

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 31 października 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 30 września 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Katowickie Inwestycje spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 23 września 2022 r. (znak: KU/88/22/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z tłocznią ścieków oraz kanalizacji deszczowej wraz z przepompownią wód opadowych oraz zbiornikami retencyjnymi w rejonie ulic Korczaka i Andersa w Katowicach”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Robert Skrzyszewski

Bartosz Stankiewicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na częściowe uwzględnienie.

Uzasadnienie

W dniu 30 września 2022 roku Katowickie Inwestycje spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonego w trybie przetargu

nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień

publicznych (dalej jako „Pzp”) pod nazwą „22/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z tłocznią ścieków oraz kanalizacji deszczowej wraz z przepompownią wód opadowych oraz zbiornikami retencyjnymi w rejonie ulic Korczaka i Andersa w Katowicach” (dalej jako „Postępowanie”), przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes UZP”). Postępowanie zostało wszczęte w dniu 30 marca 2022 r.

Pismem z dnia 23 września 2022 r. (znak DKZP.WKZ4.440.88.2022.JB) Prezes UZP, działając na podstawie art. 616 ust. 1 Pzp, przesłał Zamawiającemu informację o wyniku kontroli uprzedniej, w której stwierdził naruszenie:

„1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S. B. Spółka Jawna do uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu,

2. art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), poprzez zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ),

3. art. 393 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie zawartego w nim wyłączenia w zakresie przesłanek wykluczenia”.

W zakresie dotyczącym stwierdzonego naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, że: „W kontrolowanym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S. B. Spółka Jawna. Oferta złożona przez tego wykonawcę wraz z załącznikami, tj. JEDZ, wypełnionymi przedmiarami robót została podpisana przez Pana P.J. D.. Do oferty dołączono również pełnomocnictwo do działania w imieniu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu udzielone przez dwóch wspólników spółki uprawnionych do jej reprezentowania zgodnie z informacją z rejestru Przedsiębiorców KRS – Pana P.A. B. oraz Pana S.M. B.. Formularz ofertowy oraz wszystkie załączniki zostały złożone w formie

elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podpisy każdej z osób zawierają również datę i czas ich złożenia. Po analizie złożonych podpisów stwierdzono w toku kontroli, że dokumenty: formularz oferty, pliki zawierające wypełnione przedmiary robót oraz JEDZ zostały podpisane przez Pana P. J. D. przed udzieleniem mu pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo zostało podpisane przez dwóch wspólników w dniu 09.05.2022 r. o godz. 16:09 i

16:10. Natomiast formularz ofertowy został podpisany o godz. 16:05, JEDZ o godz. 16:03, pliki zawierające wypełnione przedmiary robót zostały podpisane o godz. 16:04 i 16:05 - w dniu 09.05.2022 r. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zobligowany jest do badania złożonych ofert pod względem zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innymi właściwymi przepisami. Jak stanowi bowiem art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający bada oferty pod kątem dochowania odpowiedniej formy, w tym również pod względem zgodności z przepisami o reprezentacji. W przypadku składania oferty podpisanej przez pełnomocnika należy złożyć wraz z ofertą stosowne pełnomocnictwo. Udzielenie pełnomocnictwa stanowi przykład czynności upoważniającej, w wyniku której osoba umocowywana uzyskuje kompetencję (umocowanie) do działania w imieniu mocodawcy. Podstawową kwestią przy ocenie treści pełnomocnictwa jest istnienie skutecznego umocowania pełnomocnika. Jak wskazuje się w doktrynie, „Prawne znaczenie dla skuteczności reprezentacji ma istnienie umocowania w momencie składania oświadczenia woli w imieniu reprezentowanego”. W kontrolowanej sprawie, jak wykazano wyżej, Pan P. J. D. podpisał ofertę wraz z załącznikami przed uzyskaniem umocowania do dokonania tej czynności. W konsekwencji należy stwierdzić, że oferta została podpisana przez osobę nieupoważnioną do dokonania tej czynności, bez dysponowania prawem do reprezentacji w rozumieniu art. 95-96 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 95 § 1 KC, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela. § 2. Czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Zgodnie natomiast z art. 96 KC, umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). Oceniając skutki powyższego naruszenia, należy zauważyć, że złożenie oferty jako oświadczenia woli (art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego) stanowi jednostronną czynność prawną w rozumieniu KC, gdyż nie wymaga akceptacji ze strony zamawiającego. Wobec tego do złożenia oferty ma zastosowanie wprost art. 104 Kodeksu cywilnego zdanie pierwsze (w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), który stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Nie ma natomiast zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego art. 104 KC zdanie drugie, zgodnie

