

Sygn. akt: KIO 575/23

WYROK

z dnia 14 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2023 r. przez wykonawcę: W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Miasto Radom z siedzibą w Radomiu

przy udziale wykonawcy T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MILTOM T. P. z siedzibą w Kowali Stępcinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę W. R. prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R.

z siedzibą w Radomiu, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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:

Sygn. akt: KIO 575/23

Uzasadnienie

Gmina Miasto Radom z siedzibą w Radomiu (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Boisko do piłki nożnej z nawierzchnią ze sztucznej trawy przy Z. Sz. Z. im. Hubala, ul. Grzecznarowskiiego 2”, znak sprawy: In.III.271.1.2023 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 stycznia 2023 r. pod nr 2023/BZP 00039315/01.

Wykonawca W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu (dalej „odwołujący”) w dniu 1 marca 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności

i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę MILTOM T. P. z siedzibą w Kowali Stępcinie (dalej „MILTOM” lub „przystępujący”), która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ (§ 7 pkt 1 ppkt 1);
2. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MILTOM;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty MILTOM pomimo, iż oferta jest niezgodna z warunkami udziału w postępowaniu, określonymi w § 7 pkt 1 ppkt 1 SWZ z dnia 18 stycznia 2023 r., dotyczącymi sytuacji ekonomicznej lub finansowej

wykonawcy według których zamawiający uzna za spełnienie tego warunku wykazanie przez wykonawcę, że ten posiada na rachunku kwotę środków finansowych nie mniejszą niż 200.000,00 (słownie: dwieście tysięcy złotych) lub, że posiada zdolność kredytową na kwotę minimum 200.000,00 złotych, lub że łącznie z obydwu ww. źródeł (posiada na rachunku i posiada zdolność kredytową) dysponuje kwotą min. 200.000,00 złotych;

4. zaniechaniu wezwania MILTOM do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonego zaświadczenia mBank S.A. z dnia 17 lutego 2023 r., że Pan T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Miltom T. P. posiada w mBank rachunek bieżący

MBIZNES KONTO, którego saldo rzeczywiste na dzień 2023-02-16 wynosiło 50.939,30 zł. oraz saldo dostępne na dzień 2023-02-16 wynosiło 200.689,25 zł., a także że do rachunku przyznany został limit kredytowy w wysokości 150.000,00 zł.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 128 ust. 4 oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania firmy MILTOM do złożenia wyjaśnień lub przedłożenia dokumentów w zakresie zgodności z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) wynikającymi z danych treści zawartych w zaświadczeniu z dnia 17 lutego 2023 r. wystawionym przez mBank S. A., ul. Prosta 18, 00- 85 Warszawa;
2. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji;
3. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zweryfikowania informacji przedstawianych przez MILTOM w toku postępowania przetargowego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b i c ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez firmę MILTOM, jako złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz który nie złożył wymaganych dokumentów w postaci podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ tj. oświadczeń dotyczących spełniania warunków udziału

w postępowaniu oraz potwierdzających brak postaw wykluczenia w stosunku do podwykonawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej;

a w konsekwencji:

5. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybranie, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez MILTOM pomimo, iż podlega ona odrzuceniu, a więc z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez MILTOM; wykluczenie z postępowania wykonawcy MILTOM ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji stawianych przez zamawiającego; dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwolujący uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, w zakresie naruszenia art. 128 ust. 4 oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp wskazywał, że wykonawca MILTOM przed upływem terminu składania ofert przedłożył zamawiającemu ofertę przetargową wraz z załącznikami, w tym między innymi z obligatoryjnie wymaganym oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. W oświadczeniu z dnia 14 lutego 2023 r. wykonawca zawarł informacje, że (cytat): „1. Spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia 2. Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższym oświadczeniu są aktualne

i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.” Zamawiający zgodnie z ww. zapisami wezwał w dniu 20 lutego 2023 r., na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, w tym między innymi do przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

Wykonawca w dniu 22 lutego 2023 r. przedłożył zamawiającemu wymagane dokumenty, w tym rzeczowe oświadczenie z datą 17 lutego 2023 r. Z treści przedmiotowego oświadczenia wynika, że (tu cytat): „Saldo rzeczywiste na rachunku na dzień 2023-02-16 wynosiło: 50 939,30 PLN Saldo dostępne na rachunku na dzień 2023-02-16 wynosiło: 200 689,25 PLN Do rachunku przyznany został limit kredytowy w wysokości: 150 000,00 PLN”.

