Sygn. akt: KIO 868/23

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2023 r. przez wykonawcę ELTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Targówek z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę ELTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, 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 868/23

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa - Dzielnica Targówek z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa zaplecza socjalno - sanitarnego, drogi wewnętrznej i parkingu wraz z infrastrukturą techniczną - etap I, w ramach zagospodarowania terenu przy ul. Kołowej 18 pod funkcje sportowe, rekreacyjne i kulturalne realizowane w pięciu etapach, w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa zaplecza socjalno - sanitarnego w systemie modułowym z infrastrukturą techniczną dla boisk przy ul. Kołowej 18"; znak sprawy: P-44/22 - dalej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 15 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S-220-632555.

Wykonawca ELTIM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący") w dniu 28 marca 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu nie złożenia w przewidywanym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy oświadczenie takie zostało przez wykonawcę złożone, a w przypadku występowania wątpliwości zamawiającego co do treści oświadczenia, naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do odpowiedniego naprawienia dokumentu;

2. art. 98 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zatrzymanie wadium wraz z odsetkami i uznanie, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczenia potwierdzającego, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu w formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ") pomimo, iż oświadczenie to zostało przez odwołującego złożone, a część IV formularza JEDZ pozostała bez wypełnienia wskutek omyłkowego przeoczenia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności oceny ofert i uchylenia czynności zatrzymania

wadium przez zamawiającego.

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 Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. z siedzibą w Jędrzejowie (dalej „przystępujący").

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 6 kwietnia 2023 r.), wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący w piśmie procesowym z 11 kwietnia 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, stanowiskiem przystępującego zawartym w piśmie procesowym, 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. Zamawiający odrzucił jego ofertę i zatrzymał wniesione wadium, gdyż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie złożył podmiotowych środków dowodowych. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, oferta odwołującego miałaby szansę zostać 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.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale III specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") jest: „Budowa zaplecza socjalno-sanitarnego, drogi wewnętrznej i parkingu wraz z infrastrukturą techniczną - etap I, w ramach zagospodarowania terenu przy ul. Kołowej 18 pod funkcje sportowe, rekreacyjne i kulturalne, realizowane w pięciu etapach".

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał od wykonawców złożenia, wraz z ofertą, formularza JEDZ, stanowiącego dowód potwierdzający bark podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (Rozdział VII ust. 2 SWZ).

Ponadto Izba ustaliła, że w postępowaniu złożonych zostało 10 ofert, w tym oferta odwołującego. Odwołujący w załączonym do oferty dokumencie JEDZ dla podmiotu ELTIM Sp. z o.o. w zakresie Części II pkt. A lit. e) „Informacje dotyczące wykonawcy" przy pytaniu „Czy wykonawca będzie w stanie przedstawić zaświadczenie odnoszące się do płatności składek na ubezpieczenie społeczne i podatków lub przedstawić informację, która umożliwi instytucji zamawiającego lub podmiotowi zamawiającemu uzyskanie tego zaświadczenia bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy danych w dowolnym państwie członkowskim" zaznaczył słowo „NIE". W Części IV lit. a) JEDZ - „Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji. W odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca oświadcza, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji" - odwołujący zaznaczył słowo „NIE" ■

Mając na uwadze powyższe zamawiający, powołując się na przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp pismem z dnia 17 stycznia 2023 r. w zakresie Części II pkt. A lit. e) JEDZ zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie, czy ten będzie w stanie przedstawić stosowne zaświadczenia, czy też w istocie ww. zaznaczenie słowa „NIE" w JEDZ jest błędem, jaki odwołujący popełnił przy wypełnianiu formularza. Odwołujący, pismem z 17 stycznia 2023 r. udzielił wyjaśnień wskazując, że popełnił błąd przy wypełnianiu JEDZ w Części II pkt. A lit. e) i omyłkowo w ww. punkcie zaznaczył słowo „NIE", gdyż w istocie powinien zaznaczyć słowo „TAK".

W związku z powyższym, zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z 20 stycznia 2023 r. zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie w Części II pkt A lit. e) błędnie złożonego JEDZ.

Odwołujący w dniu 24 stycznia 2023 r., uzupełnił JEDZ w zakresie wskazanym przez zamawiającego w Części II pkt A lit. e) zaznaczając słowo „TAK", jednakże w Części IV lit. a) JEDZ ponownie zaznaczył słowo „NIE". Dodatkowo, w załączonym do oferty dokumencie JEDZ dla podmiotu odwołującego - ELTIM Sp. z o.o., podobnie jak w poprawionym JEDZ, w zakresie Części IV lit. a) JEDZ - „Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji. W odniesieniu do kryteriów kwalifikacji wykonawca oświadcza, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji" - odwołujący zaznaczył słowo „NIE". Z kolei w JEDZ złożonym dla podmiotu udostępniającego zasoby - ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz, w zakresie Części II pkt. A lit. e) JEDZ - „Czy wykonawca będzie w stanie przedstawić zaświadczenie odnoszące się do płatności składek na ubezpieczenie społeczne i podatków lub przedstawić informacje, które umożliwią instytucji zamawiającej lub podmiotowi

zamawiającemu uzyskanie tego zaświadczenia bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy danych w dowolnym państwie członkowskim" - ww. podmiot udostępniający zasoby zaznaczył słowo „NIE".

W związku z powyższym, zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie następujących kwestii: czy w związku z zaznaczeniem przez odwołującego - ELTIM Sp. z o.o. w Części IV lit. a) JEDZ słowa „NIE", wszystkie warunki udziału w postępowaniu opisane w Części VI lit. a) SWZ (dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej) spełnia podmiot udostępniający zasoby tj. ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz; czy podmiot udostępniający zasoby tj. ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz nie będzie w stanie przedstawić stosownych zaświadczeń, o których mowa w Części II pkt A lit. e) JEDZ, czy też jest to błąd powstały przy wypełnianiu JEDZ. Odwołujący w odpowiedzi pismem z dnia 26 stycznia 2023 r. wyjaśnił, że: w Części IV lit. a) JEDZ dla odwołującego ELTIM Sp. z o.o. został popełniony błąd poprzez zaznaczenie słowa „NIE", gdyż w rzeczywistości powinno być zaznaczone słowo „TAK". Odwołujący wskazał, iż spełnia on kryteria kwalifikacji, z wyłączeniem wiedzy i doświadczenia, gdyż te udostępnia odwołującemu jego podwykonawca - ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz oraz, że w Części II pkt A lit. e), JEDZ dla podmiotu udostępniającego - ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz zawiera błąd, gdyż omyłkowo zaznaczano słowo „NIE", gdy tymczasem powinno być zaznaczone słowo „TAK".

W związku z powyższymi wyjaśnieniami, zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z 1 lutego 2023 r. zwrócił się do odwołującego o: (1) uzupełnienie błędnie złożonych oświadczeń i dokumentów w zakresie dotyczącym odwołującego tj. ELTIM

Sp. z o.o. tj. złożonego JEDZ w zakresie Części VI lit. a) „Kryteria kwalifikacji, lit. a) Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji"; (2) uzupełnienie błędnie złożonego JEDZ w zakresie Części II pkt. A lit. e) dla podmiotu udostępniającego odwołującemu swoje zasoby tj. ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz; (3) uzupełnienie błędnie złożonego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów dla podmiotu udostępniającego tj. ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz.

Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego w dniu 3 lutego 2023 r.: (1) przedłożył dokument JEDZ dla odwołującego tj. ELTIM Sp. z o.o., jednocześnie w treści dokumentu w Części IV lit. a) - JEDZ nie został w ogóle wypełniony i tym samym ww. wskazany błąd w tym punkcie nie został poprawiony; (2) złożył dokument JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby tj. ELTIM Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane i Inwestycyjne Waldemar Kurkiewicz, w zakresie wskazanym przez zamawiającego w Części II pkt A lit. e) zaznaczając słowo „TAK"; (3) złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zamawiający, pismem z 21 marca 2023 r., poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, powołując się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Zmawiający w uzasadnieniu tej czynności wskazał, że zgodnie z powyższym przepisem odrzucił ofertę odwołującego, gdyż została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełniania warunki udziału w postępowaniu. Wyjaśnił ponadto, że odwołujący nie uzupełnił ww. braku w Części IV lit. a) JEDZ. Uzupełniony przez odwołującego JEDZ w Części IV lit. a) nie został tym razem w ogóle wypełniony i tym samym nie można uznać, że odwołujący złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzające, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający podjął także decyzję o zatrzymaniu wadium złożonego w postępowaniu, wskazując jako podstawę art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, o czym poinformował odwołującego w piśmie z 21 marca 2023 r.

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, zamawiający nie naruszył bowiem przepisów przywoływanych w treści wniesionego odwołania. Podkreślić należy, że ustalenia poczynione w niniejszej sprawie nie budziły wątpliwości, odmienna była jedynie ocena stron postępowania co do tego, czy w świetle przedkładanych w postępowaniu dokumentów i wyjaśnień - zamawiający zasadnie uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 c ustawy Pzp, a w konsekwencji zatrzymał wadium wniesione w postępowaniu, powołując się na przepis art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Na powyższe pytanie należy odpowiedzieć twierdząco, z przyczyn opisanych poniżej. Wskazać należy, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Ponadto, choć nie wynika to wprost z brzmienia powyższej regulacji, zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem, wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, może być dokonywane tylko raz

w stosunku do tej samej nieprawidłowości, odnoszącej się do określonego dokumentu lub złożonego oświadczenia. Nie sposób w tym zakresie zgodzić się z odwołującym, że obowiązkiem zamawiającego jest zwracać się o takie uzupełniania „do skutku" tj. do czasu kiedy wykonawca uzupełni dokumenty w sposób, jaki jest przez zamawiającego oczekiwany. Powyższe prowadziłoby do przewlekłości postępowania, a nadto godziło w podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania (podobnie w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2020 r., sygn. KIO 1621/20; Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2022 r. KIO/KD 24/22).

Zwrócić należy ponadto uwagę, że wezwanie kierowane do wykonawcy powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się on składając podmiotowe środki

dowodowe, precyzować w jaki sposób wykonawca ma usunąć stwierdzone w dokumentach braki tj. czy powinien przedłożyć nowe, czy też poprawić lub uzupełnić określone oświadczenia lub dokumenty. Konieczne jest także wskazanie terminu i formy, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. Tylko zatem w przypadku, gdy zamawiający nie dochowa tych warunków, w szczególności jeśli treść skierowanego do wykonawcy wezwania będzie nieprecyzyjna lub niekompletna możliwe, a nawet konieczne, będzie ponowienie tej czynności przez zamawiającego. Z kolei oceniając tą czynność, tylko w przypadku gdy wezwanie było niejednoznaczne czy nieprecyzyjne, Izba może nakazać jej powtórzenie, jako dokonanej wadliwie.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie budziło wątpliwości, że odwołujący był wzywany najpierw do złożenia wyjaśnień w tej sprawie, a następnie został wezwany do uzupełnienia braków stwierdzonych przez zamawiającego w treści JEDZ. Pomimo precyzyjnego opisania przez zamawiającego przedłożenia jakiego dokumentu żąda, w jakiej formie i terminie należy przedmiotowy brak uzupełnić - odwołujący nie sprostał ciążącym na nim obowiązkom, dostarczając JEDZ z niewypełnioną Częścią IV lit. a). Zamawiający, jak to wskazano powyżej, nie mógł ponownie zwrócić się do odwołującego o poprawienie tego samego błędu, w konsekwencji trafnie podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty.

Podkreślić należy przy tym, że złożone przez odwołującego w toku postępowania oświadczenie z dnia 26 stycznia 2023 r., w którym potwierdzał, że spełnia wszystkie warunki udziału w tym postępowaniu, nie może zastąpić treści oświadczenia składanego na formularzu JEDZ. W pierwszej kolejności przypomnieć należy bowiem, że powyższe składane było w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, ponadto należy przypomnieć, że w postępowaniach prowadzonych powyżej tzw. progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp - oświadczenie o tym, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, że nie podlega wykluczeniu, wykonawca ma obowiązek złożyć na przygotowanym w tym celu formularzu JEDZ. W konsekwencji, zamawiający nie mógł uznać, że złożenie przez odwołującego wyjaśnień w przedmiotowej sprawie, może zastąpić skuteczne złożenie wymaganego w postępowaniu dokumentu, jakim był prawidłowo wypełniony JEDZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 98 ust. 6 pkt. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby, zarzut ten również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z tym przepisem, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2 - 4 ustawy Pzp, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela

z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: „wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej". Powyższe oznacza, że dla zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu, tj. z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, konieczne jest zaistnienie łącznie trzech przesłanek.

Pierwszą ze wskazanych w treści przepisu przesłanek jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp lub też oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp czy innych dokumentów lub oświadczeń. Treść złożonych dokumentów powinna więc potwierdzać spełnienie przez wykonawcę okoliczności, o których mowa w treści przepisu art. 57 lub 106 ust. 1 ustawy Pzp. Mimo braku wyraźnej wskazówki

w ustawie, jak wynika z doktryny i orzecznictwa, również złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz innych dokumentów lub oświadczeń, z których treści nie wynika potwierdzenie wymaganych okoliczności, należy kwalifikować jako niezłożenie dokumentów lub oświadczeń (tak np. w Komentarzu Prawo zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r., s. 659663). Jednocześnie, zgodnie z cytowaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn. akt III CZP 27/17 jako niezłożenie dokumentów lub oświadczeń należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy, czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Drugą przesłanką, wypełniającą treść przepisu, jest okoliczność, że nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jednocześnie, z treści uzasadnienia cytowanej już uchwały Sądu

Najwyższego wynika, że: przyjęcie, iż art. 46 ust. 4a PZP2004 (obecnie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp) sankcjonuje tylko całkowitą bierność wykonawcy, nie zapewni realizacji celu zamierzonego przez ustawodawcę, tj.

ograniczenia zmów przetargowych. Sąd Najwyższy zastrzegł także, że uprawnienie do zatrzymania wadium wystąpi tylko w sytuacji, gdy dokumenty (oświadczenia) są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, wykonawca został zasadnie o nie wezwany i obiektywnie nie potwierdzają zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Z kolei do okoliczności uzasadniających brak możliwości zatrzymania wadium zaliczono te, które obciążają zamawiającego, np. zakreślenie zbyt krótkiego terminu na uzyskanie określonych dokumentów, sformułowanie wezwania, ogłoszenia o zamówieniu czy dokumentów zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania, a także sytuację, w której treść złożonych oświadczeń lub dokumentów podlega ocenie zamawiającego przy zastosowaniu kryteriów wartościujących o nieostrym lub niejednoznacznym charakterze.

Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium, na podstawie ww. przepisu, jest wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest bowiem możliwe jedynie wtedy, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W stanie faktycznym omawianej sprawy ziściły się wszystkie z wymienionych wyżej przesłanek. Odwołujący, pomimo jednoznacznego i jasno sformułowanego wezwania do uzupełnienia oświadczenia na formularzu JEDZ, wprawdzie uzupełnił przedmiotowy dokument, lecz nadal nie potwierdzał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To w konsekwencji spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zaznaczyć przy tym należy, że argumenty odwołującego, który bronił się tym, że jego pracownik wypełniając dokument i przesyłając go zamawiającemu, popełnił błąd i w konsekwencji nie zaznaczył właściwego kwadratu, nie zasługują na uwzględnienie. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest profesjonalistą. W związku z tym należy od niego wymagać podwyższonej, a nie należytej staranności (art. 355 § 2 kodeksu cywilnego). Ocena w tym przedmiocie powinna

uwzględniać doświadczenie i profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez podmioty zgłaszające ofertę (tak też w Wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2011 r., sygn. akt I CSK 448/10). Zamawiający dał odwołującemu szansę na złożenie prawidłowego dokumentu, wzywając

do wyjaśnienia, a następnie uzupełnienia formularza JEDZ. Zwracał mu uwagę na popełnione przez niego błędy, umożliwiając następnie jego poprawne złożenie. Odwołujący pomimo,

że wcześniej już raz niestarannie przygotował swoją ofertę, składając oświadczenie ponownie popełnił błąd, składając je w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający w takim wypadku nie ocenia czy wykonawca uczynił to celowo, czy też miał zamiar złożenia prawidłowego dokumentu. Ocenie poddaje wyłącznie treść dokumentów i oświadczeń, złożonych przez wykonawcę na wezwanie. Jeśli stwierdzi, że te nie zostały uzupełnione na wezwanie, lub też z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunku

- zatrzymuje wykonawcy wadium. Przypomnieć należy, że rolą wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale i na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki. Stanowi też warunek uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu, zastrzeżony pod rygorem odrzucenia oferty, zmuszający wykonawcę do takiego ukształtowania treści swojej oferty, aby w wypadku uznania jej za najkorzystniejszą liczył się z możliwością zawarcia z nim umowy, a następnie jej wykonania, na warunkach określonych w postępowaniu.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, tak np. w Wyroku KIO z dnia 3 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1847/22; Wyroku KIO z dnia 29 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1796/22. Z kolei z treści przywoływanej przez odwołującego Uchwały KIO z 22 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO/KD 31/20 nie wynika, że prezentowany w niniejszym orzeczeniu pogląd odbiega od tego, który zaprezentowany został w cytowanej uchwale. Przedmiotowa została bowiem podjęta w całkowicie odmiennych okolicznościach faktycznych. Skład orzekający w tej sprawie wziął pod uwagę, że oprócz błędnie uzupełnionego JEDZ wykonawca złożył w postępowaniu także inny dokument,

do przedłożenia którego wezwał go zamawiający, w postaci wykazu urządzeń technicznych dostępnych temu wykonawcy, który potwierdzał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z kolei w przypadku odwołującego, jedynym dokumentem złożonym w postępowaniu, który mógł potwierdzić spełnienie warunków i niepodleganie wykluczeniu z przedmiotowego przetargu był formularz JEDZ. Skoro więc jego treść nie potwierdzała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo jednoznacznego wezwania zamawiającego do jego uzupełnienia, uznać należało, że zatrzymanie wadium było prawidłowe a podniesiony przez odwołującego zarzut nie potwierdził się.

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 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: ……..