z którym gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Przepis ten odnosi do art. 103 § 1 KC, zgodnie z którym jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta. Brak możliwości zastosowania przepisu art. 104 KC zdanie drugie i art. 103 § 1 KC wynika z faktu, że art. 8 ust. 1 Pzp odwołuje się do Kodeksu cywilnego tylko w zakresie, w jakim ustawa Pzp nie zawiera regulacji odmiennych. W przypadku złożenia pełnomocnictwa niespełniającego wymagań ustawowych, zastosowanie znajduje procedura uzupełniania dokumentów określona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, 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: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższy przepis przewiduje obligatoryjny obowiązek wezwania do uzupełnienia wadliwych pełnomocnictw (traktowanych jako inne dokumenty w postępowaniu w rozumieniu tego przepisu) i z tego względu nie mają zastosowania instytucje z art. 104 KC zdanie drugie, tj. zgoda adresata czynności prawnej na działanie bez umocowania i powiązana zgoda z art. 103 KC od osoby, w imieniu której czynność była dokonywana. Niedolażenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego, niezawierającego umocowania do złożenia oferty, stanowi podstawę skierowania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Uprawnienie do podejmowania czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez pełnomocnika (osobę upoważnioną) wykonawcy powinno wynikać ze stosunku prawnego łączącego wykonawcę z tą osobą, a więc z treści udzielonego pełnomocnictwa. Stąd też art. 128 ust. 1 Pzp przesądza o konieczności wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowego dokumentu. Pełnomocnictwo uzupełnione w tym trybie powinno być prawidłowe (wolne od wad) zarówno w zakresie treści, jak i formy; powinno również potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. Podsumowując, oferta wykonawcy Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S. B. Spółka Jawna została podpisana przez osobę nieposiadającą umocowania do działania w imieniu wykonawcy w momencie podpisywania oferty. Złożone wraz z ofertą pełnomocnictwo obarczone jest wadą i nie stanowi skutecznego umocowania pełnomocnika Pana P. J. D.. W takim kształcie złożona oferta, jako jednostronna czynność prawna, nie odpowiada przepisom Kodeksu cywilnego dotyczącym działania przez pełnomocnika, tj. art. 95 i 96 Kodeksu cywilnego. W zaistniałej sytuacji zamawiający

zobligowany był do wezwania wykonawcy Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna do uzupełnienia poprawnego pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp”.

W zakresie dotyczącym naruszenia art. 124 pkt 1) Pzp w związku z § 2 ust. 1 pkt 7) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z 23 grudnia 2020 r. w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, że „Zamawiający określił w kontrolowanym postępowaniu zakres podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w rozdz. X SWZ. Zgodnie z punktem 1 rozdz. X, każdy wykonawca musi dołączyć do oferty oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 do SWZ. Oświadczenie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane podmiotowe środki dowodowe. Następnie w punkcie 7 rozdz. X zamawiający wymienił podmiotowe środki dowodowe, o które zamawiający wzywał w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. W żadnym punkcie SWZ Zamawiający nie żądał oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1

ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia. W piśmie z dnia 24.06.2022 r. do wykonawcy Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S. B. Spółka Jawna, stanowiącym wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie wzywał do złożenia ww. oświadczenia, a tym samym nie miał możliwości zweryfikowania wykonawcy w zakresie przesłanek wykluczenia, o których mowa w: - art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy; - art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego; - art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji; - art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy; - art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170), w oparciu o zawarte w SWZ postanowienia. Zgodnie z art. 124 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający: 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia; 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust.

1 ustawy Pzp (JEDZ), zostało określone jako jeden z podmiotowych środków dowodowych służący ocenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415). W kontrolowanej sprawie nie stwierdzono przesłanek do możliwości odstąpienia zamawiającego od żądania w postępowaniu dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia. Zaniechanie żądania ww. dokumentu pozbawiło zamawiającego możliwości uzyskania potwierdzenia aktualności wskazanych informacji zawartych w JEDZ. W konsekwencji, zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

Zamawiający w dniu 30 września 2022 r. zgłosił do Prezesa UZP zastrzeżenia do wyniku kontroli.

Prezes UZP wraz z zastrzeżeniami przekazał Izbie pismo, w którym uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące pkt 3) ww. informacji o wyniku kontroli uprzedniej odnośnie naruszenia art. 393 ust. 4 Pzp, natomiast nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących pkt 1) i 2) ww. informacji o wyniku kontroli uprzedniej, podtrzymując w tym zakresie swoje stanowisko.

Po zapoznaniu się z dokumentacją z przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej oraz zastrzeżeniami Zamawiającego od wyniku kontroli uprzedniej Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 617 Pzp Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, zaś z treści art. 610 ust. 2 i 3 Pzp wynika, że Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. W konsekwencji należy uznać, że podstawą przedmiotowej opinii jest dokumentacja z przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej, w tym zgromadzony w toku kontroli materiał dowodowy, informacja o wyniku kontroli uprzedniej oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, w granicach, jakich Prezes UZP nie uznał ich za zasadne. Podkreślić należy,

że Izba w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, a zatem opinia Izby w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (por. m.in. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13). Oznacza to, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zastrzeżeniach, w granicach wyznaczonych treścią zastrzeżeń.

Zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp „poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna do uzupełnienia pełnomocnictwa do podpisania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu” zasługują na uwzględnienie.

Jak słusznie wskazano w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, „jak wskazuje się w doktrynie, „Prawne znaczenie dla skuteczności reprezentacji ma istnienie umocowania w momencie składania oświadczenia woli w imieniu reprezentowanego”. W konsekwencji, istnienie umocowania do złożenia oferty w imieniu Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S. B. spółka jawna należy oceniać na moment składania tej oferty.

W ocenie Izby trafnie Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 61 § 1 zdanie pierwsze ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (dalej jako „kc”), „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią”, zaś stosownie do art. 61 § 2 kc, „oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią”. Nie ulega wątpliwości, że oferta jest oświadczeniem woli, które ma być złożone innej osobie. W konsekwencji chwilą złożenia oferty Zamawiającemu jest chwila, gdy oferta doszła do Zamawiającego w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jej treścią, a w przypadku oferty wyrażonej w postaci elektronicznej - gdy wprowadzono ją do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby Zamawiający mógł zapoznać się z jej treścią. Nie ma zatem podstaw do uznania, że chwilą złożenia oferty jest chwila, w której ją podpisano, w przypadku składania oferty w formie elektronicznej – chwila jej opatrzenia kwalifikowanym

podpisem elektronicznym.

Ww. wykonawca złożył ofertę w Postępowaniu w dniu 10 maja 2022 r. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że formularz ofertowy, oświadczenie na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia oraz pliki zawierające wypełnione przedmiary robót,

stanowiące załączniki do formularza ofertowego zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez P. J.D. w dniu 9 maja 2022 r. odpowiednio o godz. 16:05, 16:03, 16:04 i 16:05. Istotne jedynie jest, czy osoba ta była umocowana do reprezentowania ww. wykonawcy w momencie składania oferty. Jak ustalił Prezes UZP, do złożonej przez tego wykonawcę oferty dołączono pełnomocnictwo do działania w imieniu Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S. B. spółka jawna w Postępowaniu udzielone przez dwóch wspólników spółki uprawnionych do jej reprezentowania zgodnie z informacją z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, które zostało przez nich podpisane w dniu 9 maja 2022 r. o godz. 16:09 i 16:10. Złożenie pełnomocnictwa wraz z ofertą czyni koniecznym uznanie wniosku, że zostało ono udzielone przed momentem złożenia oferty.

W tym stanie rzeczy podzielić należy stanowisko Zamawiającego, że w opisanej powyżej sytuacji P.J.D. był należycie umocowany do reprezentowania ww. wykonawcy.

W konsekwencji rozważanie kwestii zastosowania art. 103 i 104 kc jest bezprzedmiotowe.

Wobec powyższego Izba uznała, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie art. 128 ust. 1 Pzp zasługują na uwzględnienie, gdyż ustalenia kontroli nie wykazują naruszenia ww. przepisu.

Zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 124 pkt 1) Pzp w związku z § 2 ust. 1 pkt 7) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z 23 grudnia 2020 r. „poprzez zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ)” nie zasługują na uwzględnienie.

Izba nie uznała za trafne stanowiska Zamawiającego, iż nie dopuścił się on naruszenia ww. przepisów, gdyż nie był on zobowiązany do żądania złożenia podmiotowego środka dowodowego określonego w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia w specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu ze względu na przepis art. 127 ust. 1 pkt 2) Pzp – zgodnie z którym „zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1”.

Stosownie do art. 124 pkt 1) Pzp, „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia” § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia stanowi zaś, że „w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w: a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy, b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego, c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy, e) art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170), f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny, g) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy, h) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny, i) art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy.

W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że podmiotowy środek dowodowy określony w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia jest w rozumieniu art. 127 ust. 1 pkt 2) Pzp oświadczeniem, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, jest oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, które zgodnie z art. 125 ust. 3 Pzp „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”. Zatem w przypadku Postępowania zakres oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia) obejmował oświadczenie o braku podstaw wykluczenia na dzień składania ofert.

Oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia, jest zaś oświadczeniem o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego określonych w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia. Konieczne jest przy tym wskazanie, że jest ono podmiotowym środkiem dowodowym składanym na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Z art. 126 ust. 1 Pzp jednoznacznie wynika, iż takie podmiotowe środki dowodowe mają być aktualne na dzień złożenia. Wobec powyższego należy stwierdzić, że oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7

ww. rozporządzenia, ma stanowić oświadczenie o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w tym przepisie na dzień złożenia oświadczenia.

Oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia, potwierdza brak podstaw wykluczenia (w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w tym przepisie) na dzień złożenia tego oświadczenia, a więc na inny dzień niż oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp – które potwierdza brak podstaw wykluczenia na dzień złożenia oferty. Okoliczność ta nie pozwala na uznanie, że treść oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia, odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 127 ust. 1 pkt 2) Pzp nie stanowił zatem podstawy prawnej do zaniechania wykonania obowiązku określonego w art. 124 pkt 1) Pzp - wezwania wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Nie ulega wątpliwości, że jednym z takich środków jest oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia, do którego złożenia Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawców w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w tym przepisie. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był wymienić to oświadczenie w wykazie podmiotowych środków dowodowych zawartym w specyfikacji warunków zamówienia, czego nie uczynił.

Zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej w zakresie art. 127 ust. 1 pkt 2) Pzp w związku z § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia nie zasługiwały na uwzględnienie, gdyż doszło do naruszenia tych przepisów.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący: