

Sygn. akt KIO/KD 17/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 25 czerwca 2022 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 10 czerwca 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez amawiającego:

Gmina Bystrzyca Kłodzka [„Zamawiający”]

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej sygn. KND/141/21/DKZP, przekazanej Zamawiającemu pismem z 23 maja 2022 r., w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. Remont i przebudowa części podziemi zlokalizowanych wzdłuż murów obronnych z uwzględnieniem zabezpieczenia oraz dostosowania obiektu do obsługi ruchu turystycznego w Bystrzycy Kłodzkiej (oznaczenie postępowania WTikF.271.1.2021.ZP)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Ernest Klauziński

Aleksandra Kot

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

U z a s a d n i e

Gmina Bystrzyca Kłodzka {dalej również: „Zamawiający” lub „Gmina”} przeprowadziła na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. Remont i przebudowa części podziemi zlokalizowanych wzdłuż murów obronnych z uwzględnieniem zabezpieczenia oraz dostosowania obiektu do obsługi ruchu turystycznego w Bystrzycy Kłodzkiej (oznaczenie postępowania WTikF.271.1.2021.ZP).

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził w informacji o jej wyniku naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy pzp, polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy WASMA sp.j. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego, tj. nie mniejszą niż 4 mln zł, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, przez zaniechanie odrzucenia jego oferty jako wykonawcy, który nie spełniał tego warunku udziału w postępowaniu, oraz udzielenie mu zamówienia.

W toku kontroli ustalono w szczególności, co następuje:

Zgodnie z ppkt 4 pkt 5 sekcją V ogłoszenia o zamówieniu oraz ppkt 1 pkt 1 działu IX SWZ wykonawca, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zobligowany był wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia.

W pkt 1 działu X SWZ (Wykaz podmiotowych środków dowodowych) Zamawiający zażądał złożenia do oferty oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie, jak we wzorze oświadczenia wykonawcy, który stanowił załącznik nr 2 do SWZ. Zamawiający zaznaczył przy tym, że informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne

potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto w pkt 2 działu X SWZ zamieszczono informację, że Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia za pośrednictwem platformy zakupowej, w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych, m.in. oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj.: 2.3.1. Dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania (druk ZP-TP) do upływu terminu składania ofert, tj. do 25 maja 2021 r. wpłynęły

oferty następujących wykonawców: 1) BUDMEX sp. z o.o., 2) WASAMA sp.j. {dalej: „Wasama”}, 3) A.K., 4) Monumentum sp. z o.o., 5) Zakład Robót Górniczych i Wysokościowych „AMC” A.C., 6) KAL&SK sp. o.o., 7) WM-Budownictwo D.W., Ł. M. sp.j.

Wasama złożyła wraz z ofertą oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 pzp o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 2 do SWZ), w tym, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w dziale IX pkt 1 pkt 1 i 2 SWZ [pkt 11.1], a wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji [pkt 11.3].

Zamawiający pismem z 7 czerwca 2021 r. wezwał Wasamę na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy pzp do złożenia do 14 czerwca 2021 r. podmiotowych środków dowodowych wymaganych w SWZ, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie 14 czerwca 2021 r. Wasama przesłała polisę OC nr 847500117771, w której UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. potwierdziło zawarcie umowy ubezpieczenia [MOCG2] na okres 8.10.2020-7.10.2021 z Wasamą, wskazaną również jako ubezpieczony, na sumę gwarancyjną wynoszącą 2,5 mln zł, wraz z aneksem nr 1 z 9 czerwca 2021 r., który podwyższa wysokość sumy gwarancyjnej do 4 mln zł za dodatkową składkę w wysokości 1800 zł, płatną do 16 czerwca 2021 r.

Pismem z 15 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał Wasamę na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących

zdolności technicznej i zawodowej.

18 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wasamy, przy czym w protokole postępowania jako uzasadnienie dla tej czynności podał, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert (60 pkt w kryterium ceny, 40 pkt w kryterium gwarancji – łącznie 100 pkt).

