowania przed wyborem oferty najwyżej ocenionej oraz potwierdza jedynie aktualność wcześniej złożonego oświadczenia. Tym samym odwołujący nie wypełnił nałożonego na niego zobowiązania potwierdzającego, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, uniemożliwiając Zamawiającemu jednoznaczną ocenę czy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania podczas wstępnej selekcji Wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców zgodnie z art. 16 pkt 1 pzp nie pozwala Zamawiającemu na odmienne traktowanie Odwołującego - Wykonawcy w stosunku do innych Wykonawców, którzy złożyli oświadczenie zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Zamawiający z całą stanowczością podkreśla, iż uzupełnione przez odwołującego oświadczenie o aktualności informacji, nie jest tożsame z wymaganym w pkt 10.2.7 SWZ oświadczeniem Wykonawcy. Uzupełnione przez odwołującego oświadczenie jest składane na etapie analizy podmiotowych środków dowodowych i ma na celu stwierdzenie aktualności informacji zawartych w oświadczeniu woli Wykonawcy, a którego odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie. Złożenie podmiotowego środka dowodowego nie zastępuje

oświadczeń składanych przez Wykonawców razem z ofertą - które stanowić mają zgodnie

z art. 125 ust. 3 PZP dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia na dzień składania ofert tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego

podmiotowe środki dowodowe.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał wezwania odwołującego

do złożenia na prawidłowym formularzu oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia, ewentualnie jego poprawienia lub uzupełnienia, Zamawiający pragnie zauważyć, iż dokonał takiego wezwania Odwołującego do złożenia oświadczenia pismem z dnia 26.05.2022r. na które Odwołujący odpowiedział wyżej wspomnianym oświadczeniem o aktualności informacji, które nie zawiera oczekiwanych przez zamawiającego informacji. Jak sam Odwołujący dostrzega „nie jest dopuszczalne wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych samych dokumentów". Stanowisko to potwierdza również zamawiający, podpierając się nie tylko samą ustawą Prawo

Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. ale również komentarzem do wyżej wymienionej ustawy, dostępnym na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, tj.,,Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu." Tym samym, zamawiający nie miał nie ani obowiązku ani zgodnej z prawem, możliwości ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia, poprawienia brakującego oświadczenia, określonego w pkt 10.2.7 SWZ.

Zamawiający wywiódł, że skutkiem niewykonania wyznaczonym terminie dodatkowego wezwania o dokumenty lub oświadczenia jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.

1 pkt 2 lit. c Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, ze Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w

dniu 5 kwietnia 2022 r., pod numerem: 177517-2022; zmienione dnia 4 maja 2022 r. (numer: 237468-2022).

W dniu 29 lipca 2022 r. wykonawca DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego:

1. odrzucenia oferty odwołującego - Wykonawcy;

2. zaniechania wezwania odwołującego - Wykonawcy, do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia, złożonego na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia;

W wyniku powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Ad I.1 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp, art. 128 ust. 1 pzp, art.125 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (dalej: ustawa o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę) oraz art. 65 § 1 i § 2 w zw. z art. 65^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (dalej: kc) poprzez dokonanie wadliwej wykładni złożonego przez Wykonawcę oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, w wyniku której doszło do odrzucenia oferty odwołującego - Wykonawcy, w sytuacji gdy prawidłowa wykładnia złożonego przez Wykonawcę oświadczenia dokonana z uwzględnieniem okoliczności w jakich zostało złożone oraz jego celu, winna doprowadzić do wniosku, że Wykonawca wypełnił nałożone na niego zobowiązanie potwierdzając, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę;

Ad I.2 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp, art. 128 ust. 1 pzp, art.125 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1

ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, polegającego na zaniechaniu wezwania odwołującego - Wykonawcy, do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę złożonego na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę DREN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Reczu, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c pzp ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, 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.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa wart. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Stosownie do art. 65 § 1 i § 2 KC:

§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Stosownie do art. 65^1 KC, przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych wyklucza się:

1) wykonawcę oraz uczestnika konkursu wymienionego w wykazach określonych w rozporządzeniu765/2006 i rozporządzeniu269/2014 albo wpisanego na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa wart. ;

2) wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu

ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2022 r.poz. 593 i655) jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu765/2006 i rozporządzeniu269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa wart. 1 pkt 3;

3) wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego jednostką dominującą w rozumieniuart. 3 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r.poz. , i2106) jest podmiot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu765/2006 i rozporządzeniu269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile został wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa wart. .

Stanowisko Izby:

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, art. 128 ust. 1 ustawy PZP, art.125 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz art. 65 § 1 i § 2 w zw. z art. 65^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny poprzez dokonanie wadliwej wykładni złożonego przez Wykonawcę oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę w wyniku, której doszło do odrzucenia oferty Odwołującego, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie ze zmianą treści SWZ z dnia 4 maja 2022 r., Zamawiający dokonał jej modyfikacji m.in.:

a) w pkt 7.1 SWZ, dotyczącym podstaw wykluczenia Wykonawców poprzez dodanie pkt 7.1.3 w brzmieniu:

„art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13.04.2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835)".

oraz

b) w pkt 10.2 SWZ, dotyczącym oświadczeń lub dokumentów składanych razem z ofertą poprzez dodanie pkt 10.2.7 w brzmieniu:

„Oświadczenie Wykonawcy/ Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie wspólnie z innymi wykonawcami/ podmiotu udostępniającego zasoby o niepodleganiu wykluczeniu, zgodny w treści z Załącznikiem nr 8 do SWZ, aktualne na dzień składania ofert, celem potwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835). W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, oświadczenie składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie".

Izba zważa, że w świetle dokonanej modyfikacji SWZ, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą dodatkowego Oświadczenia stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ, tj.

„Oświadczenie Wykonawcy/ Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie wspólnie z innymi wykonawcami / podmiotu udostępniającego zasoby o niepodleganiu wykluczeniu z

postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835)".

W wyniku powyższego, zmianie uległ również zapis w pkt 21 SWZ (wykaz załączników) poprzez dodanie pkt 8) w postaci Załącznika Nr 8 - Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022r., poz. 835), a także zmianie uległ Załącznik nr 4 do SWZ.

Izba wskazuje, że w dniu 26 maja 2022 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w pkt 10.2.7 SWZ, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie

przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835), do dnia 31 maja 2022 r.

W wyniku powyższego, Wykonawca złożył w dniu 27 maja 2022 r. oświadczenie zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do SWZ (po zmianach) stanowiące, zdaniem Izby, podmiotowy środek dowodowy, tj. oświadczenie o aktualności informacji, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) .

W dniu 7 lipca 2022 r. Odwołujący „w związku z analizą toku postępowania i składanych dokumentów" samodzielnie złożył oświadczenie, zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ (wymaganym przez Zamawiającego).

Tym samym, zdaniem Izby, rację ma Zamawiający, że uzupełnione przez Odwołującego oświadczenie o aktualności informacji, stanowiące załącznik nr 4 do SWZ (po zmianach), nie jest tożsame z oświadczeniem wymaganym w pkt 10.2.7 SWZ przez Zamawiającego, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ (potwierdził to również Odwołujący na rozprawie).

Izba stoi na stanowisku, że tak uzupełnione przez Odwołującego oświadczenie jest składane na etapie analizy podmiotowych środków dowodowych i ma na celu stwierdzenie aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wiedzy Wykonawcy, które powinno, co do zasady, być złożone wraz z ofertą, a którego Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie w wyniku wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Należy w tym miejscu zgodzić się z Zamawiającym, że „Zamawiający nie wie, jakie było oświadczenie wiedzy w momencie składania ofert (...) Zamawiający powinien mieć pewność co do braków podstaw wykluczenia od momentu upływu terminu składnia ofert do momentu udzielenia zamówienia", na co wskazywał Zamawiający na rozprawie.

Zgodnie bowiem z art. 125 ust. 3, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, 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.

Natomiast, zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Tym samym, Izba jest zdania, że złożenie podmiotowego środka dowodowego, jakim było złożenie przez Odwołującego oświadczenia o aktualności informacji, nie zastępuje oświadczeń składanych przez Wykonawców wraz z ofertą, w tym wymagane przez Zamawiającego oświadczenie, o którym mowa w pkt 10.2.7 SWZ, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego .

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z pkt 2.2 SWZ, przedmiotowe postępowanie jest prowadzone zgodnie z normą wynikającą z art. 139 ustawy PZP, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, zdaniem Izby, złożone przez Odwołującego oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ (po zmianach) nie ma zastosowania na etapie przedmiotowego postępowania przed wyborem oferty najwyżej ocenionej oraz potwierdza jedynie aktualność wcześniej złożonego oświadczenia wstępnego (na co zwrócił uwagę także Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie), a którego jeszcze raz Izba podkreśla Odwołujący nie złożył ani łącznie z ofertą ani w wyniku wezwania przez Zamawiającego w wymaganym terminie.

Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również to, że z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający wezwał do złożenia oświadczenia dotyczącego przeciwdziałania agresji na Ukrainę, także innych wykonawców (pięć wezwań), gdzie trzech Wykonawców złożyło poprawne oświadczenia, natomiast Odwołujący oraz jeszcze jeden wykonawca złożyli je nieprawidłowo, a ich oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, na co wskazywał również Zamawiający na rozprawie.

W związku powyższym, twierdzenia Odwołującego, że „co do zasady wypełnił więc wezwanie Zamawiającego" nie może się ostać w realiach niniejszej sprawy.

Izba zważa, że w wyniku dokonanej modyfikacji SWZ, Odwołujący był zobowiązany dostosować się do nowych wymagań określonych przez Zamawiającego, jednakże jak to sam stwierdził Odwołujący „nie uczynił tego na wzorze formularza przygotowanym przez Zamawiającego do tej czynności". Oznacza to, zdaniem Izby, że Odwołujący nie sprostał powyższemu obowiązkowi.

Poza tym, zdaniem Izby, pozostawanie Odwołującego w kontakcie z Zamawiającym po złożeniu nieprawidłowego oświadczenia (załącznika nr 4 do SWZ - po zmianach), nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Tym samym zdaniem Izby nie sprawdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, art. 128 ust. 1 ustawy PZP, art.125 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz art. 65 § 1 i § 2 w zw. z art. 65^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, art. 128 ust. 1 ustawy PZP, art.125 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę, polegającego na zaniechaniu wezwania Odwołującego - Wykonawcy, do załączenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu agresji na Ukrainę złożonego na prawidłowym formularzu, ewentualnie jego poprawienia, lub uzupełnienia, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważa, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie był zobowiązany do ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia, poprawienia brakującego

oświadczenia, jak to określił Odwołujący na „prawidłowym formularzu", bowiem wymagania Zamawiającego były wyraźnie określone w pkt 10.2.7 SWZ (po modyfikacji SWZ).

Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że „Zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia oświadczenia o treści jednoznacznej dla Zamawiającego albo do uzupełnienia pierwotnego oświadczenia poprzez wskazanie jednoznacznej intencji", ponieważ Zamawiający dokonał takiego wezwania pismem z dnia 26 maja 2022 r., na które Odwołujący złożył odpowiedź w dniu 27 maja 2022 r. w postaci oświadczenia o aktualności informacji, zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ (po zmianach), nie składając wymaganego oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ.

Zdaniem Izby złożenie przez Odwołującego samodzielnie, post factum oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ w dniu 7 lipca 2022 r. (tj. po terminie określonym przez Zamawiającego) powoduje sytuację, w której „nie jest dopuszczalne wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych samych dokumentów", na co zwrócił uwagę także sam Odwołujący.

Izba wskazuje, że zgodnie z komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych, Prawo zamówień publicznych, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, str. 469: „Jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, lub złożone podmiotowe środki dowodowe będą w dalszym ciągu niekompletne, lub wykonawca nie naprawił stwierdzonych przez zamawiającego błędów tych dokumentów jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferta podlega odrzuceniu na podstawie odpowiednio art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione".

Izba zważa, że właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Ponadto Izba nie zgadza się z Odwołującym, aby między 27 maja 2022 r., a 31 maja 2022 r. Zamawiający jakoby miał obowiązek podjąć jakiekolwiek kroki, które zmierzałyby do wyjaśnienia wątpliwości, bowiem jak słusznie zauważył Zamawiający „czas między 27 maja 2022 r. a 31 maja 2022 r. nie jest etapem jakiś negocjacji między Zamawiającym, a Odwołującym".

Natomiast Izba zgadza się z Odwołującym, że „W datach 27 maja 2022 r. i 31 maja 2022 r. Odwołujący wciąż mógł złożyć stosowne oświadczenie zgodne z wolą Zamawiającego", ale co Izba podkreśla, Odwołujący tego nie dokonał.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Izby, nie sprawdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, art. 128 ust. 1 ustawy PZP, art.125 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....