Odwolujący wskazał, że aktualnie obowiązujące Rozporządzenie 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, wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp jasno i wyraźnie określa sposoby przedkładania w toku postępowania przetargowego poszczególnych dokumentów, w tym między innymi terminy ważności poszczególnych z nich. W ślad za cytowanym wyżej rozporządzeniem zamawiający w SWZ w § 11 ust. 1, pkt 5 zawarł zapisy odnoszące się do wymogów stawianych wykonawcy w zakresie składanych dokumentów.

Odwolujący podkreślił dalej, że zamawiający na podstawie otrzymanych dokumentów nie mógł stwierdzić, czy na dzień

składania ofert albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pomimo tego faktu i braku możliwości oceny na podstawie posiadanych dokumentów realności informacji zawartych w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą w dniu 14 lutego 2023 r., zamawiający nie wystosował do niego zgodnie z zapisami art. 128 ust. 4 oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp wezwania do złożenia wyjaśnień.

Z kolei w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że wykonawca MILTOM powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, oraz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Stwierdził, że wykonawca MILTOM nie spełniał warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, a poświadczając nieprawdę wprowadził w błąd zamawiającego oraz naraził na szkodę i utratę ewentualnych zysków odwołującego, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji zestawienia ofert, mieści się w wyznaczonym budżecie oraz spełnia wszelkie wymagania stawiane przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z orzecznictwem KIO wykonawca może przedłożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową po terminie składania ofert z datą późniejszą niż wyznaczony termin składania ofert, ale na dzień złożenia oferty musi bezspornie spełniać warunki udziału w postępowaniu, a ww. dokument musi potwierdzać ten fakt. W rzeczywistości wykonawca nie wykazał na dzień 15 lutego 2023 r. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę 200 000,00 zł. De facto dopiero

w dniu 16 lutego 2023 r., co wynika z przedłożonego oświadczenia, spełniał wymagane warunki czyli dzień po upływie terminie składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym jednoznacznie nasuwa się stwierdzenie, że przystępujący świadomie poświadczyl nieprawdę w przedkładanym oświadczeniu z dnia

14 lutego 2023 r.

Odwołujący wskazał także na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 11 stycznia 2021 r. sygn. akt KIO 3753/21, w uzasadnieniu którego KIO odniosła się do kwestii aktualności składanych dokumentów wskazując: „Nie budzi wątpliwości, że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są spełniać przez cały czas trwania postępowania, już od wyznaczonego przez zamawiającego dnia składania ofert. Jak wynika z przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału

w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia

przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający powołał co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany,

do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres.” W niniejszej sprawie wykonawca MILTOM dopiero w dniu 16 lutego 2023 r. spełniał wymagane warunki, czyli dzień po upływie terminie składania ofert albo wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu.

Podnosząc z kolei zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b i c ustawy Pzp stwierdził, że w kontekście powyżej opisanych faktów dokumenty złożone przez wykonawcę MILTOM w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ.