Następnie Zamawiający 8 lipca 2021 r. zawarł z Wasamą umowę w sprawie zamówienia publicznego nr WTiKF.272.14.2021.ZP.

Reasumując, o ile Wasama złożyła wraz z ofertą oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy pzp, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu, o tyle dopiero 9 czerwca 2021 r. zawarła aneks do polisy zwiększający kwotę ubezpieczenia do wymaganej w treści tego warunku kwoty.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z treścią 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. Ponadto według art. 125 ust. 3 ustawy pzp 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.

Dzięki takiemu rozwiązaniu wykonawcy nie muszą z góry uzyskiwać i przedstawiać zamawiającemu całego kompletu dokumentów. Jednocześnie zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia. Wymagane dokumenty składa później jedynie zwycięski oferent (art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 ustawy pzp – w zależności od wartości zamówienia). W razie konieczności zamawiający może jednak na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych wymaganych dokumentów (art. 126 ust. 2 lub art. 274 ust. 2 ustawy pzp – w zależności od wartości zamówienia).

Następnie art. 274 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych

na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Przy czym zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy 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, 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.

Stosownie do brzmienia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu.

Jak wskazuje się odnośnie analogicznej do tej z art. 274 ustawy pzp regulacji zawartej w art. 126 ustawy pzp:

Aby zrozumieć kontekst regulacji zawartej w art. 126 pzp, należy przypomnieć, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji przez cały okres postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (zob. komentarz do art. 112 pzp). Ponadto wykonawca od chwili wszczęcia postępowania aż do zawarcia z nim umowy ani przez chwilę nie może podlegać wykluczeniu (zob. komentarz do art. 110 pzp). Dlatego składane podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień [fragment z „Komentarza do prawa zamówień publicznych” dostępnego na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych – art. 126 ustawy pzp].

Z kolei, jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy pzp” [również dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych], która dotyczyła analogicznych przepisów poprzednio obowiązującej ustawy pzp:

Art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy pzp stanowią, że oświadczenia lub dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia i mają potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy pzp mają stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Uznać zatem należy, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być

spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.). Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności – adekwatnie do całego toku postępowania.

Pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny. Wykonawca, pozyskawszy wcześniej wskazane dokumenty, może się nimi posłużyć na wezwanie zamawiającego, o ile oczywiście pozostają aktualne – jak wskazano powyżej – nie co do daty ich wystawiania, ale co do konkretnych podmiotowych kwestii, wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem. (...)

Jak to wyrażono w ramach podsumowania tej opinii: Za aktualny na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy pzp należy uznać taki dokument, który potwierdzać będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia, ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przykładowo tak również orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu uchwały z 29 sierpnia 2020 r. sygn. akt. KIO/KD 46/20: ...przedłożona przez wykonawcę (...)

na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy pzp polisa (...) ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (...), wystawiona dnia 26.06.2018 r. i obowiązująca od 25.06.2018 r. do 24.06.2019 r., nie potwierdza, że na dzień składania ofert tj. 13.06.2018 r. wykonawca (...) spełniał warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.2.2.2 IDW.

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 potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw

wykluczenia, drugi etap jest dokonywany przed zawarciem umowy, w oparciu o „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 do wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Potwierdza to treść art. 24 ust. 12 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że dokumenty składane w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 lub 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 trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy pzp dokumenty i oświadczenia stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w dokumentach JEDZ a przez fakt, że przedłożone dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły.

W analizowanym stanie faktycznym, z treści złożonego przez wykonawcę (...) dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej bezsprzecznie wynikało, iż w dniu składania ofert wykonawca nie był objęty ochroną ubezpieczeniową. Oznacza to, że stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie miał

charakteru ciągłego tj. od dnia upływu terminu składania ofert aż do dnia udzielenia zamówienia. Z tych względów, w ocenie Izby, Zamawiający winien był wezwać wykonawcę (...) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, iż posiadał on ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej również we wcześniejszym okresie co najmniej od upływu terminu składania ofert. W ten sposób wykonawca potwierdziłby także prawdziwość złożonego wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie Izba w uzasadnieniu wyroku z 11 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3753/21: 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 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 spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, gdyż odwołujący, na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, złożył umowy zawarte po upływie terminu składania ofert oraz ofertę otrzymaną po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający zasadnie powziął wątpliwości odnośnie spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym wystosował do niego wezwanie o uzupełnienie ww. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku na dzień składania ofert. Należy przy tym zauważyć, że umowa zawarta przed upływem terminu składania ofert lub w tym dniu, jeżeli w dalszym ciągu obowiązuje, jest dokumentem aktualnym na dzień jego złożenia w rozumieniu ww. przepisów.

Analizując przywołane na wstępie przepisy należałoby się zastanowić, jaki sens miałyby składanie przez wykonawców w trybie art. 125 ust. 1 ustawy pzp oświadczeń, które nie miałyby pokrycia w rzeczywistości. Stąd przepisu art. 274 ust. 1 ustawy pzp, w którym mowa jest o aktualności podmiotowych środków dowodowych na dzień ich złożenia, nie należy interpretować zawężająco – jak czyni to Zamawiający – bez uwzględnienia pozostałych regulacji zawartych w ustawie pzp. Owszem, podmiotowy środek dowodowy ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień jego złożenia, ale mimochodem również, że stan ten trwa nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne i prawne, Kontrolujący stwierdził, że z przedłożonej wraz z aneksem polisy wynika, że Wasama nie spełniała na dzień składania i otwarcia ofert warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, określonego w pkt 1 ppkt 1 działu IX SWZ, gdyż na dzień 25 maja 2021 r. wykonawca ten był co prawda ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, jednak na niższą kwotę niż, ta która była wymagana w tym postępowaniu przez

Zamawiającego. Na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy pzp wykonawca powinien był potwierdzić bowiem, że w dalszym ciągu spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł, a nie wskazywać, że dopiero po upływie terminu składania ofert poczynił starania, aby ten warunek spełnić. Powyższe podważa również prawdziwość treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia, stanowiącego tymczasowy dowód zastępujący wymagany przez Zamawiającego podmiotowy środek dowodowy.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc następujące zastrzeżenia:

Zdaniem Zamawiającego wyniki kontroli doraźnej pozostają konsekwencją określonej wykładni przepisu art. 125 ust. 1 w zw. z art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, która pozostaje w sprzeczności z językowym brzmieniem art. 274 ust. 1 pzp, gdzie ustawodawca nieprzypadkowo posłużył się sformułowaniem „aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych”. Gdyby wolą ustawodawcy było, aby podmiotowe środki dowodowe w rozumieniu tego przepisu były aktualne na inny dzień np. dzień złożenia oferty przez wykonawcę, wprost takie sformułowanie zostałoby użyte w tym przepisie. Przy czym określenie „aktualne na dzień ich złożenia” należy interpretować łącznie z użytym w przepisie art. 274 ust. 1 pzp sformułowaniem „w wyznaczonym terminie” (przez zamawiającego), nie krótszym niż 5 dni. W ten sposób wyeliminowano dotychczasową lukę prawną, polegającą na braku wskazania wprost, na jaki moment mają być aktualne uzupełniane dokumenty lub oświadczenia (środki) podmiotowe. Nie należy odnosić pojęcia „aktualne” do aktualności podmiotowych środków dowodowych, do których uzupełnienia wykonawca jest wzywany, ale ich aktualności w terminie ich złożenia. Celem przepisu art. 274 ust. 1 pzp jest bowiem umożliwienie zamawiającemu sprawdzenia, czy wybrany wstępnie wykonawca będzie zdolny do prawidłowego zrealizowania umowy. Taka weryfikacja odbywa się jednak dopiero po uznaniu przez zamawiającego, że określony wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca wyznaczył zatem taki kierunek rozumienia aktualności podmiotowych środków dowodowych i uznaje za aktualne podmiotowe środki dowodowe potwierdzające stan nie późniejszy niż na dzień ich złożenia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 pzp.

Według Zamawiającego w ten sposób racjonalny ustawodawca postanowił nie narażać wykonawców na zbędne wydatki, idące niekiedy w kwoty rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych, jedynie celem zawarcia umowy ubezpieczenia, która będzie potrzebna dopiero po ewentualnym wybraniu oferty, a przede wszystkim w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym wykonawca dysponuje znacznym zapasem czasu, aby wymagane dokumenty, środki dowodowe (np. polisy odpowiedzialności cywilnej) uzyskać. Ustawodawca, decydując się na wstępne oświadczenia z art. 125 ust. 1 pzp, przyjmuje, że sam wykonawca najlepiej jest zorientowany, czy dysponuje zdolnościami finansowymi pozwalającymi mu na realizację określonego zamówienia. To przekonanie wykonawcy może opierać się zarówno na dotychczasowej współpracy z ubezpieczycielami, np. może dysponować polisą na określoną sumę gwarancyjną, która dotyczy innego okresu czasu niż czas realizacji zamówienia, jak i na posiadaniu promesy polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Zamawiający stwierdził, że jego oczekiwaniem w tym postępowaniu było, aby wykonawca legitymował się polisą na wymaganą w SWZ kwotę, ale aktualną na datę jej złożenia, czyli w praktyce, gdy okaże się, że według rankingu ofert wykonawca będzie uprawniony do zawarcia umowy.

W opinii Zamawiającego instytucja zamawiająca nie posiada przy tym instrumentu prawnego, aby badać, czy taką samą polisę wykonawca posiadał już w dacie składania ofert, w sytuacji, gdy wraz z ofertą złożył oświadczenie z art. 125 ust. 1 pzp, w którym potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym w domyśle potwierdzając, że będzie w stanie złożyć żądany podmiotowy środek dowodowy aktualny na dzień jego złożenia, tj. na dzień wyznaczony przez Zamawiającego. Istotne jest bowiem, aby jego treść nie negowała prawdziwości złożonego wcześniej w tym zakresie oświadczenia wstępnego.

Równocześnie Zamawiający stwierdził, że nie ma żadnych podstaw prawnych, aby kwestionować na etapie składania ofert prawdziwość złożonego przez wykonawcę oświadczenia dotyczącego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp.

Wobec takiego brzmienia art. 274 ustawy pzp zdaniem Zamawiającego trudno zakładać, że obowiązkiem instytucji zamawiającej jest badanie aktualności podmiotowego środka dowodowego według stanu na inny dzień niż dzień jego złożenia. A tym bardziej nie sposób przyjmować, że w skontrolowanym postępowaniu Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy, który złożył wymagany podmiotowy środek dowodowy aktualny na dzień jego złożenia.

Stąd dla Zamawiającego niezrozumiałe jest oczekiwanie, aby odrzucił najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który legitymował się wymaganą polisą

odpowiedzialności cywilnej na dzień jej złożenia. Takie postępowanie skutkowałoby naruszeniem ustawy pzp, która wyraźnie wskazuje przesłanki odrzucenia oferty, a ponadto prowadziło do wyboru kolejnej, mniej korzystnej oferty, co trudno byłoby uznać za gospodarne na gruncie przepisów ustawy o finansach publicznych.

Niezależnie od powyższego w przekonaniu Zamawiającego zasadnym byłby dokonanie nowelizacji przepisu art. 274 ust. 1 ustawy pzp, zmierzającej do jednoznacznego wskazania, że podmiotowe środki dowodowe winny być aktualne najpóźniej na dzień składania ofert, a jeżeli nie są aktualne na dzień składania ofert, zamawiający ma obowiązek odrzucenia takiej oferty.

Konkludując, Zamawiający stwierdził, że nie jest uprawniony do dokonania rozszerzającej wykładni pojęcia „aktualności podmiotowych środków dowodowych”. Przeciwnie, przepisy ustawy pzp winny być interpretowane w taki sposób, aby zapewnić ochronę konkurencyjności oraz przestrzeganie wymogów ustawy o finansach publicznych.

III.

Prezes UZP 10 czerwca 2022 r. poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia jego zastrzeżeń oraz przekazuje je na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

Art. 125 ust. 1 ustawy pzp stanowi w szczególności, że do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Ponadto według art. 125 ust. 3 ustawy pzp – który Zamawiający zdaje się pomijać – oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Dzięki temu, że oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji stanowi tymczasowy dowód zastępujący

wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, wykonawcy nie muszą z góry przedstawiać zamawiającemu całego комплекtu dokumentów. Jednocześnie zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji

podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia. Wymagane dokumenty składa później jedynie zwycięski oferent (art. 126 ust. 1 ustawy pzp lub art. 274 ust. 1 ustawy pzp — w zależności od wartości zamówienia).

Podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć jako środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 7 pkt 17 ustawy pzp). Przez to pojęcie ustawa pzp rozumie w praktyce określone rodzaje dokumentów, wymienione w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy pzp, które odnoszą się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Sytuacja ta jest bowiem analizowana przez zamawiającego w kontekście spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a także w kontekście podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Do podmiotowych środków dowodowych nie jest zaliczane oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, o niepodleganiu wykluczeniu, o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Należy mieć na uwadze, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W świetle art. 57 pkt 2 i art. 112 ustawy pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze podmiotowym, służące ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, czyli wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

Co do zasady zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia musi być potwierdzona najpóźniej przed wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 ustawy pzp — w zależności od wartości zamówienia). Jeżeli jednak jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może wymagać potwierdzenia zdolności do należytego wykonania zamówienia na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym zwłaszcza na etapie składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu (art. 126 ust. 2 lub art. 274 ust. 2 ustawy pzp — w zależności od wartości zamówienia). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie procedury negocjacyjnej w interesie instytucji zamawiającej leży, by kandydaci, którzy zostali wybrani w ramach preselekcji, utrzymali swą zdolność ekonomiczną i techniczną w trakcie całego postępowania, ponieważ utrata tej zdolności może zagrażać celowi tego postępowania, którym jest wybór oferenta mogącego zrealizować wspomniane zamówienie [por. wyrok z 11 lipca 2019 r. w sprawie C-697/17 Telecom Italia SpA przeciwko Ministero dello Economico i Infrastrutture e telecomunicazioni per L'Italia SpA (Infratel Italia SpA); ECLI:EU:C:2019:599, pkt 44.]. Wykonawca musi zatem spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania — aż do zawarcia umowy. Dlatego, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przechodząc do meritum, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 274 ust. 1 ustawy pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Wypada przypomnieć, że sformułowanie, aby przedłożone dokumenty lub oświadczenia były „aktualne na dzień ich złożenia” występowało na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. w kontekście instytucji środków dowodowych (uregulowanej w art. 26 ust. 1, 2 i 3), a jego wykładnia pozostaje nadal aktualna. Należy zauważyć bowiem, że mechanizm wprowadzony w motywie 84. i 85. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który znalazł odzwierciedlenie w ww. przepisach, został również uwzględniony w obecnie obowiązujących przepisach ustawy pzp.

Urząd Zamówień Publicznych już wówczas stał na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być

spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.). Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności — adekwatnie do całego toku postępowania.

Pojęcia „aktualności dokumentów” nie należy natomiast utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny. Wykonawca, pozyskawszy wcześniej wskazane dokumenty, może się nimi posłużyć na wezwanie zamawiającego, o ile oczywiście pozostają aktualne, nie co do daty ich wystawiania, ale co do konkretnych podmiotowych kwestii, wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem [por. opinia UZP pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy pzp”; podobnie stanowisko zajmowała również Krajowa Izba Odwoławcza – patrz wyroki wydane: 1 marca 2018 r. sygn. akt KIO 280/18, 25 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 294/20, 22 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1551/19, 13 marca 2020 r. sygn. akt KIO 430/20].

W obecnym stanie prawnym, podobnie jak w poprzednio obowiązującym, weryfikacja podmiotowa wykonawcy odbywa się na dwóch etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszym etapie w oparciu o aktualne na moment upływu terminu składania ofert oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. W drugim etapie, przed zawarciem umowy, w oparciu o „aktualne na dzień złożenia” podmiotowe środki dowodowe, jeżeli zamawiający wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Istotne jest to, aby stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia istniał nieprzerwanie od upływu terminu składania ofert do dnia udzielenia zamówienia, czyli zawarcia umowy. Znajduje to potwierdzenie w treści art. 110 ust. 1 ustawy pzp,

zgodnie, z którym zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że podmiotowe środki dowodowe składane w wyniku wezwania w trybie art. 126 ust. 1 lub 274 ust. 1 ustawy pzp mają być aktualne na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, 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 trybie art. 126 ust. 1 lub 274 ust. 2 ustawy pzp podmiotowe środki dowodowe stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w oświadczeniu wstępnym, a przez fakt aktualności na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie, ma charakter ciągły. Tym samym w obecnym stanie prawnym w dalszym ciągu zachowuje aktualność stanowisko, że wykonawca ma spełniać warunki udziału w postępowaniu nieprzerwanie przez cały okres jego prowadzenia [por. komentarz do art. 126 ustawy pzp w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, J. W konsekwencji konieczne jest, aby środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu (podmiotowe środki dowodowe) były aktualne na dzień ich złożenia, tj. potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili ich złożenia, ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert. Powyższe potwierdza uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 11 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3753/21 [którego stosowny fragment został przywołany już w informacji o wyniku kontroli].

Również w doktrynie prezentowany jest pogląd, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert. Stan ten powinien trwać przez cały okres postępowania. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji (jeśli zostały określone) wykonawca do wniosku albo do oferty zobowiązany jest dołączyć oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp. W postępowaniu o wartości właściwej dla stosowania art. 126 ustawy pzp oświadczenie to składane jest na formularzu jednolitego dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie dokonywane na podstawie art. 126 ustawy pzp wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. „Aktualny”, zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza „dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym”. Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy pzp, mają zatem stanowić odzwierciedlenie istniejącej

na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Jednocześnie powinny potwierdzać, że na dzień ich złożenia stan w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły w stosunku do stanu z dnia złożenia jednolitego dokumentu. Zatem aktualność podmiotowych środków dowodowych nie może być utożsamiana z datą ich wystawienia. Wyraża się w obrazowaniu bieżącej sytuacji wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, która powinna mieć charakter trwały od dnia złożenia oświadczenia na jednolitym dokumencie [komentarz do art. 126 ustawy pzp w: M. Jaworska red., „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Warszawa 2022, wyd. 3, źródło: SIP Legalis].

Złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 274 ust. 1 pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być zatem aktualne na dzień ich złożenia, z tym że za aktualny na gruncie tego przepisu należy uznać podmiotowy środek, który potwierdzać będzie: z jednej strony spełnienie warunków udziału w postępowaniu w chwili jego złożenia (co nie było kwestionowane w wyniku przeprowadzonej kontroli), a z drugiej strony, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający twierdzi, że nie ma żadnych podstaw prawnych, aby kwestionować na etapie składania ofert prawdziwość oświadczenia składanego przez wykonawcę, dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 125 ust. 1 ustawy pzp. Tymczasem dokonanie weryfikacji w tym zakresie możliwe jest w oparciu o przedłożone przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, które tak jak w niniejszym przypadku mogą

dostarczyć Zamawiającemu informacji świadczących o tym, że na moment złożenia oświadczenia wykonawca, wbrew uprzednim zapewnieniom, nie spełniał postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający prezentując swoje stanowisko w zastrzeżeniach wydaje się pomijać okoliczność, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania aż do zawarcia umowy (podobnie brak podstaw wykluczenia musi zachodzić przez cały czas trwania postępowania). Stąd w okolicznościach skontrolowanego postępowania Wasama, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy pzp, powinna przedstawiając podmiotowy środek dowody, że w dalszym ciągu spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł, a nie wykazywać, zaczęła go spełniać już po upływie terminu składania ofert. W tym przypadku treść przedłożonego podmiotowego środka dowodowego wprost neguje złożone wcześniej oświadczenie wstępne Wasamy, że na dzień składania ofert spełnia warunek w postaci

ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 4 mln zł.

Tym samym Izba w pełni podzieliła i uznała za własne stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień publicznych, zarówno w informacji pokontrolnej, jak i w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 610 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.