W konsekwencji postawił także zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp argumentując, że w konsekwencji dokonanych opisanych powyżej zaniechań zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MILTOM pomimo, iż podlega ona odrzuceniu, a więc z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MILTOM T. P. z siedzibą w Kowali Stępcinie

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 10 marca 2023 r.), wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy z 13 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału

dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, wskazanych w treści odwołania, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony

z postępowania a jego oferta odrzucona. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji odwołujący mógłby zrealizować zamówienie i osiągnąć zysk z tego tytułu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów innych niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, złożonych przez przystępującego, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w § 3 SWZ jest budowa boiska przyszkolnego o nawierzchni syntetycznej ze sztucznej trawy wraz z infrastrukturą techniczną (oświetlenie boiska, odwodnienie boiska, piłkochwyty) przy Zespole Szkół Zawodowych im. Hubala przy ul. Grzeczmarowskiego 2 w Radomiu, jako II etap inwestycji dot. budowy boisk sportowych przy Z.Sz.Z. im. HUBALA ul. Grzeczmarowskiego 2 (boisko wielofunkcyjne zostało zrealizowane w ramach I etapu).

W § 6 SWZ zamawiający opisał podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania wskazując, że z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczy wykonawcę,

z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie przesłanek określonych w: art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wykluczenie wykonawcy, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury). Wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega także wykonawca, w odniesieniu do którego zachodzą okoliczności określone w art. 7 ust. 1 ustawy z dn. 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Ustalono ponadto, że w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ nie przewidziano przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp.

Z kolei w § 7 pkt 1, ppkt 1 zamawiający opisał jakie warunki musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie, w tym dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający wskazał, że uzna za spełnienie tego warunku wykazanie przez wykonawcę, że ten posiada na rachunku kwotę środków finansowych nie mniejszą niż 200.000,00 (słownie: dwieście tysięcy) złotych, lub że posiada zdolność kredytową na kwotę minimum 200.000,00 złotych, lub że łącznie z obydwu ww. źródeł (posiada na rachunku i posiada zdolność kredytową) dysponuje kwotą min. 200.000,00 złotych.

W § 8 pkt 1 oraz § 8 pkt 2, ppkt 1 i 2 zamawiający opisał co składa się na ofertę oraz jakie dokumenty są przez niego wymagane w postępowaniu. Zgodnie z pkt 1: Formularz ofertowy stanowi zał. do SWZ. Sposób przygotowania i złożenia oferty (oraz innych dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego) określa § 8 SWZ. Zgodnie z pkt 2: wraz z ofertą wykonawca składa: 1) Oświadczenie o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania - załącznik do SWZ; 2) Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - załącznik do SWZ. Z kolei w § 8 pkt 3, ppkt 6 SWZ wskazano, że wykonawca, którego oferta została najwyższej (wstępnie) oceniona zostanie wezwany przez zamawiającego, do złożenia, aktualnych na dzień złożenia niżej wymienionych podmiotowych środków dowodowych: Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem - dokument wymagany w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 7 pkt 1 ppkt 1.

Dalej Izba ustaliła, że termin składania ofert w postępowaniu upłynął 15 lutego 2023 r. Swoje oferty złożyło siedmiu wykonawców, w tym przystępujący i odwołujący. Oferta przystępującego została oceniona najwyższej.

Izba ustaliła ponadto, że przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp - na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ: „Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”. Z

kolei w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 20 lutego 2023 r. do złożenia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej złożył informację z banku nt. wysokości środków zgromadzonych na rachunku bankowym oraz wysokości przyznanego przez bank limitu kredytowego (Zaświadczenie z dnia 17 lutego 2023 r. wydane przez mBank S.A.), z którego wynikało, że: saldo rzeczywiste na rachunku na dzień 2023-02-16 wynosi 50 939,30 zł.; saldo dostępne na rachunku na dzień 2023-02-16 wynosi 200 689,25 zł.; do rachunku został przyznany limit kredytowy w wysokości 150 000,00 zł.

Zamawiający w dniu 24 lutego 2023 r. dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę MILTOM.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w treści wniesionego odwołania.

Na wstępie skład orzekający pragnie odnieść się do zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b i c ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp dotyczący braku spełnienia przez wykonawcę MILTOM warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz który nie złożył wymaganych dokumentów w postaci podmiotowych środków dowodowych potwierdzających jego spełnienie oraz art. 128 ust. 4 i art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania firmy MILTOM do złożenia wyjaśnień lub przedłożenia dokumentów w zakresie niezgodności treści zawartych w zaświadczeniu z banku, złożonym na wezwanie zamawiającego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, z wymaganiami SWZ.

Odwołujący wskazując na naruszenie powyższych przepisów, oraz przywołując treść 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. 2020 poz. 2415) dalej jako „rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych” kwestionował, iż przedłożone na wezwanie zamawiającego zaświadczenie z banku nie potwierdzało, że na dzień składania ofert wykonawca warunki te spełnia. Podkreślał przy tym fakt, że w treści zaświadczenia, które zostało wystawione w dniu 17 lutego 2023 r. bank potwierdził saldo na rachunku wykonawcy oraz saldo dostępne na rachunku na jeden, wskazany dzień tj. 16 lutego 2023 r., z kolei termin składania ofert w tym postępowaniu upłynął w dniu 15 lutego 2023 r.

Mając na uwadze podnoszone zarzuty, oraz ich uzasadnienie faktyczne, w pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, że w aktualnym stanie prawnym, weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszy etap jest dokonywany w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia wstępne (te wykonawca składa wraz z ofertą), które mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Drugi etap jest dokonywany przed zawarciem umowy, w oparciu jak stwierdził ustawodawca „aktualne na dzień złożenia” dokumenty składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Istotne jest to, aby stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Potwierdza powyższe treść przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że dokumenty składane w wyniku wezwania w trybie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 2 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Przedłożone w tym trybie oświadczenia i dokumenty stanowią bowiem jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w dokumentach JEDZ czy też we wstępnym oświadczeniu, a przez fakt, że przedłożone dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły (powyższe potwierdziła także Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 25 czerwca 2022 r., KIO/KD 17/22).

Dalej, należy również zaznaczyć, że pojęcie aktualności, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełnienia określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Złożenie zatem podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek

ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy

to oczywiście sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres.

Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w omawianej sprawie. Wykonawca MILTOM, wraz z ofertą złożył oświadczenie wstępne, w którym potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ. To na podstawie tego oświadczenia zamawiający dokonał wstępnego badania spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu. Przedmiotowe oświadczenie stanowiło zatem potwierdzenie, że przystępujący na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym te dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Z kolei na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, wezwany przez zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawca MILTOM złożył podmiotowy środek dowodowy w postaci informacji z banku (Zaświadczenie z dnia 17 lutego 2023 r., wydane przez mBank S.A.). Dokument ten potwierdzał wysokość środków zgromadzonych na rachunku bankowym oraz wysokość przyznanego przez bank limitu kredytowego, a wysokość salda dostępnego na rachunku bankowym tego wykonawcy odpowiadała wymaganiom zamawiającego określonym w SWZ.

Przy tym złożony środek dowodowy odpowiadał także wymogom ustanowionym w SWZ oraz w przepisach ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w zakresie jego aktualności, gdyż był aktualny na dzień złożenia. Po pierwsze potwierdzał stan środków na dzień, kiedy składane były podmiotowe środki dowodowe. Po drugie, co wynika z § 8 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, który stanowi, że w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem - dokument przedłożony na wezwanie należy uznać za odpowiadający wymaganiom tam określonym. Złożona przez przystępującego informacja z banku potwierdzała bowiem wysokość

posiadanych środków i zdolność kredytową w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem, o czym stanowi cytowany przepis rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

Izba dostrzegła okoliczność, którą podnosił odwołujący, że przedłożony przez MILTOM w postępowaniu dokument z banku wskazuje konkretną datę tj. 16 lutego 2023 r., jednakże nie podważa to w żaden sposób tego, że przystępujący posiadał sytuację finansową potwierdzającą spełnianie warunku również w momencie składania ofert i w momencie otwarcia ofert, jak też przez cały ten okres.

Jak podkreślono wcześniej Izba podziela ocenę, że warunki udziału w postępowaniu wykonawca musi spełniać zarówno w terminie składania ofert jak i w całym okresie prowadzenia postępowania, jednak wymogu tego nie można rozumieć w sposób prezentowany przez odwołującego. Gdyby bowiem w ten sposób interpretować wymagania ustawy Pzp i przepisów wykonawczych, jak chce tego odwołujący to wykonawcy byłiby zobowiązani do potwierdzenia ich sytuacji i zdolności, i poprzeć to stosownymi dokumentami, w każdym kolejnym dniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia począwszy od dnia otwarcia ofert.

Z inną sytuacją mielibyśmy do czynienia gdyby treść przedłożonego przez MILTOM dokumentu budziła wątpliwości co do spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu czy to na dzień składania ofert, czy też w czasie prowadzenia postępowania. Tymczasem analiza treści dokumentu (oświadczenia mBank z 17 lutego 2023 r.) wskazuje, że to w zakresie w jakim potwierdza spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na dany dzień, jest jednoznaczne w swojej treści i poświadcza, że wymaganie określone w SWZ zostało spełnione na dzień wymagany w postępowaniu.

Skład orzekający nie podziela stanowiska odwołującego, który podnosi, że źródłem wątpliwości co do treści oświadczenia mBank, winna być data wskazana w treści tego oświadczenia. Jak już wcześniej wskazano data ta wynika z treści przywołanych wcześniej przepisów.

Jednocześnie, niezależnie od tego, że zarzuty odwołania w świetle cytowanych wcześniej regulacji jawią się jako bezzasadne, a przystępujący w prawidłowy sposób wykazał w toku postępowania o udzielenie zamówienia, że spełnia warunek udziału w postępowaniu

w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej to dodatkowo, aby uniknąć jakichkolwiek niejasności i wątpliwości w załączeniu do pisma procesowego przedłożył dodatkowo zaświadczenie mBank S.A. w którym posiada rachunek bankowy, że na dzień składania ofert

tj. 15 lutego 2023 r. posiadał środki pieniężne zgromadzone na rachunku w kwocie 51 429,30 zł. oraz limit kredytowy przyznany do rachunku w kwocie 150 000,00 zł., które łącznie przekraczają kwotę określoną w opisie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Stanowi on potwierdzenie, że również na dzień upływu terminu składania ofert warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie wykonawca MILTOM spełniał.

Nie sposób także zgodzić się, że zamawiający powinien wezwać przystępującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonego dokumentu wystawionego przez mBank. Przepisy art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, których naruszenie zarzuca odwołujący, dotyczą bowiem odmiennych sytuacji. W myśl art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający kieruje takie wezwanie jeśli stwierdzi niejasności w dokumentach lub poweźmie wątpliwości co do ich treści,

po zapoznaniu się z nimi. Z kolei art. 128 ust. 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie, gdy złożony dokument budzi wątpliwości lub gdy zamawiający uznaje go za niewystarczający. Żadna z tych sytuacji nie miała miejsca. Informacja z banku przedłożona przez przystępującego nie budzi żadnych wątpliwości, jest jednoznaczna w swojej treści, konkretna i zawiera wszystkie wymagane informacje.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że powyższe zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt b i c ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 4 i art. 128 ust. 5 ustawy Pzp nie znajdują odzwierciedlenia w aktach rozpoznawanej sprawy, w konsekwencji odwołanie w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się z kolei do zarzutów naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp przypomnieć należy, że przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”. Obowiązek wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie. O tym, w jaki sposób taka decyzja ma zostać wyrażona w postępowaniu decyduje art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie zamawiający nie przewidział zastosowania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, na co wprost wskazują postanowienia § 6 pkt 1 SWZ.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że zamawiający nie miał podstaw w tym postępowaniu badać spełnienia przez przystępującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył wskazywanych przez odwołującego przepisów.

Mając na uwadze powyższe odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 i § 5 pkt 1 i 2 b 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: